

CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO

COLECCIÓN DERECHO PRIVADO

VII

2011

Cuadernos de Análisis Jurídico
ISSN 0716-727 X

DIRECTOR RESPONSABLE
Carlos Pizarro Wilson
Profesor de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

EDITOR
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones Universidad Diego Portales
República 105, Santiago de Chile
Teléfono: 6762640 Fax: 6762641
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO

Colección Derecho Privado
VII

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL NUEVAS PERSPECTIVAS

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
COORDINADOR

NIEVES FENOY PICÓN
MARÍA GRACIELA BRANT ZUMARÁN
RODRIGO MOMBERG URIBE
LIS SAN MIGUEL PRADERA
CLAUDIA MEJÍAS ALONZO
IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
CLAUDIA BAHAMONDES OYARZÚN
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
CRISTIÁN BANFI DEL RÍO
FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS



Ediciones
Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
SIGLAS Y ABREVIATURAS	17
LOS AUTORES	23

ARTÍCULOS

El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del <i>Código Civil</i> de 2009 Nieves FENOY PICÓN	27
El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual MARÍA GRACIELA BRANTT ZUMARÁN	47
El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias Rodrigo MOMBERG URIBE	83
La modernización del Derecho de Obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA	107
El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del <i>Código Civil</i> Claudia MEJÍAS ALONZO	171
El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio Iñigo DE LA MAZA GAZMURI	213

Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual Claudia BAHAMONDES OYARZÚN	235
Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato Antonio Manuel MORALES MORENO	263
<i>The Achilleas: la remoteness rule</i> sometida a debate en la <i>House of Lords</i> Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ	295
Interferencia en contrato ajeno: limitando la responsabilidad civil del competidor Cristián BANFI DEL RÍO	313
El vicio de la cosa comprada. La noción de vicio redhibitorio en el régimen de saneamiento del <i>Código Civil</i> y la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores Francisca María BARRIENTOS CAMUS	363

PRESENTACIÓN

I. En un sugerente trabajo, el profesor Fabricio Mantilla señala:

“el derecho normalmente oscila entre periodos en los cuales las normas provienen de distintas fuentes, su conocimiento es difícil y su interpretación incierta, para pasar luego por procesos de unificación, centralización y simplificación”¹.

En lo que a Derecho de Contratos respecta atravesamos uno de los segundos procesos.

II. Desde hace ya casi tres décadas el paradigma del Derecho de Contratos instalado por los códigos decimonónicos (especialmente por el *Code civil* francés) se ha visto desafiado por un modelo alternativo, cuyos orígenes pueden rastrearse en la CV y cuya influencia se ha dejado sentir con intensidad en ciertos códigos civiles, directivas comunitarias –y sus correspondientes leyes de trasposición– y, en fin, en múltiples cuerpos normativos de *soft law* ya sea de Derecho uniforme a la manera de los Principios UNIDROIT o, bien, de “armonización” del Derecho de Contratos como los PECL o el MCR. Si al proyecto de las codificaciones del siglo XIX subyacía la idea de dotar al Estado-nación de su propia regulación, lo que inspira el nuevo proceso es, más bien, disponer de un *corpus* de principios y reglas de carácter supranacional.

III. Para efectos de esta presentación, sin embargo, lo relevante no es el cambio de las coordenadas nacionales a las supranacionales, sino, más bien, el modelo de contrato en torno al cual se procura armonizar las legislaciones nacionales. Conviene, entonces, detenerse, aunque sea de manera breve en ese modelo de contrato, particularmente –por el contenido de este libro– en lo que se refiere a la responsabilidad contractual.

¹ Fabricio MANTILLA, “El *solidarismo* contractual en Francia y la *constitucionalización* de los contratos en Colombia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio 2011.

Antonio Manuel Morales Moreno, a quien puede seguirse con confianza en estas materias, ha prestado especial atención a las características más relevantes del nuevo sistema de responsabilidad contractual². Ante todo –señala–, existe una *unificación* del supuesto de incumplimiento contractual. Para comprender mejor este primer rasgo conviene precisar *cuál* es ese supuesto de incumplimiento contractual sobre el que reposa el modelo³. En la respuesta a esa pregunta resulta útil la definición de incumplimiento contenida en la Propuesta de Modernización del *Código Civil* en materia de Obligaciones y Contratos Española. Dispone su artículo 1.188.I:

“Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”⁴.

Así concebido, el incumplimiento es simplemente la falta de realización del contrato. El carácter cristalino de esta definición encubre profundas implicancias para el sistema de responsabilidad contractual (entendida la responsabilidad en un sentido amplio)⁵. Por una parte, no considera la mora del deudor; por otra, absorbe en un régimen general los regímenes especiales de incumplimiento (así, por ejemplo, los vicios redhibitorios, la evicción o las diferencias de cabida en los inmuebles); en segundo lugar, comprende como incumplimiento las hipótesis que actualmente se enmarcan en la imposibilidad inicial de la prestación y la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Junto a este carácter unificador de la noción de incumplimiento, en tercer lugar, se desvincula la imputabilidad subjetiva del incumplimiento. En este sentido es posible afirmar su carácter neutral, es decir, su función a margen de la culpa o dolo del deudor⁶. Que exista incumplimiento sin que

² Antonio Manuel MORALES MORENO, “Evolución del concepto de obligación en derecho español”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2006, pp. 29-35.

³ Sobre el tema puede consultarse el magnífico trabajo de Nieves FENOY PICÓN, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento”, en *ADC*, vol., 63, N° 1, Madrid, 2010, pp. 48-136.

⁴ Más elocuente aún el artículo 1:301 (4) de los PECL.

⁵ Véase en este sentido FENOY PICÓN (n. 3), pp. 72-76.

⁶ Esta idea obedece al hecho de que el incumplimiento no gravita en torno a la conducta debida del deudor, sino a la falta de realización del contrato. Sobre esto puede consultarse Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Cizur Menor (Navarra), 2008, tomo II, pp. 647-653.

sea necesario imputar culpa o dolo al deudor no significa que estos factores de atribución dejen de tener relevancia, sino, más bien, que su relevancia se desplaza desde la noción de incumplimiento hacia los remedios, particularmente al indemnizatorio⁷. Ahora bien, si se presta atención al remedio indemnizatorio se advierte un cambio sustantivo en lo que se refiere a la imputabilidad: la noción de culpa, entendida en un sentido amplio (como *faute* en el Derecho francés) se ve reemplazada por causales de exoneración que se articulan en torno a la “esfera de control” del deudor⁸.

La segunda característica más relevante del nuevo sistema de responsabilidad contractual se refiere a la articulación del sistema de remedios. ¿Qué quiere decir esto? Para comprenderlo conviene advertir que en el *Código Civil* de Andrés Bello no existe, articuladamente, al menos, un sistema de responsabilidad contractual⁹, una de las manifestaciones más elocuentes de esta ausencia es la falta de sistematización de las acciones de que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual¹⁰. Pues bien, en lo que se ha denominado el nuevo Derecho de Obligaciones la situación es diversa, el riesgo de la insatisfacción del acreedor se distribuye a través de un sistema articulado de remedios a saber: la pretensión de cumplimiento, la suspensión del cumplimiento de la propia obligación, la resolución, la disminución del precio y la indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, la articulación de dichos remedios se verifica, al menos de tres maneras:

- regulándolos sistemáticamente como consecuencias del incumplimiento¹¹. Así, por ejemplo, sucede con el capítulo IX de los PECL (Medidas

⁷ En los PECL la imputabilidad del incumplimiento es también relevante para efectos del cumplimiento forzado. Según lo dispuesto en el artículo 8:101(2) de los PECL, siendo el incumplimiento excusable el acreedor no puede exigir el cumplimiento del contrato. Véase Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio M. MORALES MORENO, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 326-327.

⁸ Sobre esta noción puede consultarse Peter SCHLECHTRIEM & Petra BUTLER, *Un Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin, Springer, 2009, pp. 201-203.

⁹ Sobre el tema véase Carlos PIZARRO WILSON, “La influencia del *Code* en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?”, en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 121-136.

¹⁰ Los problemas que de esto se siguen son, desde luego, múltiples, simplemente a título ejemplar la coordinación de la acción resolutoria con el requisito de la mora, la independencia de la acción indemnizatoria respecto de las acciones de cumplimiento forzado y resolutoria, y la supuesta precedencia de la acción de cumplimiento forzoso por sobre la resolutoria.

¹¹ Esto que, resulta obvio no necesariamente lo es. Una prueba contundente se encuentra en el artículo 1489 del *CC*, que establece la resolución por incumplimiento a propósito de los

- concretas por incumplimiento), o con el capítulo 7 de los PCCI (Incumplimiento);
- identificando los requisitos de procedencia de cada uno de los remedios¹²
 - en fin, la articulación de los remedios se muestra a través de ciertas reglas de coordinación entre ellos. Ejemplos de lo anterior se encuentran en la coordinación de las acciones de resolución y aquéllas de anulación (ex art. 4119 de los PECL), la acumulación de acciones (ex art. 8102 de los PECL) o, bien, del *ius variandi* (ex art. 7.2.5 de los PCCI).

IV. Basta una presentación tan modesta como la anterior para advertir que el nuevo Derecho de Obligaciones plantea desafíos enormes al paradigma de Derecho de Contratos, propio de nuestro venerable *Código Civil*. Estos desafíos no han pasado desapercibidos para un sector de la doctrina nacional¹³. El ánimo de esta publicación es contribuir a esa discusión, de lo que se trata es de allegar materiales para la discusión del Derecho de Obligaciones nacional a la luz de los nuevos desarrollos que ha venido experimentando esta disciplina en el Derecho Comparado.

V. Este libro reúne un conjunto de trabajos que orbitan en torno al incumplimiento contractual y sus remedios. Lo inaugura el que pertenece a la profesora Nieves Fenoy Picón, en él muestra cómo se ha recogido el incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del *Código Civil* de 2009, para quienes no se encuentren especialmente familiarizados con el tema, el artículo constituye una introducción a buena parte de aquello que configura el nuevo Derecho de Obligaciones. De su lectura se aprende, sin fricciones, lo que toscamente ha quedado insinuado en esta introducción: la amplitud y neutralidad del concepto de incumplimiento y la presencia de un sistema articulado de remedios. No en vano la profesora Nieves Fenoy es, desde hace años, una de las expertas en el tema más reconocidas en su país.

El segundo trabajo, pertenece a la profesora María Graciela Brantt Zumarán y avanza en la misma línea de su magnífica tesis doctoral, recientemente

efectos de las condiciones. La cuestión se encuentra bien expuesta en el trabajo de la profesora Lis San Miguel Pradera en este mismo volumen.

¹² Si bien todos requieren de incumplimiento, en algunos casos, se suman otros requisitos. Así, por ejemplo, la esencialidad del incumplimiento respecto de la resolución, la ausencia de causales de exoneración en la indemnización o la no dilación de su ejercicio en la pretensión de cumplimiento y en la resolución. Sobre el particular MORALES MORENO (n. 2), pp. 31-32.

¹³ Abundantes citas en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.

publicada¹⁴: el caso fortuito. Un tema que, hasta las recientes aportaciones de María Graciela no había fatigado particularmente a la doctrina nacional. Sugiere la autora una cuidadosa reinterpretación del caso fortuito, no sólo de sus requisitos (¿qué significa su exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad?) sino, además –y a esto debe prestársele una especial atención–, a sus efectos. En su opinión –correcta, a mi parecer– el caso fortuito debe comprenderse como una causal de exoneración de la responsabilidad contractual y no, necesariamente al menos, como un modo de extinguir la obligación.

El siguiente artículo se refiere a los remedios disponibles para el acreedor en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias. Su autor es el profesor Rodrigo Momberg Uribe, a estas alturas –no hay exageración en esto– el mejor experto en la materia en el ámbito nacional.

El tema de imprevisión –como suele denominársele en Chile– ha sido objeto de una dilatada atención por parte de la doctrina nacional. Sus remedios, sin embargo, no. El mismo autor se había preocupado de la carga de renegociar¹⁵ y yo, en un trabajo que, en este momento se encuentra en prensa¹⁶, de sus consecuencias. No hay mucho más. Leyendo el penetrante e informado artículo del profesor Rodrigo Momberg me alegro por la civilística chilena y lo lamento por mí.

A continuación, vienen dos trabajos sobre resolución. En el primero de ellos, el de cobertura más amplia, la profesora Lis San Miguel Pradera se ocupa de la resolución por incumplimiento en el Derecho español y chileno. Se trata de un trabajo extenso, pero, si se lee con atención, se percibe que sus páginas logran presentar con acierto y una capacidad de síntesis envidiable, una figura respecto de la cual prácticamente todo se discute. Forzados a repensar esta figura como estamos en Chile, me parece que la mejor guía se encuentra en una cita de Guenter Treitel en el trabajo de la profesora Lis San Miguel, según la cual su diseño legal debe tener en cuenta ambos intereses en conflicto; por una parte, el interés de quien sufre el incumplimiento y desea poner fin al contrato y recuperar los recursos económicos invertidos en él y, por otra, el del incumplidor, que pretende mantener el contrato cuando así resulta razonable.

¹⁴ María BRANTT ZUMARÁN, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad contractual: concepto y función del caso fortuito en el código civil chileno*, Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010.

¹⁵ Rodrigo MOMBERG URIBE, “La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1, Santiago, 2010, pp. 43-72.

¹⁶ Iñigo DE LA MAZA, “Las consecuencias de la alteración sobrevenida de las circunstancias”, en prensa con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

En el segundo trabajo sobre resolución, la profesora Claudia Mejías Alonzo presta atención a un aspecto especialmente desafiante de esta figura: su carácter esencial. En la actualidad, nadie parece discutir la entidad del incumplimiento como un requisito de procedencia de la acción resolutoria. Lo que se discute, en cambio, es cómo determinar el carácter esencial del incumplimiento. La profesora Claudia Mejías dedicó su tesis doctoral a responder esta pregunta. El artículo con que ha contribuido a esta obra muestra el grado de madurez sobre un tema que permite alcanzar una tesis doctoral. Avanzando sus páginas el lector accede a la mirada más reflexiva que, hasta el momento, se ha dado a la cuestión en Chile.

El siguiente artículo es de mi autoría y se refiere a una cuestión que involucra la resolución: el concurso de acciones de nulidad y resolutorias. El trabajo se desenvuelve en torno a dos interrogantes. La primera de ellas es si puede existir concurso entre ambas acciones. Mi opinión es que, en ciertas hipótesis, sí. La segunda es cómo debería resolverse dicho concurso. Mi opción, en el estado actual de cosas, es la acumulación alternativa. En un derecho de obligaciones con un concepto amplio de incumplimiento, en cambio, la acción resolutoria debería desplazar a las de nulidad.

La profesora Claudia Bahamondes Oyarzún es la autora del próximo trabajo. En él examina la concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual. Sugiere que la doctrina tradicional y la jurisprudencia chilena ha entendido que tratándose de obligaciones de dar no dinerarias, el acreedor insatisfecho debe demandar el cumplimiento forzado de la prestación y únicamente cuando esto no resulte posible puede acudir al remedio indemnizatorio. Con buen juicio, cuestiona esta asunción. Sirviéndose del Derecho Comparado y de una interpretación más razonable de las normas nacionales, indica que, si bien, en ciertos casos, se justifica esta regla, no existen buenas razones para que la regla general sea ésta.

A continuación, dos artículos relacionados con el remedio indemnizatorio. Ambos, específicamente sobre lucro cesante.

El primero pertenece al profesor Antonio Manuel Morales Moreno y se refiere a la indemnización del lucro cesante. El trabajo se endereza en torno a dos cuestiones. La primera consiste en determinar los beneficios o ventajas de los que puede verse privado el acreedor en caso de incumplimiento de un contrato. La segunda consiste en determinar la regla por la cual debe regirse la indemnización de estos daños. Hace un par de años el profesor Antonio M. Morales Moreno ha venido trabajando el tema del lucro cesante¹⁷. Yo,

¹⁷ Véase Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson, 2010.

al menos, no conozco un enfoque más sofisticado que el que ofrece en estas páginas.

El segundo, sobre el remedio indemnizatorio, pertenece a la profesora Beatriz Gregoraci Fernández. En él se examina la *remoteness rule* en el Derecho inglés. Se trata de una regla destinada a determinar el lucro cesante que puede formularse de la siguiente manera: un daño es demasiado remoto (y, por lo tanto, no indemnizable) si al tiempo de la celebración del contrato el demandado no lo contempló ni pudo, razonablemente, haberlo contemplado como un riesgo serio de su incumplimiento. Lo que propone la profesora Beatriz Gregoraci a través de su análisis de una importante sentencia de la House of Lords¹⁸, es que la clave de lectura de la *remoteness rule* no se encuentra exactamente en los riesgos previstos por el demandado, sino, más bien, en los que asumió en el contrato. Cómo determinar qué se asumió en el contrato es, desde luego, una tarea compleja. Las ideas de *lord* Hoffman, reproducidas en el texto de la profesora Beatriz Gregoraci ayudan de manera considerable en esta tarea.

El penúltimo trabajo de este libro corresponde a una poderosa contribución del profesor Cristián Banfi del Río, que se sitúa un paso más allá del Derecho de Contratos y que, por lo mismo, contribuye a determinar sus fronteras. Su tema –el mismo que guió su tesis doctoral en la Universidad de Cambridge– es la interferencia en el contrato ajeno. El problema específico que lo ocupa es éste: ¿cómo diseñar una regla de responsabilidad por interferencia en un contrato ajeno coherente con la libertad de consumir. La vastedad del *neminem laedere* consagrado en los artículos 2314 y 2329 del *CC* determina que la respuesta a esta cuestión no sea nada evidente. La sugerencia del autor es que debe exigirse dolo o culpa grave por parte de quien interfiere para responsabilizarlo de los perjuicios que irroga al acreedor el incumplimiento contractual. Ésas son las ideas principales, realmente vale la pena leer la prolija argumentación que las justifica en este espléndido trabajo.

Cierra este volumen, una contribución de la profesora Francisca Barrientos Camus, su tema son los vicios redhibitorios, tanto en el *Código Civil* como en la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Quien simpatiza con el nuevo Derecho de Obligaciones comprende que la figura de los vicios redhibitorios constituye un lastre del cual haríamos bien en liberarnos. Las posibilidades son dos, una reforma del *Código Civil* o, bien, una nueva lectura de las reglas pertinentes que, en definitiva, permita coordinar la actual fisonomía de éstos con los remedios generales frente al incumplimiento. La profesora Francisca Barrientos, me parece, avanza en

¹⁸ *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc.*, 2008 UKHL 48.

este segundo sentido, mostrando cómo la debida comprensión de la ley N° 19.496 nos aproxima a la noción de falta de conformidad.

VI. En fin, me resta agradecer a los autores y autoras que participaron en este libro. Todas y todos son personas ocupadas, por lo mismo, que hayan sabido encontrar el tiempo para escribir sus artículos es algo por lo cual quedo como su deudor. Y una cosa más, en lo que a mí respecta, dedico este libro a Claire, tan presente en su ausencia.

IÑIGO DE LA MAZA G.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores Varios
<i>ABGB</i>	<i>Allemagne Bürgerliches Gezetzbuch</i>
<i>AC</i>	<i>Law Reports, Appeal Cases (3rd Series)</i>
Acquis Principles	Principios de Derecho de los Contratos existente en la Comunidad Europea
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
App. Cas.	Appeal Cases
Ar	Aranzadi
art.	artículo
arts.	artículos
<i>BGB</i>	<i>Código Civil (Bürgerliches Gezetzbuch)</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
c/	con
CA	Corte de Apelaciones / Court of Appeal
CA <i>a veces</i> Cal.3d	California Reports, Third Series
Cass.	Corte de Casación francesa
Cass. Com	Cassation Commerciale
CAT	Competition Appeal Tribunal (Tribunal de la Competencia del Reino Unido)
<i>CC</i>	<i>Código Civil chileno</i>
Cass.	Cassation
<i>CC ch</i>	<i>Código Civil chileno</i>
<i>CC esp</i>	<i>Código Civil español</i>
<i>CC fr</i>	<i>Código Civil francés</i>
Cdo	considerando
CE	Comunidad Europea
<i>CEC</i>	<i>Código Europeo de Contratos llamado comúnmente Código de Pavía</i>

Cfr.	Confróntese
Cía.	compañía
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
civ.	civil
Civ (1 ^a , 2 ^a , 3 ^a)	Sala civil (Primera, Segunda o Tercera) de la Corte de Casación francesa
<i>C.M.L.R.</i>	<i>Common Market Law Reports</i>
cmt.	comentario
<i>Co</i> suizo	<i>Código suizo de las obligaciones</i>
Col. Leg.	Colección Legislativa
Com	Sala comercial de la Corte de Casación francesa
Comm	Commercial
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadores
<i>C.P.</i>	<i>Código Penal</i>
<i>CPC</i>	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
CPR	Constitución Política de la República
CV	Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
CVIM	véase CISG
<i>Ch.</i>	<i>Law Reports, Chancery Division (3rd Series) or Court of Chancery</i>
Chr.	Chronique
<i>D.</i>	<i>Dalloz</i> a veces <i>Digesto</i>
<i>D.</i>	Recueil Dalloz Sirey
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Borrador de Marco Común de Referencia)
def.	definitiva
DFL	decreto con fuerza de ley
dir.	Director
DL	decreto ley
<i>D.P.</i>	<i>Recueil périodique Dalloz</i>
Doctr.	Doctrine
<i>Duke L.J.</i>	<i>Duke Law Journal</i>
ed.	edición <i>a veces</i> editor, ediciones o editorial
edit.	editor

edits.	editores
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
e.g.	ejemplo
<i>E.M.L.R.</i>	<i>Entertainment and Media Law Reports</i>
<i>E.R.</i>	<i>English Reports</i>
esp.	español
EWHC	England and Wales High Court
Ex.	Extract
Ex <i>a veces</i> Excmo	excelentísimo
FD	Fundamento de Derecho
F.2d	Federal Reporter, Second Series
<i>GJ</i>	<i>Gaceta Jurídica</i>
<i>Gaz. Pal</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GT</i>	<i>Gaceta de Tribunales</i>
H.L.	House of Lords
<i>Hastings LJ</i>	<i>Hastings Law Journal</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
<i>I.e.</i>	<i>id est</i> (es decir)
inc.	inciso
I.R.	Informations rapides
ISBN	International Standard Book Number
<i>JCP</i>	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine Juridique) édition générale</i>
<i>KB</i>	<i>Law Reports, King's Bench</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Ley o LPDC	Ley N° 19.496 de 1997 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
LGDJ	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
<i>LQR</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
<i>LR</i>	<i>Law Reports (1st series)</i>
Ltda.	limitada
MCR	Marco Común de Referencia
MJCH	Micro Juris Chile
MJJ	Micro Juris
<i>Minn.</i>	<i>Minnesota Reports</i>

<i>Minn. L. Rev.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
n. <i>a veces</i> N	nota
Nº <i>a veces</i> núm.	número
nn.	notas
<i>N.E.</i>	<i>North Eastern Reporter</i>
<i>NY</i>	<i>New York Reports</i>
Obs. <i>a veces</i> obs.	observación <i>a veces</i> observaciones
<i>op. cit.</i>	obra citada
p.	página
<i>P.2d</i>	<i>Pacific Reporter, Second Series</i>
pan <i>a veces</i> Panor.	Panorama
<i>par.</i>	<i>paragraph</i>
pár	párrafo
PC	Privy Council
PCCI	Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales
PECL	Principles of European Contract Law (Principios de Derecho Contractual Europeo)
PM o Propuesta	Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos
pp.	páginas
Principios UNIDROIT.	Principios UNIDROIT sobre Contratos comerciales Internacionales
Pte.	ponente
<i>Q.B.</i>	<i>Law Reports Queen's Bench (3rd Series)/ Court of Queen's Bench</i>
<i>RCHD</i>	<i>Revista Chilena de Derecho</i>
red.	redactor
rec	recurso
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
<i>RDPPr</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
Req.	Sentencias de la Corte de Casación francesa (arrêt de la Cour de cassation)
<i>RJ</i>	<i>Repertorio de Jurisprudencia</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires</i>
<i>RJUAM</i>	<i>Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid</i>
rn <i>a veces</i> RN	repertorio número

<i>RTDC</i> a veces	<i>RTDCiv</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
	<i>RTDCom</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Commercial</i>
	<i>RTDPC</i>	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile</i>
s. a veces	S	siguiente
	S.A.	sociedad anónima
	SAP	Sentencia Audiencia Provincial
	SC	Sentencia Corte
sec. a veces	secc.	sección
	sent.	sentencia
	Soc.	Sala social de la Corte de Casación francesa
	Somm.	Sommaires commentés
	ss.	siguientes
	SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
	STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
	<i>S.W.2d</i>	<i>South Western Reporter, Second Series</i>
	TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
	<i>T.L.R.</i>	<i>Times Law Reports</i>
	<i>T.R.</i>	<i>Times Reports</i>
	TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 16 de noviembre de 2007
	TS	Tribunal Supremo
	<i>UCC</i>	<i>Uniform Commercial Code</i>
	<i>U. Chi. L. Rev</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
	UK	United Kingdom
	UKHL	United Kingdom House of Lords
	UNIDROIT	Institut Internationale pour l'Unification du Droit
	<i>Unif. L. Rev.</i>	<i>Uniform Law Review</i>
	U.S.	United States Supreme Court Report
	USD	dólares americanos
v. a veces	<i>vs.</i>	<i>versus</i>
	<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> , por ejemplo
	vol.	volumen

vols.	volúmenes
<i>Wis. L. Rev</i>	<i>Wisconsin Law Review</i>
<i>W.L.R.</i>	<i>Weekly Law Reports</i>

LOS AUTORES

CLAUDIA BAHAMONDES OYARZÚN, alumna del programa de doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales.

CRISTIÁN BANFI DEL RÍO, doctor en Derecho Civil, Universidad de Cambridge, profesor de Derecho Civil Universidad de Chile.

FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS, candidata a doctora en Universidad de los Andes, profesora de Derecho Civil, Universidad Diego Portales.

MARÍA GRACIELA BRANTT ZUMARÁN, doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, profesor de Derecho Civil Universidad Diego Portales.

NIEVES FENOY PICÓN, doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, profesora titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid.

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ, doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, profesora de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid.

CLAUDIA MEJÍAS ALONZO, doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

RODRIGO MOMBERG URIBE, doctor en Derecho, Universidad de Utrecht, profesor de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile.

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, doctor en Derecho, catedrático de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid.

LIS SAN MIGUEL PRADERA, doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, profesora titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid.

Artículos

EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS REMEDIOS EN LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL *CÓDIGO CIVIL* DE 2009

*Nieves Fenoy Picón**

I. INTRODUCCIÓN

[1] Como indica el título trato dos cuestiones.

La primera es el concepto de incumplimiento, que refiero sólo en relación con el contrato¹. La segunda presupone el incumplimiento del contrato. Habiendo incumplido el deudor, analizo las medidas de las que dispone el acreedor en su defensa. Esas medidas son los “remedios” del acreedor.

[2] Dos observaciones previas y muy genéricas.

Una, es que analizo la parte general de las obligaciones y contratos de la PM, obra de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación².

* Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid, España.

¹ Artículo 1092 de la PM: “*Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto./ La promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos por la ley*”. Cfr. artículo 1089 del *Código Civil*.

² La PM, publicada en 2009 por el gobierno de España/Ministerio de Justicia (ISBN 978-84-7787-116-3) une en un único texto las dos siguientes propuestas: 1) la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, de la sección Civil de la Comisión General de Codificación de 2009 [*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, suplemento]; 2) la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en Materia de Contrato de Compraventa”, de la sección Civil de la Comisión General de Codificación de 2005 [*Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo de 2005, núm. 1988]. Véase Carmen JEREZ DELGADO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, “La Comisión General de Codificación y su labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones”, en *RJUAM*, vol. 1, núm. 19, Madrid, 2009, pp. 155-179.

La Propuesta ha sido citada en la STS, 1^a del 3 e septiembre de 2010, Pte. Encarnación Roca Trías (en el FD 3^o se cita al art. 1197 de la PM, que regula la reducción del precio; EDJ 2010/190365) y, en la SAP Granada, 5^a, 30 de octubre de 2009, Pte. Klaus-Jochen Albiez Dohrmann (se cita en el FD 2^o, a propósito de la aceptación tácita de la oferta de contrato; EDJ 2009/325713).

La otra observación consiste en destacar, que desde hace años algunos autores españoles intentan y defienden la modernización del Derecho de Obligaciones y de los Contratos del *Código Civil*³.

II. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO APLICADO A LA RELACIÓN CONTRACTUAL

[3] Según el artículo 1188.I de la PM:

“Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación resulten”.

De esta definición, les destaco como elementos claves los que siguen.

- *Primero*. Que el deudor “no realiza exactamente”. Hay “cumplimiento”, si hay plena coincidencia entre lo que el deudor ejecuta y lo dispuesto en la relación obligatoria⁴. Por el contrario, cualquier divergencia que medie entre esos dos elementos, conduce a la calificación de incumplimiento.
- *Segundo*. Por lo que acabo de señalar, es clave concretar qué es lo que exige la obligación principal y qué los otros deberes que de la relación resulten. La concreción de lo exigible según el contrato es el elemento director para poder calificar a una situación dada de incumplimiento.

[4] Señalé (supra [2]) que algunos autores han propugnado una modernización del Derecho español. Entre ellos se encuentra el profesor Antonio M. Morales, quien construye el concepto de incumplimiento contractual, teniendo presente la CISG⁵ y los PECL. Su construcción del incumplimiento la aplica al *Código Civil*. Yo la aplico a la Propuesta, pues, entiendo que ésta refleja dicha construcción jurídico-doctrinal⁶.

³ Entre otros: Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Manuel Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto. De interés: Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Citur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Civitas, 2006, obra en la que se recopilan diversos artículos del autor de su línea investigadora sobre la modernización de este sector del Derecho. De Fernando PANTALEÓN y para la materia que analizo, es clave su trabajo: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *ADC*, vol. 46-4, Madrid, 1993, pp. 1.719-1.745.

⁴ Artículo 1153 de la PM: “No se entenderá cumplida una obligación sino cuando se hubiese realizado enteramente la prestación en que consistía”.

⁵ Derecho Positivo español; *BOE*, núm. 26, Madrid, 30 de enero de 1991.

⁶ He desarrollado esta construcción de la Propuesta en “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de codificación. Parte

[5] El profesor Antonio M. Morales caracteriza al incumplimiento con estas notas: su amplitud, la contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor garantizado por el contrato y el ser un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor⁷. En la Propuesta, tales notas implican:

a) *Amplitud*. El incumplimiento, como he indicado, incluye cualquier manifestación de posible divergencia entre lo ejecutado y lo dispuesto y exigible según el contrato. El incumplimiento incluye el *no cumplimiento sin más*, abarcando a la imposibilidad de cumplir; incluye al *cumplimiento retrasado*; incluye, también, al *cumplimiento defectuoso* al que la Propuesta suele referirse como *prestación no conforme*⁸.

La amplitud también significa, que el incumplimiento puede serlo tanto de la obligación principal como de los otros posibles deberes que se deriven de la relación contractual.

La amplitud significa, finalmente, que el saneamiento por evicción, por cargas ocultas y por vicios ocultos se integran en el sistema general y único del incumplimiento contractual⁹.

b) *La contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor*. El incumplimiento no sólo es infracción de deberes de conducta del deudor. El contrato puede presuponer e incorporar la existencia o inexistencia de ciertos hechos o estados de la realidad, garantizados por un contratante

Primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, en *ADC*, vol. 63-1, Madrid, 2010, p. 67 y ss., [18] ss.

⁷ Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Discurso leído el 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como académico de número por el Excmo. señor don Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. señor don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 2010, pp. 29-30.

⁸ PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.720-1.721.

⁹ En la Propuesta, desaparece del contrato de compraventa el sistema del saneamiento por evicción (arts. 1475-1482 del *CC*), el saneamiento por cargas ocultas (art. 1483 del *CC*) y el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484-1490 y 1492 del *CC*: régimen ordinario; arts. 1491, 1493-1499 del *CC*: para la compraventa de animales). Los problemas de no conformidad del bien entregado con el contrato (vicios materiales) y los vicios jurídicos (no titularidad del transmitente, cargas en la cosa) se construyen como un incumplimiento del vendedor (cfr. art. 1445 de la *PM*). La regulación de la falta de conformidad de la Propuesta se inspira directamente en la directiva 1999/44/CE. El artículo séptimo *in fine* de la *PM* prescribe, que la referencia en cualquier disposición al régimen del *Código Civil* sobre el saneamiento por vicios ocultos o por evicción, se entiende hecha a la regulación de la falta de conformidad y a la de los vicios jurídicos de la compraventa de la Propuesta. Sobre la reforma de la compraventa: Antonio Manuel MORALES MORENO, “Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa”, en *ADC*, vol. 56-4, Madrid, 2003, pp. 1.609-1.651. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.720-1.721.

en interés del otro. Por ejemplo, vendo un cuadro del que garantizo su autoría (hecho de la realidad).

b.1) La garantía de la existencia o inexistencia de ciertos estados de la realidad permite que la Propuesta acoja un artículo como este, para la compraventa:

“La imposibilidad de entregar la cosa por causa *anterior* a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiere confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos” (art. 1450 de la PM)¹⁰.

Este artículo puede entenderse en el sentido de que, cuando el vendedor genera en el comprador la razonable confianza de que existe la cosa, asume una garantía (expresa o implícita)¹¹. En tal caso, la no entrega de la cosa es un incumplimiento¹² y el comprador podrá ejercitar los oportunos remedios. Por ejemplo, no puede exigir el cumplimiento específico y forzoso (es imposible), pero podrá resolver la relación de compraventa; podrá exigir, si se cumplen sus requisitos, la indemnización de daños.

El artículo 1450 de la PM es una importante novedad, comparando con el artículo 1460.I del *CC*. Este último dispone: “[si] al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, *quedará sin efecto el contrato*”¹³. Esto es, el contrato es nulo de pleno derecho por falta de objeto (cfr. arts. 1261.2º, 1272 del *CC*). En cambio, según el artículo 1303, primera regla, PM: “No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes (...)”¹⁴. Y porque el contrato es válido, ciertos supuestos de inexistencia inicial del objeto pueden solucionarse desde el incumplimiento contractual, como ha elegido hacer la Propuesta.

¹⁰ En la PM hay una errata, pues, este artículo 1450, se repite en el artículo 1460 de la PM.

¹¹ Cfr. núm. xv de la Exposición de Motivos de la Propuesta. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.721-1.722.

¹² Son obligaciones del vendedor entregar una cosa conforme con el contrato, y libre de derechos de terceros no contemplados en el contrato: artículo 1445 de la PM. Cfr. artículo 1445 del *CC*.

¹³ Artículo 1460.II del *CC*: “Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido”.

¹⁴ Cfr. artículo 4:102 de los PECL; artículo 3.3 (1) de los Principios UNIDROIT.

b.2) El artículo 1303, segunda regla, la PM dispone que no afecta a la validez del contrato, el que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer del bien objeto del contrato¹⁵. En la Propuesta se aparta la idea de que el contrato pueda considerarse nulo por la ausencia de la facultad de disposición del transmitente. Hoy, puede decirse, con carácter general, que entre los autores está asentada la idea de que la ausencia de poder de disposición no conlleva, por ese mero hecho, la invalidez del contrato¹⁶.

b.3) Finalmente, aludiré a otro artículo de la Propuesta que conecta con esa posible incorporación de estados de la realidad a la regla contractual. Según el artículo 1276.I de la PM:

“Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta”¹⁷.

Si el producto entregado o el servicio ejecutado no reúnen la cualidad atribuida y afirmada por el deudor, éste incumple.

El artículo 1276 de la PM es novedad frente al *Código Civil*. Éste no contiene una norma similar, ni referencia alguna al sujeto “profesional”. Sin embargo, el TS ha admitido que las declaraciones públicas atributivas de cualidades al objeto se pueden incorporar al contrato porque forman parte de la oferta contractual o, con base en la buena fe integradora del contrato (art. 1258 del *CC*)¹⁸.

- c) *El incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor*. Como he indicado en varias ocasiones, para la calificación de incumplimiento basta la divergencia entre lo ejecutado

¹⁵ Cfr. artículo 4:102 de los PECL; artículo 3.3 (2) de los Principios UNIDROIT.

¹⁶ La falta de titularidad del transmitente puede subsanarse, por ejemplo, mediante la usucapión; en el ámbito hipotecario, el artículo 34 LH (adquisición a *non domino*); etcétera.

¹⁷ Artículo 1276.II de la PM: “No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resulten conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentren en la cadena de producción o comercialización en la que el profesional y tercero se encuentren insertos”. Cfr. artículo 6:101 de los PECL.

¹⁸ STS 1ª del 27 de enero de 1977, Pte. Antonio Cantos Guerrero, Cdo 2º, *RJA*. 1977/121. Cfr. artículos 61, 116.1.d) del TRLGDCU.

por el deudor y lo dispuesto en la regla contractual y, añadido ahora, sea ello excusable o no a efectos de la indemnización de daños¹⁹. Este carácter neutral permite, por ejemplo, calificar a la imposibilidad de ejecutar la prestación (física/jurídica), de incumplimiento.

[6] Dos normas más, voy a aplicar al incumplimiento contractual.

Según el artículo 1188.II de la PM: “Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión de quien lo invoque” (art. 1188.II de la PM)²⁰. Esto es otra novedad si comparo con el *Código Civil*²¹. El artículo 1188.II de la PM se aplica a casos, en los que el cumplimiento de la obligación requiere de la cooperación del otro contratante o de cierta información del otro contratante. El incumplimiento no es imputable al deudor, sino al otro contratante.

Y según el artículo 1189 de la PM:

“Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiere realizado él mismo”.

Es otra novedad, si bien en el *Código Civil* el resultado de tal norma puede deducirse a partir de concretos artículos ubicadas en los contratos en particular²².

III. LOS REMEDIOS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

[7] Incumplido el contrato, el acreedor dispone de un conjunto de remedios²³. Puede ejercitar el cumplimiento forzoso de la obligación; la reducción de la prestación no conforme con el contrato; la resolución de la relación contractual. Son remedios de ejercicio alternativo, a elegir por el acreedor (art. 1190 de la PM). Si hay daños, el acreedor puede exigir su indemnización.

La indemnización puede acumularse a los otros remedios o ejercitarse de modo independiente (art. 1190 *in fine*, 1205.II de la PM).

¹⁹ Cfr. artículo 1209 de la PM, *infra* [21].

²⁰ Cfr. artículo 8:101 (3) de los PECL; artículo 7.1.2 de los Principios UNIDROIT.

²¹ En relación con la indemnización de daños y su cuantía: si los daños se deben al comportamiento concurrente de deudor y de acreedor, la jurisprudencia aplica el artículo 1103 del CC. A otros efectos, véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4) p. 1.742.

²² Por ejemplo, en el contrato de obra: artículo 1596 del CC. Cfr. artículo 8:107 de los PECL.

²³ Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.727-1.728.

El artículo 1191 de la PM dispone, además, que el acreedor puede suspender el cumplimiento de su prestación, mientras no cumpla el deudor²⁴. El carácter general de esta norma es también novedad frente al *Código Civil*²⁵.

[8] Sólo voy a destacar algunas de las particularidades más relevantes de los remedios del acreedor por el incumplimiento del contrato.

A) *El cumplimiento*

[9] Se regula en los artículos 1192 a 1196 de la PM. La sección, en la que se encuentran, se titula “De la acción de cumplimiento”. Puede entenderse que la Propuesta se refiere al ejercicio judicial del cumplimiento. Pues, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento con base en el contrato celebrado (pudiendo exigirlo extrajudicialmente).

[10] El artículo 1192 de la PM trata del cumplimiento específico, diferenciando entre la obligación pecuniaria y la que no lo es²⁶. En la pecuniaria²⁷, el acreedor puede “en todo caso” exigir el cumplimiento forzoso (art. 1192.I de la PM)²⁸. Para la no pecuniaria, el artículo 1192.II de la PM establece la regla de la posibilidad de exigir el cumplimiento específico y forzoso.

Es novedad de la Propuesta, que en la propia regulación del cumplimiento se establezcan unas excepciones²⁹.

Entiendo que cada una de ellas tiene sus propias características y posibilidad de construcción dogmática³⁰. Son:

²⁴ Artículo 1191 de la PM: “En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento”. Cfr. artículo 9:201 (1) de los PECL; artículo 7.1.3 de los Principios UNIDROIT.

²⁵ El derecho del acreedor (contratante) a suspender el cumplimiento de su prestación en tanto que el deudor (el otro contratante) no cumpla, suele asentarse en los artículos 1100, último párrafo, 1124, 1466, 1502 del *CC*.

²⁶ Cfr. artículo 1088 de la PM.

²⁷ “De las obligaciones pecuniarias”: artículos 1099-1105 de la PM.

²⁸ Cfr. artículo 9:101 (1) de los PECL; artículo 7.2.1 de los Principios UNIDROIT.

²⁹ La Propuesta no recoge la excepción al cumplimiento, consistente en que el perjudicado pueda razonablemente obtener el cumplimiento en otra fuente; cfr. artículo 9:102 (2) (d), artículo 7.2.2 (c) de los Principios UNIDROIT.

³⁰ Que iré apuntando en la exposición de cada una de las excepciones; no obstante, es cierto que la redacción del artículo 1192.II de la PM apunta a una consideración uniforme: que el acreedor no puede exigir el cumplimiento forzoso.

- *Primera excepción: que la prestación sea imposible física o jurídicamente* (art. 1192.II.1º de la PM³¹). Esto responde a la naturaleza de las cosas³². El *Código Civil* también regula la imposibilidad de la prestación, pero aparte de otras importantes diferencias, el *Código Civil* la regula en distinta ubicación sistemática: en las causas de extinción de las obligaciones³³.
- *Segunda excepción: que el cumplimiento resulte excesivamente oneroso para el deudor* (art. 1192.II.2º de la PM³⁴). Esto es una novedad legislativa. Para el *Código Civil* esta excepción puede construirse con la regla de que los derechos han de ejercitarse según las exigencias de la buena fe (art. 7).

Creo correcto que la Propuesta codifique tal excepción, evitando tener que construirla a partir de la regla general del ejercicio de los derechos de conformidad con la buena fe³⁵.

³¹ Cfr. artículo 9:102 (2) (a) de los PECL; artículo 7.2.2 (a) de los Principios UNIDROIT.

³² Y, entiendo que el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento específico.

³³ Artículo 1156, segundo caso, del *CC* (“Las obligaciones se extinguen: (...) Por la pérdida de la cosa debida”). Esta causa de extinción de la obligación requiere la no culpa del deudor y se desarrolla en los artículos 1182 a 1186.

³⁴ Cfr. artículo 9:102 (2) (b) de los PECL; artículo 7.2.2 (b) de los Principios UNIDROIT. El artículo 1213 de la PM trata “De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato” y, emplea la expresión “(...) el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de los riesgos, *no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato* (...)”. En esta última expresión puede encajar la regla de que al deudor no le es exigible el cumplimiento de la prestación, tal y como fue inicialmente diseñada en el contrato. Sobre el artículo 1213 de la PM: Pablo SALVADOR CODERCH, “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *InDret*, vol. 4, Barcelona, 2009. Hay que plantear la cuestión de si la excepción al cumplimiento del artículo 1192.II.2º de la PM tiene un campo operativo distinto del artículo 1213 de la PM. En esta inicial fase de interpretación de la Propuesta, puede entenderse que sí. El artículo 1192.II.2º de la PM incluiría el caso en el que el cumplimiento es excesivamente oneroso para el deudor en comparación con la utilidad que el cumplimiento proporciona al acreedor.

En el artículo 1213 de la PM el cumplimiento es oneroso para el deudor, pero, hay proporción con el interés del acreedor en el cumplimiento (cfr. Reinhard ZIMMERMANN, “Los medios de tutela en caso de incumplimiento considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo”, en Reinhard ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el Derecho comparado*, traducción Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona, Bosch, 2008 pp. 48-50. Por otro lado, el artículo 1231 de la PM regula más casos que el meramente apuntado en esta nota a pie de página.

³⁵ Además, puede entenderse que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento y, el deudor tiene la facultad de oposición.

*El artículo 1192.II.2.º de la PM aplica la excepción a la ejecución forzosa*³⁶.

Sobre esto, algún breve comentario en esta inicial fase de interpretación de la Propuesta. El artículo 18.2, primera regla, de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone, que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos; si la ejecución es imposible, el juez adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando la indemnización procedente en la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. En alguna ocasión, la “imposibilidad” del artículo 18.2 ha incluido a la ejecución excesivamente onerosa³⁷. Frente a lo descrito, la Propuesta contempla de modo expreso la posibilidad de que no opere el cumplimiento, si la ejecución forzosa es excesivamente onerosa para el deudor³⁸.

- *Tercera excepción: la pretensión de cumplimiento es contraria a la buena fe* (art. 1192.II.3.º de la PM). Creo oportuno suprimir esta excepción. Entiendo que reitera, para el cumplimiento, la norma general de que los derechos no pueden ejercitarse en contra de las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (art. 7 del CC). En mi opinión, esta excepción puede relacionarse con ciertas afirmaciones del profesor Fernando Pantaleón, en las que estaba presente la idea de que el deudor podía oponerse al cumplimiento cuando su costo era desproporcionado en relación con su utilidad para el acreedor y aludía, también, al supuesto de la excesiva onerosidad. Esto lo relacionaba,

³⁶ El artículo 1192.II.2º de la PM tiene una redacción próxima al artículo 7.2.2 (b) de los Principios UNIDROIT, pero, entre ambos preceptos media una básica diferencia. El artículo 1192.II.2.º de la PM refiere el carácter oneroso de la ejecución forzosa *al deudor*. El artículo 7.2.2 (b) de los Principios UNIDROIT se limita a indicar, que la ejecución forzosa sea excesivamente gravosa u onerosa. En el comentario oficial 3.b del artículo 7.2.2 se apunta que la razón de la excepción es, que en los ordenamientos del *Common Law* es el tribunal y, no los acreedores, los que supervisan que se cumpla la orden de que se proceda al cumplimiento específico y, que los tribunales de esos países suelen rehusar el cumplimiento específico cuando ello suponga una tarea injustificadamente onerosa para el Tribunal INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma, UNIDROIT, Thomson/Aranzadi, 2004.

³⁷ Véase Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRIAS, Antonio Manuel MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 341-342.

³⁸ En la compraventa y, entregada (por el vendedor) una cosa no conforme con el contrato, el vendedor puede oponerse al cumplimiento, además, de por ser éste imposible o excesivamente oneroso, por ser desproporcionado (art. 1484 de la PM). El núm. XXIX de la Exposición de Motivos de la Propuesta se marca la diferencia entre la excesiva onerosidad del cumplimiento y, la desproporción (ésta resulta de comparar la reparación y la sustitución y, responde a la directiva 1999/44/CE).

entre otras cosas, con el artículo 7 del *CC*³⁹. Por mi parte, creo que no es oportuno el artículo 1192.II.3º de la PM; porque están los artículos 1192.II.2º y 1213 de la PM⁴⁰; por el artículo 7 del *CC*; y porque creo que esta excepción puede encerrar más inconvenientes, que ventajas.

- *Cuarta excepción: la prestación es personal del deudor* (art. 1192.II.4º de la PM)⁴¹. El término ‘personal’ no es habitual en la terminología jurídica española. Entiendo que se refiere a la obligación de hacer personalísima. Llama la atención que la Propuesta haya establecido esta excepción, si se tiene en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 establece la posibilidad de imponer multas al deudor de una obligación de hacer personalísima, a fin de incitarle al cumplimiento⁴². Sin embargo, en la Propuesta, desde el primer momento se aparta el posible cumplimiento de la prestación de hacer personalísima⁴³.

Si se aprobare la Propuesta tal y como está, habría un importante cambio normativo y creo probable que antes haya de haber un debate doctrinal acerca de si conviene o no establecer tal excepción al cumplimiento.

[11] *El artículo 1193 de la PM* precisa el alcance del cumplimiento: incluye la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado si la naturaleza de la obligación no lo impide⁴⁴. A estas modalidades de cumplimiento se le aplican las excepciones del artículo 1192.II de la PM, antes expuestas. En mi opinión, el artículo 1193 es norma oportuna.

[12] *El artículo 1194 de la PM* trata de un problema que puede aparecer, cuándo el acreedor ha elegido el cumplimiento de una obligación no dineraria: que pueda no obtenerlo oportunamente. ¿Sigue vinculado por su decisión? O, ¿puede cambiar de decisión y ejercitar otro remedio? Según el artículo 1194 de la PM, si no ha obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho, el

³⁹ Fernando PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, en *ADC*, vol. 44-3, Madrid, 1991, p. 1.046; el mismo autor, con más matices: n. 3, pp. 1.728, 1.730.

⁴⁰ Véase supra n. 35.

⁴¹ Cfr. artículo 9:102 (2) (c) de los PECL; artículo 7.2.2 (d) de los Principios UNIDROIT.

⁴² Artículos 709, 711 de la LEC 2000; cfr. artículo 7.2.4 de los Principios UNIDROIT.

⁴³ Ante la exigencia de cumplimiento por parte del acreedor, el deudor puede oponerse.

⁴⁴ Cfr. artículo 9:102 (1) de los PECL y *Comment C* del artículo 9:102 (1), en *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by The Commission on European Contract Law, The Hague, ed. Ole Lando/Hugh Beale, Kluwer Law International, 2000, pp. 395-396; artículo 7.2.3 de los Principios UNIDROIT. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.731. Cfr. artículo 1483 de la PM; artículos 46 de la CISG y 119, 120 del TRLGDCU.

acreedor puede desistir de su pretensión y ejercitar los otros remedios que la ley le reconoce⁴⁵. Por ejemplo, podría resolver la relación contractual.

Este artículo 1194 tiene un alcance mayor, si comparo y hago *una estricta interpretación literal* del artículo 1124.II segunda regla del *CC*. Según éste, si el perjudicado optó por el cumplimiento y este resulta “imposible”, puede pedir la resolución del contrato⁴⁶.

[13] En cuanto al artículo 1196 de la PM⁴⁷, éste dispone, para la obligación de dar cosa determinada, que si ésta resultará imposible, corresponden al acreedor todas las acciones del deudor frente a terceros por razón de la cosa; además, si el acreedor ejercita tales acciones, de la indemnización de daños que le pueda corresponder, se deduce el valor de lo percibido. Parte del tenor del artículo 1196 de la PM recuerda al artículo 1186 del *CC*, pero, el ámbito de aplicación del primero es más amplio que el del segundo⁴⁸.

B) La reducción del precio

[14] Se aplica a las relaciones sinalagmáticas. La Propuesta le dedica los artículos 1197 y 1198 y le da carácter general⁴⁹. El *Código Civil* conoce de la reducción del precio, pero, en la regulación particular de los contratos⁵⁰.

- a) En síntesis, quien ha recibido una *prestación no conforme con el contrato* (aparente u oculta), puede aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia que medie entre el valor que tenía la prestación en el momento en que se ejecutó y el valor que habría tenido si hubiere sido

⁴⁵ Cfr. artículo 7.2.5 de los Principios UNIDROIT.

⁴⁶ Más en la línea del artículo 1194 de la PM: STS, 1^a, 18 de mayo de 1993, Pte. José Almagro Nosete, FD 5^o, EDJ 1993/4675.

⁴⁷ El único precepto que quedaría por mencionar es el artículo 1195 de la PM: “Si la obligación consistiere en emitir una declaración de voluntad, podrá el acreedor exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento sólo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario”. Cfr. artículo 708 de la LEC 2000.

⁴⁸ Artículo 1186 del *CC*: “Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta”. En el *Código Civil*, la extinción de la obligación de entregar cosa determinada por su pérdida requiere la no culpa del deudor (art. 1182 del *CC*; cfr. también arts. 1183, 1184 del *CC*). El artículo 1196 de la PM opera cuando la obligación de dar cosa determinada es imposible. Cfr. PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.737.

⁴⁹ Cfr. artículo 9:401 de los PECL. Pero véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.736.

⁵⁰ Por ejemplo, en la compraventa: artículos 1486.I (*quantum minoris*), 1499 del *CC*; en el arrendamiento de cosas: artículos 1553, 1558 del *CC*.

conforme con el contrato⁵¹. La reducción del precio es una facultad del acreedor. Sus efectos son de menor o mayor amplitud en función del caso concreto. Hay un efecto liberatorio de la cuantía del precio que no ha de pagarse por la reducción. Hay otro posible efecto restitutorio. Si el acreedor pagó de más, tiene “derecho a reclamar el reembolso del exceso” (art. 1197.II de la PM).

- b) La Propuesta contempla la relación entre los remedios de la reducción del precio e indemnización (cuando esta última procede). El acreedor puede encauzar el menor valor de la prestación no conforme, ejercitando, o la reducción del precio, o la indemnización de daños. Ejercitar una u otra implica consecuencias en plazos de ejercicio, posible cuantía a reducir. Ahora bien, la Propuesta dispone, lógicamente, que si se exige la reducción del precio y la reparación de los daños, “no se pued[a] demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación” (art. 1198 de la PM). Si se admitiere la acumulación, el acreedor se enriquecería injustamente. No obstante, el acreedor “conserva su derecho a ser indemnizado *de cualquier otro* perjuicio que haya podido sufrir” (art. 1198 de la PM), lo que también es lógico y adecuado.
- c) El plazo para reducir el precio caduca a los seis meses, contados desde que se hubiere recibido la prestación (art. 1197.III de la PM). Es claro que los redactores de la Propuesta han generalizado el plazo del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa civil (art. 1490 del CC⁵²). Creo que esa generalización ha de ser objeto de reflexión doctrinal. El artículo 1197.III de la PM es un arrastre del *Código Civil*.

C) *La resolución de la relación contractual*

[15] Se aplica a las relaciones sinalagmáticas. Los artículos 1199 a 1204 la regulan y contienen importantes novedades en comparación con la regulación general del *Código Civil* (art. 1124 del CC).

Antes de señalar las novedades, debo destacar el distinto enfoque que de la resolución se hace en el *Código Civil* y en la Propuesta. El *Código Civil* la regula en las obligaciones condicionales: es el último precepto de la correspondiente

⁵¹ Cfr. artículos 50 de la CISG, 122 del TRLGDCU. El artículo 1486.I del CC prescribe: “(...) rebajar una cantidad proporcional, a juicio de peritos”.

⁵² Artículo 1490 del CC: “Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida”. Hoy, el TS considera que se trata de un plazo de caducidad; por entrega, se entiende la entrega material de la cosa.

sección⁵³. El fundamento de la resolución es la condición resolutoria tácita⁵⁴. En la Propuesta, la resolución es un remedio más del acreedor por el incumplimiento (art. 1190 de la PM). Deja de ubicarse en las obligaciones condicionales⁵⁵.

[16] *¿Cuándo se puede resolver?* Hay al menos tres causas.

- *Primera causa.* El artículo 1199.I de la PM exige el incumplimiento esencial. Éste es el umbral a partir del cual el acreedor dispone de la resolución. El artículo no define qué es el incumplimiento esencial, ni da unos criterios. Sólo señala que puede resolverse el contrato, “cuando la otra [parte] haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial”. Creo que las asentadas líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo sobre el incumplimiento grave (esencial) para la resolución del artículo 1124 del CC, podrían trasladarse, sin gran problema, al artículo 1199.I de la PM. Sin embargo, entiendo que lo adecuado sería que la Propuesta hubiera ofrecido ciertos principios (pautas) sobre la noción de incumplimiento esencial⁵⁶. La redacción del artículo 1199.I de la PM deja amplia discreción a los tribunales y el valor de la razonable predictibilidad del Derecho no parece cumplirse, creo, de modo pleno.
- *Segunda causa.* El artículo 1200.I de la PM exige que, incumplida la obligación, el acreedor fije al deudor un plazo razonable para llevar a cabo el cumplimiento (nueva oportunidad para cumplir). Si el deudor no cumple en ese plazo, el acreedor puede resolver. Esto se aplica al incumplimiento del “retraso” y al de la de “falta de conformidad”⁵⁷. Para la “falta de conformidad”, una interpretación literal del artículo 1200 de la PM permite entender que el acreedor puede resolver, incluso si tras haber subsanado el deudor su incumplimiento, puede considerarse que hay un incumplimiento menor. Si uno considera que no es adecuado tal resultado jurídico, el mismo podría corregirse mediante la regla de que los derechos han de ejercitarse de conformidad con la buena fe⁵⁸.

⁵³ “De las obligaciones puras y de las condicionales”: artículos 1113 a 1124 del CC.

⁵⁴ Artículo 1124.I del CC: “La facultad de resolver las obligaciones *se entiende implícita* en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”.

⁵⁵ Reguladas en los artículos 1110 a 1116 de la PM.

⁵⁶ En la línea del artículo 25 de la CISG; artículo 8:103 de los PECL; artículo 7.3.1 (2) de los Principios UNIDROIT.

⁵⁷ Cfr. artículos 9:301 (2) y 8:106 (3) de los PECL; artículos 7.3.1 (3) y 7.1.5 de los Principios UNIDROIT; artículo 47 de la CISG. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4) p. 1.733.

⁵⁸ Pero, para la compraventa, el artículo 1486 de la PM prescribe: “El comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia”. Cfr. artículo 121, última regla, del TRLGDCU.

Conectando con el párrafo I, el párrafo III del artículo 1200 de la PM excluye que el acreedor haya de fijar un plazo, si el deudor declara que no cumplirá. Se dispone (implícitamente) que recibida tal declaración, el acreedor podrá resolver (pues, es inútil dar plazo para cumplir).

- *Tercera causa.* El artículo 1200.II de la PM parece que se refiere al incumplimiento previsible (o anticipado). Esto es una novedad de la Propuesta, comparando con la parte general del *Código Civil*⁵⁹. Interpretado literalmente, requiere:
 - (1) haya un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor;
 - (2) el acreedor fije al deudor un plazo razonable para que cumpla o preste garantía;
 - (3) el deudor no cumple ni presta garantía en dicho plazo⁶⁰. El acreedor no necesita fijar plazo, si el deudor le comunica que no cumplirá su obligación (art. 1200.III de la PM).

[17] *¿Quién resuelve?* El acreedor. Según el artículo 1199.II de la PM: “[l]a facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte”⁶¹. Esto es un cambio importante, comparando con el *Código Civil*; no tanto, si se compara con la jurisprudencia. La resolución del artículo 1124 del *CC* es judicial⁶², pero, el TS admite el ejercicio de la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor dirigida al deudor y bajo el control de los jueces si el deudor la discute⁶³.

[18] *Plazo de ejercicio y cómputo.* El artículo 1201 de la PM exige un plazo razonable para el ejercicio de la resolución, cuyo cómputo se desplaza a estos momentos: en el no cumplimiento, se computa desde que el acreedor conoció o debió conocer de la oferta tardía del cumplimiento; para la prestación no conforme, desde que conoció o debió conocer de la no conformidad⁶⁴.

⁵⁹ Cfr. artículo 1503 del *CC*.

⁶⁰ Cfr. artículos 9:304, 8:105 de los PECL; artículos 7.3.3, 7.3.4 de los Principios UNIDROIT. Es difícil la interpretación del artículo 1200.II de la PM.

⁶¹ Cfr. artículo 9:303 (1) de los PECL; la Propuesta no recoge una resolución automática como la del artículo 9:303 (4) de los PECL; artículo 7.3.2 (1) de los Principios UNIDROIT. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.731-1.733. Cfr. artículo 1199.I de la PM.

⁶² Artículo 1124.III del *CC*: “El Tribunal *decretará* la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen a señalar plazo”.

⁶³ Un análisis del modelo extrajudicial de resolución en Derecho español: Lis SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores, 2004, p. 305 y ss.

⁶⁴ Cfr. artículo 9:303 (2) y (3) de los PECL; artículo 7.3.2 (2) de los Principios UNIDROIT. El plazo de ejercicio de la resolución del *Código Civil* (art. 1124 del *CC*) es el (desmedido) plazo de quince años (art. 1964 del *CC*).

[19] *Efectos de la resolución. Relación con la indemnización de daños.* El artículo 1202.I de la PM establece el *efecto liberatorio* de las obligaciones contraídas por las partes, salvo para las estipulaciones que regulen los derechos y las obligaciones de las partes tras la resolución (por ejemplo, cláusula penal; etcétera)⁶⁵.

El artículo 1202 de la PM contiene, además, dos reglas básicas, sobre la relación entre los remedios de la resolución y de la indemnización de daños. La primera regla presupone la resolución del contrato y reconoce a quien ha resuelto el derecho de ser indemnizado de los daños según los artículos que regulan la indemnización⁶⁶ (art. 1202.II de la PM). Esto significa que se indemniza el interés contractual positivo⁶⁷. Sin embargo, la segunda regla establece una presunción (*iuris tantum*) de los daños mínimos que la resolución de la relación contractual implica: “los gastos realizados y (...) [el] detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto” (art. 1202.III de la PM)⁶⁸.

Otro efecto (posible) de la resolución es el *restitutorio*. El artículo 1203 de la PM dispone la restitución de las prestaciones y de sus rendimientos; el cumplimiento simultáneo de las recíprocas restituciones; la restitución del valor, cuando no pueda hacerse la restitución específica; la no obligación, de quien resuelve, de restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo, pese a haber observado la diligencia debida.

La Propuesta dispone también que, quien restituye, tiene derecho al pago de los “gastos necesarios” hechos en la cosa, así como a los otros gastos si éstos determinan un enriquecimiento de aquél a quien se restituye.

Hay, además, una específica norma para la restitución, en los contratos de ejecución continuada (por ejemplo, un arrendamiento) o de ejecución sucesiva (por ejemplo, un suministro): no se restituyen las prestaciones ejecutadas, si hay reciprocidad entre prestación y contraprestación de acuerdo con el contrato en su conjunto (art. 1204 de la PM).

El que haya unas normas claras sobre la restitución, tras la resolución de la relación contractual, es novedad de la Propuesta frente al *Código Civil*⁶⁹.

⁶⁵ Cfr. artículo 81.1 de la CISG; artículo 9:305 de los PECL; artículo 7.3.5 (1) y (3) de los Principios UNIDROIT. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.734.

⁶⁶ Artículos 1205 a 1212 de la PM.

⁶⁷ En España se ha discutido si, resuelto el contrato, procede la indemnización del interés negativo (con fundamento en un efecto retroactivo de la resolución) o, el interés positivo. Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *ADC*, vol. 42-4, Madrid, 1989, pp. 1.143-1.168 defendió que procedía lo segundo; de este mismo autor (n. 3), p. 1.734.

⁶⁸ Explicación de la norma: PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.734-1.735.

⁶⁹ Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.735 y, en particular, la n. 54.

D) La indemnización de daños

[20] Se regula en los artículos 1205 a 1212 de la PM. Su función es compensar los daños que el incumplimiento cause al acreedor (art. 1205.I de la PM). Expondré algunas normas.

[21] *Cuándo se responde; cuándo no.* En la regulación de la indemnización, la Propuesta no señala directamente los criterios de imputación del incumplimiento al deudor⁷⁰. Lo que señala es, cuándo no responde el deudor de los daños que cause el incumplimiento (exoneración). Dicho esto, la Propuesta recoge un sistema objetivo de responsabilidad; también recoge los criterios de imputación subjetiva de la culpa y del dolo.

Según el artículo 1209.I de la PM, el deudor no responde de los daños que cause el incumplimiento si (requisitos acumulativos):

- 1) el incumplimiento obedeció a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control⁷¹;
- 2) si teniendo en cuenta lo estipulado en el contrato, las reglas de la buena fe y los usos, no corresponde al deudor el deber de prever el impedimento o de evitar o superar sus consecuencias⁷².

Por otra parte, el artículo 1209.IV de la PM establece, en mi opinión, una norma importante en sí y porque, basado en ella, junto con ciertas afirmaciones de la Exposición de Motivos de la Propuesta y otros datos, se constata la construcción del sistema del incumplimiento de la Propuesta. Según el artículo 1209.IV de la PM, aunque el deudor no haya de indemnizar al acreedor (incumplimiento excusable a tal efecto), ello “no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto (...) que le pueda corresponder conforme a este Código”⁷³. La reducción del precio y la resolución operan con independencia de que el incumplimiento sea excusable a efectos de la

⁷⁰ En cambio, el artículo 1101 del *CC*: “Queda sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia (...)”; el artículo 1105 del *CC* dispone cuando no responde el deudor (caso fortuito).

⁷¹ En relación con el “impedimento ajeno a su voluntad”: cfr. con la versión española del artículo 79.1 de la CISG.

⁷² Cfr. artículo 79.1 de la CISG; artículo 8:108 (1) de los PECL; artículo 7.1.7 (1) de los Principios UNIDROIT. El artículo 1209.II de la PM trata del impedimento temporal: mientras dure el impedimento, el deudor está exonerado de indemnizar. El artículo 1209.III de la PM impone al deudor la obligación de poner en conocimiento del acreedor, sin demora, el hecho o circunstancia que le impide cumplir y conozca; si no lo hace, responde de los daños que cause. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.740. Cfr. artículo 8:108 (2) y (3) de los PECL; artículo 7.1.1 (2) y (3) de los Principios UNIDROIT.

⁷³ Cfr. artículo 79.5 de la CISG.

indemnización de daños; sobre el cumplimiento, éste tiene los límites antes indicados para las obligaciones no pecuniarias (art. 1192.II, 1º, 2º, 3º y 4º de la PM)⁷⁴.

[22] *La certeza y prueba de los daños; de qué se responde.* La indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante (art. 1207.I de la PM⁷⁵). La Propuesta no se refiere a los daños morales⁷⁶.

Sobre la prueba del lucro cesante, según el artículo 1207.II de la PM ha de atenderse “a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias”. El artículo 1207.II de la PM, novedad normativa frente al *Código Civil*, recoge cierta doctrina jurisprudencial⁷⁷. Además, el artículo 1207, ahora en su párrafo III, establece para la obligación de pago de una cantidad de dinero, que, salvo pacto en contrario, la indemnización de daños “consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal” (art. 1207.III)⁷⁸.

⁷⁴ Núm. VIII de la Exposición de Motivos de la Propuesta: “El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado ‘favor debitoris’ no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial. Esto significa que el dibujo de los incumplimientos no es el mismo en cada uno de los remedios (acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento, pretensión de indemnización de daños), pero, sin duda, también que puede tener vigencia un sistema que generalice la figura del incumplimiento”. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.729, 1.731, 1.736.

⁷⁵ Cfr. artículo 1106 del *CC*; artículo 74, primera frase de la CISG; artículo 9:502, segunda regla de los PECL; artículo 7.4.2 (1) de los Principios UNIDROIT.

⁷⁶ Tampoco lo hace el *Código Civil* de 1889. Que en el año 2009 la Propuesta no mencione a los daños morales, puede interpretarse como una omisión consciente. Cfr. artículo 9:501 (2) (a) de los PECL; artículo 7.4.2 (2) de los Principios UNIDROIT.

⁷⁷ Por ejemplo, en la STS, 1ª, 22 de junio de 1967, Pte. Tomás Ogayar y Ayllón: “Que el lucro cesante o ganancia frustrada (...) *el Derecho científico* sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del recurso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto” (cdo 4º; luego señala que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener ganancias; RJ Ar. 1967/2926); STS, 1ª, 15 de julio de 1998, Pte. Eduardo Fernández-Cid de Temes: “las ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso” (RJ Ar. 1998/5550).

⁷⁸ No obstante, compárese con el art. 1206 de la PM: “El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la

La indemnización exige que el incumplimiento cause daños. El artículo 1208, primera regla, de la PM prescribe que el deudor responde de los daños objetivamente imputables a su incumplimiento⁷⁹. El artículo 1208 de la PM establece, además, una norma especial para el deudor *contractual no doloso* (segunda regla):

“sólo responderá de los daños que se hubiese previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato”⁸⁰.

[23] *La mitigación de los daños*. Según el artículo 1211 de la PM, el deudor no responde del daño que el acreedor podía haber evitado o reducido, si este último hubiera adoptado las oportunas medidas requeridas por la buena fe; además, el deudor ha de resarcir al acreedor, los gastos que le haya causado adoptar tales medidas. El *Código Civil* no recoge expresamente la regla de mitigar los daños, con lo que el artículo 1211 de la PM constituiría, desde esta perspectiva, una novedad⁸¹. Entiendo oportuna la expresa codificación de esta norma con carácter general.

obligación, *salvo que pruebe que el daño sea mayor*”. Su dicción recuerda, con importantes cambios la del art. 1108 del *CC*: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriera mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”. Sobre si este precepto impide o no que el acreedor reclame un daño mayor, que el del pago de intereses, hay distintas opiniones doctrinales [véase información condensada en Eugenio LLAMAS POMBO, “Comentario del artículo 1108 CC”, en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Madrid, Lex Nova, 2010, pp. 1-223-1-224]. Cfr. artículo 9:508 de los PECL; artículo 7.4.9 de los Principios UNIDROIT.

⁷⁹ Es habitual la cita del trabajo de Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en AA.VV., *Centenario del Código civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, tomo II, pp. 1.561-1.591. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.742.

⁸⁰ Cfr. artículo 9:503 de los PECL; véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.742. Artículo 1107.I del *CC*: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”. Recientemente, Antonio Manuel Morales Moreno ha construido el criterio de imputación objetivo *del fin de protección del contrato*, asentándolo en el artículo 1107.I del *CC* (véase n. 8) pp. 157-172 (pp. 163, 166-167); para el deudor doloso del artículo 1107.II del *CC*, Antonio Manuel Morales considera que puede asentarse, en el precepto, el criterio de imputación de la teoría de la adecuación (p. 179; pp. 172-179).

⁸¹ Pero, cfr. artículo 77 de la CISG. Véase Ana SOLER PRESAS, “El deber de mitigar el daño. (A propósito de la STS [1ª] de 15 de Noviembre de 1994)”, en *ADC*, vol. 48-2, Madrid, 1995, pp. 951-969. Cfr. artículo 9:505 de los PECL; artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.743.

[24] *La indemnización de daños y la libertad de pacto*. Las partes tienen posibilidad de ampliar, reducir o, incluso, suprimir el deber de indemnizar, como estimen procedente y, de conformidad con el capítulo “De las cláusulas penales”⁸² (art. 1212.I de la PM). Este último capítulo contiene una regulación más detallada, que la de del *Código Civil* sobre la cláusula penal⁸³. Un mero ejemplo: la Propuesta diferencia entre indemnización convenida y pena convenida⁸⁴. Por otra parte, el artículo 1150 de la PM dispone:

“[e]l Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”⁸⁵.

Hay un control judicial de la autonomía privada⁸⁶. Si se realiza una interpretación estricta del *Código Civil* (art. 1154), la norma del artículo 1150 de la PM constituiría un cambio normativo⁸⁷.

Por último, el artículo 1212.II de la PM declara la nulidad de las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad que procede de dolo⁸⁸.

⁸² “De las cláusulas penales”: artículos 1146 a 1152 de la PM; el artículo 1152 de la PM regula las arras. Véase PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), p. 1.743.

⁸³ Artículos 1152 a 1155 del *CC*.

⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO (véase n. 4), pp. 1.743-1.744; Isabel ARANA DE LA FUENTE, “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *InDret*, N° 4, Barcelona, 2010, pp. 5-8.

⁸⁵ Cfr. artículo 9:509 (2) de los PECL; artículo 7.4.13 (2) de los Principios UNIDROIT.

⁸⁶ Ignacio MARÍN GARCÍA, “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *InDret*, N° 2, Barcelona, 2009, pp. 9-12; ARANA DE LA FUENTE (véase n. 85), pp. 9-16.

⁸⁷ Artículo 1154 del *CC*: “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”. El artículo 1154 del *CC* se refiere al supuesto en que las partes pactaron una pena para el no cumplimiento (total) de una obligación, habiendo el deudor incumplido en parte o de modo irregular la misma (lo que ha sido aceptado por el acreedor y pide la pena). En tal caso, el citado artículo permite al juez modificar la pena [véase FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos del Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1985, vol. 1º, p. 382]. Sin embargo, un número minoritario de sentencias consideran que el artículo 1154 del *CC* permite moderar judicialmente la cláusula penal excesiva [ARANA DE LA FUENTE (véase n. 85), pp. 11-14]. Teniendo presente esta básica síntesis, el artículo 1150 de la PM puede considerarse una mayor o menor novedad, comparando con el *Código Civil*.

⁸⁸ Cfr. artículo 1102 del *CC*.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

[25] La Propuesta, por un lado, recoge jurisprudencia y opiniones doctrinales de los autores; por otro lado, es evidente la semejanza de algunas de sus normas con las de la CISG, con las de los PECL y con las de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales en la materia que he analizado⁸⁹. Creo que puede afirmarse que, en España, hoy, está generalizada la idea de que conviene reformar la regulación de las obligaciones y contratos del *Código Civil* de 1889. El debate está ahora, entiendo, en cómo ha de hacerse la reforma. Unas veces el debate habrá de consistir en considerar si es o no correcta una norma de la Propuesta; otras veces consistirá en pulir la propia Propuesta, porque no se ha regulado cierta cuestión o porque no hay armonía entre todos sus preceptos. De modo progresivo están publicándose en España trabajos críticos y constructivos sobre la Propuesta. Y, también entra en lo posible que puedan publicarse trabajos alternativos a la Propuesta.

⁸⁹ Véase núm. IV de la Exposición de Motivos de la Propuesta.

EL CASO FORTUITO: CONCEPTO Y FUNCIÓN COMO LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

*María Graciela Brantt Zumarán**

IDEAS PREVIAS

El estudio de los efectos o remedios por el incumplimiento implica necesariamente el examen del caso fortuito. La ubicación que le atribuye el artículo 1547 del *Código Civil* plantea de inmediato la pregunta acerca de cuál es su incidencia en dichos remedios. Asimismo, y de manera previa, resulta preciso determinar en qué consiste o cómo debe entenderse el “imprevisto a que no es posible resistir” según lo define el artículo 45 del *Código Civil*.

Nuestra doctrina no ha estado demasiado interesada en el estudio del caso fortuito, por lo que la concepción respecto del mismo prácticamente no ha variado desde la dictación y entrada en vigencia del *Código Civil*. Tales ideas se han visto reflejadas también en los fallos de los tribunales.

Sin embargo, cabe preguntarse si a la luz de las más recientes concepciones existentes en materia de Derecho de Contratos y de incumplimiento contractual, y considerando la regulación de nuestro *Código Civil*, es posible mantener la forma tradicional de concebir el caso fortuito. En tal sentido, resulta especialmente relevante la consideración del contrato y sus efectos desde una perspectiva realista, esto es, como una herramienta empleada para la satisfacción de los intereses de las partes¹. Se trata de una visión del contrato

* Profesora asociada de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ En España el profesor Federico de Castro fue el precursor de esta idea, al afirmar la utilidad y necesidad de que el negocio jurídico se vea en función de su verdadero propósito práctico por sobre su efecto jurídico. Así, concibe el negocio jurídico como “La declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos”. Y agrega que “se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio”, Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reimpresión, Madrid, Civitas, 2002, pp. 27-34. En el mismo sentido y siguiendo a Federico de Castro, Antonio Manuel Morales Moreno afirma que el negocio jurídico constituye “un medio para que los particulares organicen su propios intereses”, y que

en que el énfasis se pone en el acreedor y la satisfacción de su interés, objetivo final de la ejecución de la obligación por parte del deudor².

Esta perspectiva realista del contrato ha conducido a una nueva forma de apreciar la relación nacida del mismo como, asimismo, los efectos a que da lugar el incumplimiento. Este último se aleja de la idea de infracción culpable del deudor, y pasa a concebirse como un hecho objetivo, equivalente a la no prestación de lo debido, que repercute negativamente en el acreedor que ve insatisfecho su interés³.

Esta especial visión del contrato se ve complementada por el cambio que ha experimentado la realidad a que están dirigidas las normas de nuestro *Código Civil* en materia de obligaciones. Las características de las relaciones jurídico-económicas actuales son muy diversas de aquéllas predominantes al entrar en vigencia el *Código Civil*⁴, perdiendo importancia las obligaciones de

“no podemos comprender unitariamente el sentido del negocio jurídico, en cuanto instrumento de la autonomía de la voluntad para la organización de intereses individuales, pensando tan solo en las transformaciones jurídicas que el mismo va a producir”. Antonio Manuel MORALES MORENO, “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en *ADC*, vol. 36, N° 4, Madrid, 1983, pp. 1.530 y 1.533.

² En este sentido, Luis Díez-Picazo afirma que la prestación consiste en la conducta o comportamiento del deudor idealmente contemplado al nacimiento de la relación obligatoria, pudiendo por ello hablarse de un programa de prestación. Y agrega que en esta función la prestación “no es nunca una entidad o un fenómeno abstracto, sino que aparece siempre como un cauce de realización de fines e intereses de tipo empírico o práctico”. A juicio del autor, el compromiso asumido por el deudor pretende la satisfacción del interés del acreedor. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 271. La idea de que el fin de la prestación es dar satisfacción al interés del acreedor se observa también, entre otros, en Enzo ROPPO, *Il contratto*, Bolonia, Milano, 1977, p. 252; Piero SCHLESINGER, “Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio”, in *RTDPC*, vol. 13, Roma, 1959, p. 1.278. En Chile también se aprecia este planteamiento en Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del código civil sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO, *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 513 y en Enrique BARROS BOURIE, “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos”, en Hernán CORRAL TALCIANI, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, *Estudios de Derecho Civil, II*, Santiago, Lexis Nexis, 2006, pp. 723, 731-732.

³ Las circunstancias señaladas dan lugar a una nueva realidad en el ámbito de la regulación contractual. Se trata, además, de una perspectiva especialmente presente en el nuevo Derecho de la Contratación o Derecho Uniforme de los Contratos, construido a partir de la CV y los textos posteriores que la han tomado como modelo.

⁴ El cambio experimentado por las relaciones obligacionales predominantes en el tráfico jurídico y su influencia sobre las normas destinadas a su regulación ha sido destacado por diversos autores. En Chile, VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 508 y ss.; Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO,

especie o cuerpo cierto –predominantes en aquella época– y pasando a ser relevantes aquéllas que presentan múltiples posibilidades de satisfacción del interés de las partes⁵, como ocurre, por ejemplo, con los géneros y diversos servicios.

A la luz de este nuevo escenario que se observa en el ámbito contractual, resulta útil y necesario detener la atención en la figura del caso fortuito, por la importancia que reviste en el plano del incumplimiento y sus efectos. Es preciso determinar si el sentido y alcance que tradicionalmente se ha dado a esta figura, es afín con la nueva realidad que se aprecia en la materia.

Para aclarar lo anterior se procederá, en primer lugar, a examinar el concepto de caso fortuito, con el fin de proponer una reinterpretación de sus requisitos que permitan actualizar la figura y, en segundo término, se intentará delimitar su función como causa de exoneración o límite de la responsabilidad contractual.

I. EL CONCEPTO DE CASO FORTUITO:

LOS REQUISITOS DE EXTERIORIDAD, IMPREVISIBILIDAD E IRRESISTIBILIDAD.

El caso fortuito suele ser descrito tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁶ como un hecho ajeno al deudor, imprevisible e irresistible. De ahí se extraen los tres requisitos que permiten configurar el supuesto de hecho del mismo: la exterioridad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad para el deudor del hecho que afecta el cumplimiento.

El contenido asignado a estas exigencias, junto con permitir establecer cuándo estamos frente a un caso fortuito, es de trascendental importancia para determinar su alcance como causa de exoneración.

1. La exterioridad del caso fortuito

La exigencia de que el hecho sea ajeno, externo o extraño al deudor, si bien no está prevista de manera expresa en nuestro *Código Civil*, ha sido tradi-

Obligaciones. Teoría General y clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 40-41. En España, Díez-PICAZO (n. 23), pp. 55-57 y 575-576.

⁵ VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 509, denomina a esta categoría de obligaciones como de contenido fungible.

⁶ Entre otras, cabe citar: sentencia Corte Suprema, 2 de mayo 1963, en *RDJ*. vol. 60, Santiago, 1963, secc. 1ª, p. 59; sentencia Corte Suprema, 20 de junio de 1949, en *RDJ*. vol. 46, Santiago, 1949, secc. 1ª, p. 533.

cionalmente sostenida por nuestros autores⁷ y admitida también por los tribunales⁸.

Su aceptación y afirmación en el Derecho nacional puede atribuirse a la influencia del *Code* y de los autores franceses en la doctrina tradicional chilena. En efecto, el artículo 1147 del *Código Civil* francés impone al deudor, para exonerarse de responsabilidad, la necesidad de justificar que la inejecución proviene de una *causa extraña* que no pueda imputársele. En esa causa extraña se hace consistir el caso fortuito, mencionado en el artículo 1148 del *Code* como límite a la indemnización de perjuicios. Ello explica la exigencia de exterioridad de aquél en dicho ordenamiento, que ha llegado, por vía de la interpretación doctrinal, al nuestro.

Ahora bien, ¿cómo ha sido entendido este requisito en nuestro Derecho? En general, se observa la tendencia a concebirlo en términos subjetivos, esto es, haciendo derivar la exterioridad de la falta de culpa del deudor respecto del evento que obsta al cumplimiento. En efecto, es habitual que la exigencia se explique afirmando como necesario que el hecho sea independiente de la voluntad del deudor⁹, lo que conduce a que la apreciación de este elemento suponga una calificación de la conducta de aquél. Esta interpretación del requisito puede tener su origen en el fundamento positivo que comúnmente se ha dado a la exigencia de la exterioridad en nuestro Derecho. Como ella no está contenida de forma expresa en la definición del artículo 45 del *Código Civil*, la base legal de la misma se ha encontrado en el artículo 1547 inciso segundo, cuando establece como necesario para la exención del deudor, que el caso fortuito no haya sobrevenido por su culpa¹⁰.

⁷ Entre los autores nacionales que incluyen este requisito, puede mencionarse: Ramón MEZA BARROS, *Manual de derecho civil*, 9ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 237; Fernando FUEYO LANERI, *Derecho Civil, IV: De las obligaciones*, Santiago, Universo, 1958, vol. I, p. 263; Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Tratado de las Obligaciones*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 279.

⁸ Sentencias en que se afirma tal exigencia son, entre otras, la siguientes: Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de enero de 2008, disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 38265; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de enero de 2008, disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 38171; Corte Suprema, 24 de julio de 2007, disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 36693; Corte Suprema, 21 de enero de 2008, disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 38118.

⁹ Así, por ejemplo, ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (n. 7), p. 279, afirman que “el hecho debe ser generado por una causa extraña a la voluntad del deudor”, y agregan luego: “el hecho debe ser generado por una causa enteramente ajena a la voluntad del deudor”. En la jurisprudencia: sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de enero de 2008, (n. 8); Sentencia Corte Suprema, de 21 de enero de 2008, (n. 8).

¹⁰ Expresamente aluden a dicha norma como el fundamento de la exigencia ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (n. 7), p. 279. También lo hace René ABELIUK MANASEVICH, *Las Obligaciones*,

Lo anterior, sin perjuicio de la opinión de ciertos autores que más recientemente explican esta exigencia sin recurrir a la noción de culpa, llevando su fundamento y contenido al plano de la causalidad, de modo tal que ella consistiría en la ausencia de vínculo causal entre la conducta del deudor y el hecho que ocasiona el incumplimiento. Es el caso, por ejemplo, de Jorge Baraona quien se pronuncia expresamente en el sentido de que la extraneidad –que a su juicio constituye el elemento central del fortuito– debe ser entendida “en términos de quiebre causal”¹¹.

Cabe preguntarse si es posible sostener otra forma de entender la exigencia de exterioridad del caso fortuito, que le atribuya un contenido propio, y que no implique nada más reconducirla a la ausencia de culpabilidad o de causalidad. A mi juicio lo es, y ello puede hacerse recurriendo al propio contrato celebrado por las partes. El contenido de la exterioridad puede definirse simplemente reconociendo la función que, desde un punto de vista práctico, desempeña todo contrato: distribuir una serie de riesgos entre las partes, dentro de los cuales se encuentra el del incumplimiento. La perspectiva realista del contrato implica tomar en consideración la función económica que éste desempeña en vistas a satisfacer los intereses de los contratantes. Ello no es extraño a nuestro ordenamiento, y permite elaborar, a partir del propio contrato y de su interpretación, una nueva forma de concebir la exterioridad.

La asociación entre las nociones de contrato y riesgo deriva de que el primero constituye un medio para el intercambio económico¹², es decir, es

2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983, p. 532. Incluso, la misma fundamentación le ha dado la jurisprudencia. Así, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se afirma que para constituir caso fortuito, el hecho debe ser ajeno a la voluntad del deudor, lo que se desprende del artículo 1547, que lo establece como responsable del caso sobrevenido por culpa. Sentencia disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 20626.

¹¹ Jorge BARAONA GONZÁLEZ, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, en *RCHD*, N° 24, Santiago, 1997, p. 1, p. 175. En términos cercanos se expresa Carlos Pizarro, quien, si bien no considera la exterioridad como requisito del caso fortuito, postula que éste sólo tiene cabida en las obligaciones de resultado, cuyo régimen de responsabilidad sería objetivo, y que la exoneración se fundaría en que el caso fortuito interrumpiría el vínculo causal entre el hecho o la omisión del demandado y el daño causado. Carlos PIZARRO WILSON, “La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción del suministro de gas a Chile”, en *GJ*, N° 288, Santiago, 2004, p. 13.

¹² Jorge Baraona destaca la importancia de considerar este aspecto del vínculo contractual: “Una de las precisiones más importantes que se han hecho en el derecho contemporáneo es el énfasis puesto en la comprensión del contrato como una realidad económica (función de cambio, operación económica, explicable como un acuerdo en torno a una determinada distribución de riesgos”. Jorge BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dyckinson, 1998, p. 198.

una herramienta para el tráfico de bienes y servicios en el mercado, lo que implica el riesgo de toda iniciativa de ese tipo. Es decir, todo contrato trae aparejada la posibilidad de que diversas contingencias incidan sobre las partes o sus prestaciones durante la ejecución. Esta dimensión económico-práctica del contrato está muy presente en la tradición anglosajona¹³, ha sido adoptada por el Derecho Uniforme de los Contratos, y también es necesario considerarla en los sistemas jurídicos continentales, pues no es sino la constatación de una realidad evidente¹⁴.

De todos los riesgos que se distribuyen al celebrar un contrato, destaca el que puede denominarse riesgo del incumplimiento: la contingencia de que no se verifique el cumplimiento fiel y oportuno por parte del deudor, generando con ello daños al acreedor. De concretarse tal eventualidad, debe determinarse de cargo de cuál de las partes ha de ser puesto dicho riesgo: si del deudor, debiendo éste resarcir el daño causado al acreedor con la inejecución o, si por el contrario, corresponde al acreedor, quien debe soportar el daño derivado de la falta de cumplimiento, sin poder reclamar indemnización. De ahí la relevancia de este riesgo, pues su reparto determina las consecuencias en el plano de la responsabilidad por incumplimiento. ¿Y cómo se produce dicha distribución?

El primer instrumento en que se advierte el reparto del riesgo del incumplimiento es el propio contrato¹⁵. Las partes son las primeras llamadas a hacerlo, reflejándose en la convención la repartición de las ventajas y desventajas que ellas han previsto¹⁶. Sólo a falta de regulación convencional, el Derecho dispositivo entra a desempeñar dicha función, lo que se aprecia claramente en sede de responsabilidad por incumplimiento contractual.

Así, todo contrato fija expresa o tácitamente un ámbito de riesgos que pesa sobre cada una de las partes, y en que éstas toman de su cargo los even-

¹³ Patrick Selim Atiyah destaca esta circunstancia en el Derecho inglés, afirmando respecto del Derecho de Contratos: “is largely concerned with economic exchange”; y agrega luego: “the law of contract gives legal effect to the operation of the market so as to enable business and commercial activities to be carried on efficiently”. Patrick Selim ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 3 and 35.

¹⁴ Como expresa Antonio Manuel Morales Moreno: “El contrato es regla o deber ser, pero también se asienta sobre una realidad concreta”. Antonio Manuel MORALES MORENO, *Artículo 35*, en Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 290.

¹⁵ En este sentido, Jorge Baraona expresa: “Es evidente que el incumplimiento es un riesgo al que las partes están expuestas y sobre el cual también debieran prever las consecuencias”. BARAONA GONZÁLEZ (n. 12), p. 199.

¹⁶ Guido ALPA, Mario BESSONE, Enzo ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, Jovene editore, 1982, p. 348.

tos que puedan afectar el cumplimiento, comprometiéndose a controlarlos, y de no ser así, a reparar el daño sufrido por el acreedor, indemnizándolo. Por esta razón, si la inejecución de la prestación tiene su origen dentro de dicho marco, el deudor no puede alegar el caso fortuito, pues no se trataría de un hecho ajeno a él: sólo fuera de esa esfera puede construirse la causa de exoneración.

La definición de dicho ámbito de riesgos requerirá de una interpretación integradora del contrato, fundada en la buena fe. Esta operación es imprescindible para determinar cuáles riesgos asume cada parte y cuáles no, al establecer un ámbito típico de riesgos, compuesto por aquellas contingencias que según sea la actividad u organización del deudor –y a partir del conocimiento que de las mismas éste debe tener–, y considerando, asimismo, la naturaleza del contrato celebrado, él debe ser capaz de anticipar y controlar para que no afecten su cumplimiento. Así, por ejemplo, en el caso de un deudor empresario –supuesto bastante habitual en la práctica– su ámbito de riesgo típico esta conformado, en primer lugar, por aquéllos vinculados con los sujetos que participan de la actividad de empresa, es decir, las personas cuya intervención es necesaria para el desarrollo de la misma: sus auxiliares en el cumplimiento –ayudantes y sustitutos–; los proveedores y el personal administrativo de la organización.

Y, en segundo término, se integran también los medios no personales utilizados en la actividad empresarial, es decir, los correspondientes a todos los recursos materiales e inmateriales utilizados por el empresario en la organización, preparación y ejecución de sus prestaciones: maquinarias, herramientas; las instalaciones de diversos orden tales como: eléctricas, sanitarias, de seguridad; los servicios necesarios para el funcionamiento de la empresa; los equipos y recursos tecnológicos, entre otros. Ello variará según el giro específico de la empresa de que se trate.

En nuestro Derecho es posible encontrar sustento para este planteamiento. Ello, a pesar de la ausencia en el *Código Civil* de una regla general que establezca la responsabilidad del deudor, por los incumplimientos originados en la actividad de las personas involucradas en la ejecución de su obligación o en los medios o recursos no personales empleados.

En efecto, tratándose de lo primero, la norma del artículo 1679 –que dispone que en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o la culpa de las personas por quienes fuere responsable– así como una serie de disposiciones dispersas en la regulación particular de los contratos, que recogen la misma idea¹⁷,

¹⁷ Si bien el artículo 1679 está ubicado en una sede concreta: pérdida de la cosa que se debe, se ha entendido que “contiene una regla general en materia de obligaciones”. Sergio

permiten sostener esta responsabilidad como una regla general aceptada por nuestro legislador.

Y tratándose de la responsabilidad del deudor por los incumplimientos derivados de los medios empleados en el cumplimiento, el *Código Civil* la recoge en más de una norma. Así se puede apreciar en el artículo 2015 inciso primero, que en materia de contrato de transporte, impone al acarreador una obligación de seguridad, haciéndole responsable del daño que sobrevenga a la persona como consecuencia de la mala calidad del carruaje, barco o navío en que se verifique el transporte. En dicha disposición, el legislador reconoce de manera implícita que el estado de los instrumentos –en el caso concreto, el medio de transporte– destinados por el empresario al desarrollo de su actividad, y utilizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, constituye un riesgo que por el contrato pertenece al transportista¹⁸.

Esta responsabilidad del deudor puede perfectamente fundarse en la aceptación, por parte de nuestro legislador, de la idea del contrato como un mecanismo de distribución del riesgo del incumplimiento, el que debidamente

FUENZALIDA, “Los terceros en la responsabilidad contractual”, en *RDJ*, vol. 57, Santiago, 1960, primera parte, p. 106. El mismo autor cita también el artículo 1590 inciso primero, en materia de deterioros de un cuerpo cierto.

Otras disposiciones que manifiestan este principio son los artículos 1925, 1926, 1941, 2000, 2003 regla tercera, 2014, 2015, 2135, 2242, 2243 del *Código Civil*. Y lo mismo se aprecia en el *Código de Comercio*, en el artículo 168, que en materia de contrato de transporte, recoge dicha idea, al disponer: “Aunque el transporte imponga la obligación de hacer, el que se obliga a conducir personas o mercaderías puede, bajo su responsabilidad, encargar la conducción a un tercero. En este caso el que primitivamente ha tomado sobre sí la obligación de conducir, conserva su carácter de porteador respecto del cargador con quien ha tratado, y toma el carácter de cargador respecto del que efectivamente haga la conducción de las personas o mercaderías”. Al respecto, se ha fallado recientemente que dicha norma deja en claro “que si bien el porteador primitivo está facultado para encargar a un tercero la conducción de las mercaderías que a él se le ha encomendado transportarlas, no queda exento de su responsabilidad, frente a quien contrató con él”, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 14 de abril de 2008, disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 38830.

¹⁸ En particular, este supuesto se refiere al incumplimiento del deber de seguridad que pesa sobre el transportista y que le impone resguardar la integridad física de sus pasajeros. Uno de los elementos fundamentales para el cumplimiento de dicho deber es el correcto estado del medio utilizado en el traslado. La mala calidad de éste es lógicamente un riesgo que la propia naturaleza del contrato –al dar lugar a este deber de seguridad– impide considerar ajeno al deudor. Algo similar ocurre en los contratos de atención médica, que también dan lugar a un deber de protección a favor del paciente, y así, por ejemplo, tratándose de aquéllos celebrados con clínicas u hospitales –deudor empresario– dicho deber comprende el buen estado de las instalaciones y correcto funcionamiento del instrumental médico utilizado en la atención de los pacientes, de modo de garantizar la protección de su integridad física.

interpretado, pone de su cargo las infracciones originadas en el ámbito que se ha delineado precedentemente¹⁹.

De esta forma, la definición de la exterioridad en el caso fortuito supone necesariamente considerar la distribución del riesgo del incumplimiento realizada por las partes a través del propio contrato y se construye en forma objetiva porque la diligencia no desempeña papel alguno en la definición de la esfera de riesgos cuya asunción compete al deudor. Ésta se determina exclusivamente a partir del contenido del contrato. De este modo, un hecho será externo al deudor, y cumplirá con el primer requisito para constituir caso fortuito cuando no haya tenido origen en este ámbito de riesgos expresa o tácitamente definido en la convención²⁰.

2. *La imprevisibilidad e irresistibilidad del caso fortuito*

a) La diligencia exigible al deudor como elemento presente en la construcción de ambos requisitos

Las otras dos exigencias cuya concurrencia es necesaria para la configuración de un caso fortuito tienen un elemento en común: su construcción requiere considerar la diligencia exigible al deudor en la ejecución de sus obligaciones. Así, es a propósito de la causa de exoneración que puede apreciarse la función de la diligencia en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento contractual.

¹⁹ Luis Claro Solar se acerca bastante a esta idea cuando afirma: “es necesario que el deudor responda de una manera absoluta del hecho de sus auxiliares. Debe soportar el riesgo de la inejecución por la culpa de las personas que se ve obligado a emplear. Este riesgo es para él un pasivo de la empresa que debe tomar en cuenta como otras eventualidades desfavorables”, agregando luego: “no constituye este riesgo un caso fortuito o de fuerza mayor”. Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, reimpresión de la segunda edición), vols. X y XII, p. 54. Cabe destacar que la idea de la existencia de una esfera de riesgos controlables por el deudor y cuya concreción no le permiten alegar exoneración, está presente en el Derecho Uniforme de los Contratos, como se observa en el artículo 79 (1) de la CV.

²⁰ Otra importante manifestación de este planteamiento en nuestro *Código Civil* se puede apreciar en el artículo 2243, que es bastante claro, al disponer: “el posadero es además obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí. Bajo este respecto, es responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los sirvientes de la posada o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado”. Los riesgos descritos en la disposición no pueden constituir un caso fortuito respecto del posadero. ¿Por qué? La respuesta es clara: no se trata de riesgos ajenos al mismo en razón del contrato. El incumplimiento de la obligación de seguridad que rige respecto de las pertenencias de los viajeros, como consecuencia de la acción de las personas aludidas en la norma, es una contingencia inherente a la actividad profesional que aquél realiza, y que, por lo mismo, debe asumir.

Por supuesto, la diligencia que aquí interesa es una de carácter objetivo, es decir, entendida como regla de conducta impuesta de manera imperativa al deudor en el cumplimiento de la obligación, sin que interese su disposición anímica al respecto. Por tanto, su empleo debe manifestarse externamente, traduciéndose en un actuar del deudor conforme a la directriz en que ella consiste.

Además, se trata de la diligencia actuando en lo que un autor²¹ ha denominado su función promotora del cumplimiento, esto es, la que está encaminada a que el cumplimiento se concrete. Por tanto, es una diligencia que no integra ni constituye la prestación –como ocurre en las obligaciones de medios– sino que tiene respecto de la misma un carácter instrumental²²: busca impulsar su concreción, constituye una herramienta que el deudor debe utilizar con dicho propósito. La finalidad perseguida con esta función de la diligencia es que la prestación, contemplada inicialmente como proyecto, se convierta en realidad²³, es decir, que se verifique el cumplimiento. Lo que esta diligencia impone al deudor es hacer todo lo necesario para producir la satisfacción del interés del acreedor, aunque no haya estado específicamente definido como parte de la prestación debida²⁴. En este sentido, produce una extensión de los deberes del deudor²⁵, pues le impone una actuación adicional a la sola prestación, pero encaminada precisamente a conseguir su realización.

En nuestro *Código Civil*, puede afirmarse que esta función de la diligencia se encuentra contemplada en el artículo 1547. Así se desprende del sentido y ubicación de dicha disposición en la que precisamente la diligencia se contempla en relación con aquello que el deudor debe realizar para dar cumplimiento a la obligación. Ahora bien, ¿en qué se traduce en concreto esta función de la diligencia? En palabras de Luis Díez-Picazo, ésta comprende

²¹ Ferrán BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Studio Albortotiana, 1987, p. 61 y ss.

²² Así la califica Ferrán Badosa, agregando que se diferencia materialmente de la prestación debida, BADOSA (n. 21), p. 175. Calificándola también como instrumental, Umberto BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 132. En sentido similar: Francisco JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultados (a propósito de una jurisprudencia reciente)”, en *ADC*, vol. 44, N° 1, Madrid, 1991, pp. 73 y 92; Cesare Massimo BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in Francesco GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca. Libro quarto: delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, Bolonia, Zanichelli editore, 1979, p. 28 y Antonio ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Nápoles, Jovene editore, 1969, p. 144.

²³ DÍEZ-PICAZO (n. 2), p. 122.

²⁴ Jorge Baraona, refiriéndose a la función promotora de la diligencia, afirma que ella constituye un margen de actuación del deudor necesario para cumplir, que no está descrito, pero que es debido. BARAONA GONZÁLEZ (n. 11), p. 167.

²⁵ DÍEZ-PICAZO (n. 2), p. 122.

“las actividades necesarias para la previsión de la viabilidad de la prestación [...] los deberes de preparación y elaboración de la misma, la ejecución de las fases previas a su realización última, y las actividades de preservación y de evitación de los eventos que puedan ponerla en peligro, causar daños o hacerla imposible”²⁶.

Las expresiones empleadas por el autor reflejan el contenido específico de la diligencia en su función promotora, y ponen de manifiesto su presencia a lo largo de todo el íter contractual, desde la celebración del contrato hasta la fase de ejecución. En definitiva, aparecen en ella las nociones de previsibilidad y resistibilidad²⁷, mostrando la conexión existente entre la diligencia promotora y los requisitos en estudio del caso fortuito. Éstos se construyen precisamente sobre la base de la diligencia.

En efecto, el despliegue de la misma impone al deudor prever lo que puede suceder durante la ejecución del contrato y, de forma particular, le asigna el deber de anticipar los eventuales obstáculos que pueden surgir para el oportuno y fiel cumplimiento de su obligación. En este sentido, la diligencia constituye –como se verá luego– el grado de previsión exigible al deudor sobre el curso de los acontecimientos²⁸, tarea que éste debe realizar al contratar, de modo tal que esta función de la diligencia está presente desde la celebración del contrato²⁹.

²⁶ DÍEZ-PICAZO (n. 2), p. 122.

²⁷ En España, y a partir de que en el *Código Civil* español los elementos que definen el caso fortuito son la imprevisibilidad e inevitabilidad, Ángel Francisco Carrasco, al referirse a la diligencia y su negación, la culpa, afirma que los elementos para dicho juicio son la previsibilidad e inevitabilidad. Ángel FRANCISCO CARRASCO PERERA, “Artículo 1104 Código Civil”, en Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa S.A., 1989, p. 8. Por su parte Fernando Pantaleón, destaca que previsible y evitable son conceptos relativos que se determinan según el nivel de exigencia de prever y evitar, el que está constituido por el modelo abstracto y objetivo de la diligencia. Fernando PANTALEÓN, “Culpa”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 29 de agosto de 2008 se afirma que es de la esencia de la culpa la previsibilidad. Disponible en www.legalpublishing.cl número identificador 39807.

²⁸ CARRASCO PERERA (n. 27), p. 17.

²⁹ En este sentido, Luis Díez-Picazo afirma que la diligencia no se refiere sólo al momento del cumplimiento sino que impregna la totalidad de la relación obligatoria a través de todas sus vicisitudes. DÍEZ-PICAZO (n. 2), p. 548. Cesare M. Bianca por su parte se pronuncia en sentido similar expresando: “Nell’una e nell’altra funzione –determinazione del contenuto della prestazione e criterio di responsabilità– la diligenza investe indistintamente tutta l’attività debitoria”. Y agrega luego: “Rilevante è, ulteriormente, ai fini dell’imputazione dell’inadempimento, il giudizio se il debitore conosceva o avrebbe dovuto prevedere con un normale sforzo diligente la propria inettitudine all’adempimento”. BIANCA (n. 22), p. 26.

Asimismo, la diligencia promotora pone al deudor en la necesidad de actuar frente a aquellos eventos –incluso imprevistos– que se presenten con posterioridad a la celebración del contrato y que puedan afectar el cumplimiento de su obligación, adoptando las medidas adecuadas para impedir que ello ocurra. En el ejercicio de esta diligencia el deudor debe resistirse a los obstáculos que le sobrevengan, procurando que no incidan en el desenvolvimiento de la prestación. Se trata de una actividad que debe desarrollarse desde la preparación y organización de los medios necesarios para la ejecución, hasta el cumplimiento propiamente tal³⁰.

Además, esta función promotora de la diligencia se caracteriza porque es necesaria y debe desplegarse en toda clase de obligaciones, con independencia de la naturaleza de la prestación que constituya su objeto³¹: cualquiera sea éste, será preciso que el deudor realice esta actividad encaminada a lograr su concreción. Así, en las obligaciones de medios, ella complementa la llamada diligencia integradora, cuyo empleo equivale al cumplimiento de la obligación, de modo tal que en esta clase de obligaciones la diligencia opera en sus dos funciones³². Y, por supuesto, la función promotora de la diligencia es la única que opera en las obligaciones de resultado. En éstas, caracterizadas porque el cumplimiento se verifica sólo con la producción de un *opus* o resultado materialmente apreciable, la diligencia se encuentra así encaminada a conseguir dicho resultado, que representa el interés del acreedor, e impone, por tanto, al deudor el desarrollo de la actividad necesaria para concretarlo.

b) La imprevisibilidad

Lo primero que debe consignarse respecto de este requisito es que –considerando el significado natural del término *prever*³³– debe descartarse explicarlo

El mismo autor destaca que la falta de la diligencia necesaria al nacimiento de la relación contractual, tendrá repercusión en el plano de la responsabilidad del deudor.

³⁰ En este sentido, Francisco Jordano Fraga afirma que la diligencia en su segunda función busca impedir la imposibilidad, pretende preservar la posibilidad de cumplimiento frente a eventos sobrevenidos. JORDANO FRAGA (n. 22), pp. 32, 35-36.

³¹ Reconociendo la función promotora en las dos categorías de obligaciones se pronuncia en España JORDANO FRAGA (n. 22), pp. 31-32, 35-36. En igual sentido en Francia, André TUNC, “Force majeure et absence de faute en matière contractuelle”, in *RTDC*, vol. 43, Paris, 1945, p. 236.

³² Así lo reconocen, JORDANO FRAGA (n. 22), pp. 31-32, 36, 41, 58; CARRASCO PERERA (n. 27), p. 5; Natalia DEL OLMO GUARIDO, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 189.

³³ Según las dos primeras acepciones contempladas por la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22^a ed., Madrid, Espasa, 2001, ‘prever’ significa: “Ver con anticipación” y “Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder”.

en el sentido de que el hecho será imprevisible cuando el deudor no ha podido evitarlo³⁴, lo que implica hacer sinónimos inevitabilidad e imprevisibilidad.

Lo anterior, porque la previsibilidad sobre la base de la cual debe determinarse consiste exclusivamente en la posibilidad de anticipar la ocurrencia de un hecho futuro que pueda afectar el cumplimiento, según un determinado cálculo de probabilidades. Y tal actividad de previsión no tiene por fin la adopción de medidas dirigidas a evitar o impedir el hecho, sino que tiene por objetivo que el deudor pueda regular dichos acontecimientos en el contrato. Prever es en esencia una operación intelectual³⁵: implica representarse mentalmente como posible la consecuencia o efecto de una determinada causa³⁶. Se trata de un cálculo destinado a establecer las expectativas *plausibles* de que un determinado hecho impida el cumplimiento fiel y oportuno del deudor³⁷.

Otra cuestión que aparece en la interpretación tradicional de la imprevisibilidad, y que es necesario descartar, es la concepción de este requisito en un sentido absoluto, pues es inadecuado para el concepto de caso fortuito. En efecto, hay quienes exigen que haya sido completamente imposible, para cualquier persona, anticipar la realización del hecho que afecta el cumplimiento. Se requiere que éste haya sido absolutamente imprevisible, con independencia de la diligencia puesta por el deudor para anticiparlo³⁸.

³⁴ Así lo hacen Alberto Coustasse y Fernando Iturra, quienes de forma expresa se refieren a las medidas de previsión como aquéllas tendientes a evitar el hecho, afirmando que la imprevisibilidad “sólo puede valorarse cuando se la considera frente a una relación dada, al *deber de previsión del obligado*, a la posibilidad que éste tenía de *evitar el hecho*”. Alberto COUSTASSE, Fernando ITURRA, *El caso fortuito ante el derecho civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, p. 52.

³⁵ Así lo afirman: COUSTASSE, ITURRA (n. 34), p. 51; Eugenio LLAMAS POMBO, “Artículo 1105”, en Miguel PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Granada, Editorial Comares, 2000, vol. II, p. 1.847. Según este último, prever es una cuestión intelectual consistente en contar con la posibilidad y probabilidad que acontezca un suceso determinado.

³⁶ Nuestra Corte Suprema ha recogido esta idea afirmar: “Para prever una determinada situación es necesario que el agente se represente mentalmente como probable la causa y de ella pueda deducir el efecto, en este evento, el hecho constitutivo de caso fortuito”. Sentencia Corte Suprema, 9 de septiembre de 1992, en *RDJ*, vol. 89, Santiago, 1992, secc. 2ª, p. 254 y ss.

³⁷ Jorge Baraona afirma que la noción de previsibilidad no se construye en abstracto, sino que supone un cálculo de riesgos probables en relación con la realidad concreta de la obligación. BARAONA GONZÁLEZ (n. 11), p. 175.

³⁸ En Chile, ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (n. 7), p. 280, afirman que el hecho debe ser imprevisible en sí mismo, de modo tal que ni el agente ni ninguna otra persona ubicada en su lugar habría podido preverlo, agregándose que si el hecho hubiera podido preverse con mayor diligencia, o a costa de un mayor esfuerzo o sacrificio, no es caso fortuito. Esta idea ha sido recogida también por nuestra jurisprudencia. Así, se pueden citar dos fallos de la Corte Suprema que la adoptan. En el primero de ellos, de 20 de junio de 1949, (n. 6), se

Tal interpretación no es aceptable si se considera que el deber del deudor de prever los eventuales impedimentos al cumplimiento, tiene su fuente y medida en la diligencia exigible según el contrato concreto, sin que pueda reclamarse una previsibilidad mayor o total. ¿De qué forma actúa la diligencia en esta tarea? La diligencia se manifiesta, en primer lugar, en relación con el conocimiento en que debe basarse el cálculo de probabilidades en que consiste prever. Un mismo evento puede aparecer diversamente probable según el conocimiento a partir del cual se efectúa dicho cálculo³⁹. Para determinar si un obstáculo debía o no ser considerado como probable por el deudor, interesa el conocimiento que éste –actuando con diligencia– debía tener acerca de las circunstancias concomitantes al contrato, del contexto de su celebración, así como de las condiciones de ejecución del mismo. Para poder hacer el cálculo de probabilidades, el deudor debe conocer los diversos aspectos relacionados con el medio en que se inserta el contrato. Debe imponerse adecuadamente de todos ellos, lo que es parte del actuar diligente que debe desplegar desde la celebración del contrato. Una segunda cuestión en se manifiesta la diligencia exigible, es el grado de probabilidad a partir del cual un determinado impedimento debe ser considerado previsible por el deudor, excluyendo así el segundo requisito del caso fortuito. Existirán diversos hechos capaces de obstar al cumplimiento y que resultan en alguna medida probables, pero no todos lo serán en igual grado. Ante ello, cabe preguntarse, ¿cuáles son los que debe considerar el deudor en cada caso? ¿Bajo qué nivel un hecho es calificable como tan poco probable que puede ser considerado como imprevisible?⁴⁰. Es necesario contar con un cierto nivel de certeza acerca de

afirma como necesario que “[...] ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias habría podido preverlo [el hecho]”. En la segunda sentencia, de 2 de mayo de 1963, en *RDJ*, vol. 60, Santiago, 1963, secc. 1^a, se repite la misma idea, agregando, además, que el que un hecho constituya caso fortuito “dependerá de si el agente estuvo o no en la absoluta imposibilidad de preverlo y evitarlo”.

³⁹ Pietro TRIMARCHI, “Il caso fortuito quale limite della responsabilità peri l danno da cose”, in *RTDPC*, vol. 2, Milano, 1959, p. 811.

⁴⁰ Pietro Trimarchi pone énfasis en este aspecto afirmando que es necesario establecer el grado de previsibilidad bajo el cual el evento es considerado como fortuito. TRIMARCHI (n. 39), p. 848. Por su parte, en el *Common Law* Guenter Treitel, para efectos de calificar a un acontecimiento como previsible, señala como un factor de importancia el grado de probabilidad de la realización del mismo, afirmando que debe ser alto, sin que baste una probabilidad remota. Guenter TREITEL, *Frustration and force majeure*, London, Sweet and Maxwell, 1994, *par.* 13-009. Por su parte, en la CV la razonable imprevisibilidad del impedimento al momento de la celebración del contrato también constituye un requisito para que se configure la causa de exoneración del artículo 79. El criterio conforme al cual se determina la previsibilidad que obsta a la exoneración es el principio de lo razonable, y según los comentaristas de la convención,

la ocurrencia del hecho, la que debe ser lo suficientemente alta como para excluir las meras eventualidades. Un factor importante en relación con este punto es la frecuencia con que se presentan determinados acontecimientos⁴¹, pues la reiteración más o menos periódica de un cierto evento puede influir en que se califique como más o menos alto el grado de probabilidades de que aquel se verifique⁴².

Pues bien, la diligencia exigible al deudor también tiene importancia en la definición del grado de probabilidad suficiente para calificar un cierto hecho como previsible o no. En efecto, si la diligencia requerida es la máxima, habrá que considerar como previsibles para el deudor tanto aquellos hechos cuyo grado de probabilidad, en razón de la frecuencia con que se presentan, sea sobre todo alto, como otros que pueden no ser tan frecuentes, pero que la diligencia superior impuesta al deudor obliga igualmente tomar en cuenta⁴³, de modo tal que el ámbito de lo imprevisible resulta reducido. En cambio,

la razonabilidad como parámetro para fijar el citado requisito también impone considerar el grado de probabilidad de concreción del impedimento. En tal sentido, entre otros: Álvaro VIDAL OLIVARES, *Criterios de atribución de responsabilidad por daños en la compraventa internacional de mercaderías*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 680 y ss.; Pascal PICHONNAZ, “Impossibilité et exorbitante. Étude analytique des obstacles à l’exécution des obligations en droit suisse”, dans *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 50-4, Paris, 1998, p. 399; Hans STOLL, Georg GRUBER, “Artículo 79”, in Peter SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1986, traducción del inglés, 2006, par. 22.

⁴¹ En Italia, destaca la idea de frecuencia en la determinación de la probabilidad: TRIMARCHI (n. 39), pp. 810 y 849. En la doctrina nacional, Fernando Fueyo también recurre a la frecuencia como una herramienta útil para realizar “el cálculo de probabilidades sobre el no acontecer del suceso” en que a su juicio consiste la imprevisibilidad. FUEYO LANERI (n. 7), pp. 264-265. En la jurisprudencia, una sentencia de la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, de 17 de septiembre de 1987, en *GJ*, N° 88, p. 37, también hace alusión a la frecuencia, a efectos de definir la exigencia de imprevisibilidad del caso fortuito, declarando que “no sólo significa nunca antes visto según la etimología del término, sino que no sea de ordinaria frecuencia según las circunstancias de tiempo y lugar y que el juzgador ponderará”.

⁴² Esta idea parece estar detrás de ciertas soluciones jurisprudenciales en que –aunque no en el ámbito contractual– se ha descartado el carácter fortuito de las lluvias en la ciudad de Puerto Varas, y de movimientos sísmicos de mediana intensidad en Santiago. Así se aprecia, respectivamente, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 17 de abril de 1941, en *RDJ*, vol. 39, Santiago, 1942, secc 2ª, p. 1; y en sentencia de la Corte Suprema, de 26 de agosto de 1941, en *RDJ*, vol. 39, Santiago, 1942, p. 203.

⁴³ En este sentido se pronuncia en España Eugenio Llamas Pombo, quien destaca que la previsibilidad no es una cuestión de probabilidad puramente estadística, y sobre la base de ello afirma: “existen sucesos cuya probabilidad estadística es muy escasa, pero su mínima existencia demuestra precisamente la previsibilidad, si la diligencia del deudor así lo exige”. LLAMAS POMBO (n. 35), p. 1.847.

si la diligencia exigida es la media, se excluirá sólo las frecuencias más bajas, que normalmente no son consideradas por personas de regular diligencia, ampliándose el espectro de los eventos imprevisibles para dicho deudor. Y, por último, si la diligencia impuesta es la mínima, la calificación de un hecho como previsible exigirá siempre un muy alto grado de perspectivas de que se materialice, extendiéndose aún más el campo de los eventos imprevisibles para el deudor.

Asimismo, junto con el grado de probabilidad requerido para calificar un hecho como previsible, existe otro elemento a considerar en la apreciación de la imprevisibilidad: la concreción con que debe ser anticipado el evento. En el fondo, es necesario que el deudor deba estimar probable tanto el hecho como sus características, pues sólo una cierta determinación del mismo le permitirá representarse el incumplimiento en que incurrirá si acontece, fin último de la actividad de anticipación que se le exige⁴⁴.

De esta forma, la calificación de un hecho como imprevisible depende, en definitiva, del cálculo que todo deudor debe hacer sobre las probabilidades de que su cumplimiento se vea afectado por un evento ajeno a los riesgos que asume en virtud del contrato. Dicha tarea le viene impuesta al deudor por la diligencia y debe desplegarse lógicamente a partir de las características concretas del contrato celebrado. El deudor, comportándose de acuerdo con el modelo y grado de diligencia exigible en cada caso, debe, en primer lugar, informarse acerca de las circunstancias que rodean el contrato. A partir de ello, debe realizar la operación intelectual destinada a determinar de antemano los obstáculos más o menos probables a su cumplimiento. Y aquéllos que no superen el grado de probabilidad que según la diligencia exigible el deudor debe considerar, serán calificados como imprevisibles.

Para completar el examen de este requisito, es necesario establecer la oportunidad en que el mismo debe ser apreciado. Y como resulta de lo señalado, tal momento es el de la celebración del contrato⁴⁵. En dicha fase el

⁴⁴ Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha resuelto que la sequía por sí misma no constituye caso fortuito, pero sí lo sería una de carácter prolongado. Sentencia (n. 36).

⁴⁵ La ubicación de la previsibilidad al momento de la celebración del contrato se aprecia en nuestra doctrina en Pablo Rodríguez Grez, quien afirma que la imprevisibilidad implica que las partes no se representaron la ocurrencia del hecho al momento de contratar, Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 181. En el Derecho Comparado continental también hay diversos autores con opiniones en el mismo sentido. Así se pronuncian en España Fernando PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate”, en *ADC*, vol. 44, N° 3, Madrid, 1991, p. 1.067; DEL OLMO GUARIDO (n. 32), p. 206; Ángel Francisco CARRASCO PERERA, “Artículo 1105 Código Civil”, en Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*,

deudor debe desplegar la diligencia exigible y calcular las probabilidades de que un determinado hecho ajeno a sus propios riesgos se presente durante la ejecución del mismo afectando su fiel y oportuno cumplimiento.

La finalidad última del referido cálculo es la de precaverse de la concreción de tal evento, a través de una expresa regulación del mismo en el contrato. La ley impone al deudor un deber de prever, y con ello le asigna, al mismo tiempo, el riesgo de no haber anticipado lo que le era exigible prever, o de haber contratado sin considerar los obstáculos que eran previsibles⁴⁶. La asignación de tal riesgo se aprecia en que si se concreta el impedimento y se produce el incumplimiento, su previsibilidad impedirá calificar el hecho como un caso fortuito: no habrá exoneración y, por tanto, el deudor deberá responder indemnizando al acreedor.

De esta forma, para saber si un determinado hecho puede calificarse como imprevisible, será preciso establecer si el deudor, de acuerdo con la diligencia exigible, debía o no representarse en forma previa su verificación, e instar, de ser así, por regularlo particularmente en el contrato. Si se concluye que sí, ante la ausencia de estipulación al respecto, la ley asigna dicho riesgo al deudor. Ello se traduce en que si no puede controlarlo, y se produce el incumplimiento, deberá indemnizar al acreedor⁴⁷. Es una asignación de riesgo

Madrid, Edersa, 1989, p. 50. En Francia, Paul-Henri ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992, p. 55, expresa que la jurisprudencia aprecia el requisito en la formación del contrato. Lo mismo señala Christian LARROUMET, *Droit Civil*, Paris, Economica, 1996, tome III: Les obligations. Le contrat, p. 794.

Cabe destacar que la celebración del contrato como oportunidad para apreciar el requisito de la imprevisibilidad es plenamente coherente con la regla del artículo 1558 del *Código Civil*, que recurre a ese mismo momento para fijar la extensión de la indemnización en caso de incumplimiento sin dolo del deudor. La regla de la previsibilidad del daño al tiempo del contrato pone de manifiesto que desde ese instante las partes deben ser capaces de anticipar el destino de su convención.

⁴⁶ Hay una falta de diligencia que puede adoptar dos formas: ausencia de previsión del hecho, no obstante ser objetivamente previsible conforme al grado de diligencia exigido al deudor o, bien, asunción de la obligación a pesar de haber sido efectivamente previsto el obstáculo. Las consecuencias son las mismas: la contracción de la obligación sin consideración del impedimento previsible, sea porque no se previó, sea porque deudor actuó de manera temeraria, conducen a la asignación a él del riesgo de ocurrencia de dicho obstáculo.

⁴⁷ Cabe destacar que la explicación de la previsibilidad-imprevisibilidad del hecho exonerador en términos de riesgo se encuentra presente en el Derecho anglosajón, siendo recogida también en la CV y, en general, en el Derecho Uniforme. En el *Common Law*, la previsibilidad del suceso que afecta el cumplimiento excluye la posibilidad de que opere la doctrina de la *discharge*, al impedir que se verifique la *frustration*. Ello es consecuencia de que esta última figura tiene por finalidad, precisamente, actuar como mecanismo de distribución de riesgos entre las partes. Esta idea es destacada en el Derecho inglés, por TREITEL (n. 40),

derivada de la falta de diligencia del deudor. Y como la labor de diligente previsión debe realizarse al contratar, dicho riesgo queda asignado por la ley en ese mismo momento, agregándose a aquellos que las propias partes distribuyeron en dicha oportunidad. Se amplía así la esfera de riesgos fijada por el contrato para el deudor, aumentando el ámbito de riesgos que no pueden constituir un caso fortuito.

c) La irresistibilidad

La tercera exigencia del caso fortuito consiste en que además de ser ajeno e imprevisible, el hecho de que se alega como tal sea irresistible para el deudor.

Para definir su sentido y alcance, es preciso hacer una referencia a la forma en que tradicionalmente ha sido concebido este requisito: en términos absolutos, es decir, exigiendo que el evento que obsta al cumplimiento sea en sí mismo total y completamente irresistible, de modo tal que ninguna persona hubiera podido sustraerse a sus efectos. En definitiva, se ha entendido que el hecho, por su propia naturaleza, debe ser absolutamente imposible de resistir por cualquier persona. Así se aprecia en nuestra doctrina⁴⁸ y ju-

par. 13-002 y 13-005; y en Estados Unidos, por E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, 2ª ed., Boston, Little Brown, 1990, p. 718.

Por su parte, como ya señalé, en la CV el artículo 79 exige la razonable imprevisibilidad del evento como el segundo requisito necesario para la configuración de la causa de exoneración. Así lo reconocen: PICHONNAZ (n. 40), par. 1707; VIDAL OLIVARES (n. 40), p. 660 y ss; STOLL, GRUBER (n. 40), par. 22; John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, 3ª ed., The Hague, Kluwer, 1999, par. 423.4; a su vez, Antonio Manuel Morales Moreno afirma que la CV prevé la posibilidad de que el deudor responda por acontecimientos ocurridos fuera de su esfera de control, lo que ocurre cuando cabía razonablemente esperar que el deudor tuviese en cuenta el impedimento al celebrar el contrato, y agrega: “Según este criterio cada parte asume el riesgo del daño que cause su incumplimiento, proveniente de obstáculos surgidos fuera de su esfera jurídica, que, en el momento de la celebración del contrato, eran razonablemente previsibles. Puesto que tales obstáculos los ha podido prever, si contrata sin excluirlos, los asume. De este modo se incita de nuevo a los contratantes a tomar en cuenta los riesgos que afectan a la ejecución de su prestación, para incorporarlos al ajuste económico del contrato”. Antonio Manuel MORALES MORENO, “Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *Modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 219. La misma idea es válida en general en el Derecho Uniforme, así ocurre con los artículos 8.108 de los PECL; 7.17 de los Principios UNIDROIT y 3:104.1 del MCR.

Ahora bien, ni el Derecho anglosajón ni en el Derecho Uniforme se recurre a la diligencia como instrumento para construir la exigencia de la imprevisibilidad, lo que evidentemente es consecuencia de que dicha noción es ajena a tales sistemas jurídicos.

⁴⁸ Así, por ejemplo, cabe citar a René Abeliuk, quien afirma que “el hecho, además de imprevisible, según decíamos, debe ser absolutamente imposible de resistir”, ABELIUK MA-

risprudencia⁴⁹. En el fondo, se describe la irresistibilidad en términos de imposibilidad de cumplimiento⁵⁰. Coherentemente con esta visión, también es habitual que en relación con este requisito se afirme que una mayor dificultad para cumplir no constituye caso fortuito, de modo tal que para configurarlo no es suficiente un evento que sea resistible con una mayor diligencia, esfuerzo o sacrificio de parte del deudor⁵¹.

Esta concepción tan absoluta de la irresistibilidad explica que por lo común se señale que el efecto del caso fortuito es extinguir la obligación en razón de la imposibilidad de cumplimiento que originaría, explicándose así la liberación de responsabilidad del deudor.

Sin embargo, esta visión tan extrema de la irresistibilidad debe ser superada por dos razones. Primero, porque implica confundir dos aspectos diversos dentro de la noción de caso fortuito, como son sus requisitos y sus efectos, cuando en realidad una cuestión es la irresistibilidad del hecho constitutivo de caso fortuito, y otra diferente es qué consecuencias va a ocasionar ese evento en la prestación del deudor. Y segundo, porque una concepción tan absoluta del requisito debe quedar excluida, si se tiene en consideración que la actividad de resistencia del deudor a los obstáculos ajenos a sus riesgos típicos e imprevisibles al contratar, viene impuesta por la diligencia promotora del cumplimiento, siendo ésta su fuente y medida. Esto impone considerar

NASEVICH (n. 10), pp. 533 y 537. En sentido similar, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva expresan que en el caso fortuito “hay una verdadera imposibilidad absoluta”, agregando: “impide de forma absoluta y total la ejecución de la obligación”, ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (n. 7), pp. 280-281.

⁴⁹ Así se aprecia en sentencia (n. 38). En sentido similar se encuentra un fallo del mismo tribunal (n. 6). En este último, la Corte Suprema sostiene la necesidad de que el hecho haya sido irresistible en términos tales que ni el deudor ni ninguna otra persona ubicada en sus mismas circunstancias habría podido evitarlo.

⁵⁰ René Abeliuk señala de manera expresa: “lo que caracteriza al caso fortuito es la imposibilidad total, absoluta”. ABELIUK MANASEVICH (n. 10), p. 533. Esta idea se aprecia también en algunos autores franceses, lo que puede, de alguna forma, explicar la tendencia que en tal sentido se advierte en nuestra doctrina, dada la influencia que tradicionalmente han tenido aquéllos en nuestro Derecho Civil. Así, por ejemplo, Henri MAZEAUD, León MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, vol. II, p. 320, afirman que la irresistibilidad supone que el acontecimiento crea una imposibilidad de cumplimiento.

⁵¹ En este sentido, ABELIUK MANASEVICH (n. 10). Arturo Alessandri y Manuel Somarriva afirman que si el acontecimiento no hace imposible totalmente la ejecución sino más costosa y difícil, no constituye caso fortuito. VODANOVIC (n. 7), p. 185. Similar planteamiento se aprecia en MEZA BARROS (n. 7), p. 238.

En Francia, MAZEAUD, MAZEAUD, MAZEAUD (n. 50), p. 321, afirman que no basta una simple dificultad, por grande que sea.

la irresistibilidad del caso fortuito como un requisito esencialmente relativo, vinculado de modo directo con la diligencia exigible en el caso concreto.

Para establecer adecuadamente en qué consiste esta exigencia del caso fortuito, es fundamental determinar la actividad concreta que la misma supone de parte del deudor. En primer lugar, debe aclararse que no puede entenderse que ella consiste en evitar el hecho que afecta el cumplimiento, como parece desprenderse de las opiniones de algunos autores nacionales⁵². En efecto, evitar consiste en impedir que el hecho ocurra⁵³; mientras que resistir supone enfrentarse al evento una vez sucedido, consiste en oponerse al mismo⁵⁴. La diversa terminología empleada respecto del tercer requisito del caso fortuito plantea la interrogante de qué es lo que se exige entonces en concreto para darlo por cumplido: ¿es preciso que el deudor no haya podido evitar el hecho susceptible de afectar el cumplimiento?, ¿o, bien, es necesario que no haya podido resistirlo, es decir, actuar contra él una vez ocurrido? Resolver esta cuestión es importante para determinar el genuino sentido de la exigencia en estudio.

Las razones para optar por la segunda alternativa planteada son evidentes. En primer lugar, está el tenor literal del artículo 45, que expresamente habla de resistir⁵⁵. Además, sólo la irresistibilidad –y no así la inevitabilidad– es compatible copulativamente con el requisito anterior del caso fortuito, esto es, la imprevisibilidad del hecho. En efecto, no procede entender la exigencia

⁵² Así se observa en algunos autores nacionales, que tienden a utilizar indistintamente los términos irresistible e inevitable. Así, por ejemplo, Arturo ALESSANDRI, *Teoría de las obligaciones*, Santiago, Imprenta La Ilustración, 1930, p. 72, quien explica el requisito afirmando que debe tratarse de un hecho que el deudor no pueda evitar dentro de los medios de que puede disponer; Alfredo Barros Errázuriz, por su parte, si bien habla de irresistibilidad, afirma que es esencial que el hecho sea inevitable, Alfredo BARROS ERRÁZURIZ, *Curso de derecho civil*, Santiago, Nascimento, 1932, segundo año: De las obligaciones en general, p. 86; ABELIUK MANASEVICH (n. 10), p. 533, quien se expresa en términos de no poder impedir el hecho, lo que se vincula con la idea de evitar; CLARO SOLAR (n. 19), p. 538, también habla de no poder evitarlo.

⁵³ Así queda claro si se atiende al sentido natural del término, que la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33), define como: “Apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda”. Lo fundamental radica, pues en la idea de eludir o impedir algo.

⁵⁴ Así se desprende de la siguiente definición dada por la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 33): “Dicho de una persona: Oponerse con fuerza a algo”.

⁵⁵ Esto es así, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el *Código Civil* español, en que la expresión utilizada por el legislador en el artículo 1105 es “inevitable”. Puede pensarse que la influencia del Derecho español en los autores nacionales explica que se recurra a dicho término para aludir a la irresistibilidad del caso fortuito en nuestro sistema, aunque no sea del todo preciso. En efecto, Alfredo Barros Errázuriz expresamente hace referencia al *Código* español cuando destaca que lo esencial es que el acontecimiento haya sido inevitable. BARROS ERRÁZURIZ (n. 52), p. 86.

en términos de inevitabilidad porque para poder evitar que algo ocurra es necesario saber con antelación que va a suceder, lo que lógicamente no es posible frente a un acontecimiento imprevisible en los términos explicados precedentemente. La sola circunstancia de que el acontecimiento sea imprevisible implica que su ocurrencia es inevitable para el deudor, pues, si éste no sabe y tampoco le es exigible saber que sucederá un determinado hecho, mal puede imponérsele el deber de impedirlo⁵⁶. Por el contrario, aun cuando el hecho sea imprevisible, si se presenta, cabe exigir del deudor una conducta encaminada a superarlo y cumplir su obligación.

La irresistibilidad supone, entonces, que el deudor no haya podido oponerse al obstáculo que le sobreviene en el cumplimiento de su obligación. ¿Y qué supone tal oposición al mismo? Si se considera que el objetivo último del deudor es cumplir, puede concluirse que su resistencia al acontecimiento implica dos cosas:

- hacer lo necesario para que el hecho no afecte el desarrollo de su prestación, es decir, para impedir o evitar el incumplimiento y
- si a pesar de lo anterior, la inejecución se produce, la resistencia implica que el deudor se sobreponga para cumplir igualmente, aunque sea con posterioridad y en una forma distinta de la pactada, pero idónea igualmente para satisfacer el interés del acreedor⁵⁷.

Se trata, en definitiva, de resistir tanto el hecho mismo –evitar sus consecuencias: el incumplimiento– como sus efectos, es decir, superar la situación de incumplimiento una vez verificada. Resistir supone, por tanto, cumplir pese a dicho acontecimiento⁵⁸. Y tal actividad de resistencia al evento por parte del deudor tiene un fundamento y, al mismo tiempo, un límite: la diligencia debida en el caso concreto. Ésta pone al deudor en la necesidad de actuar para librarse de dichos obstáculos, evitando que perturben el cumplimiento

⁵⁶ En un sentido cercano al aquí planteado se pronuncia Pascal Pichonnaz, quien a propósito de las exigencias de imprevisibilidad e insuperabilidad del impedimento presentes en el artículo 79 de la CV expresa: “On notera que l'article 79 al. 1 CVIM indique en outre que le débiteur doit *prévenir l'empêchement* ('avoid it'). En d'autre termes, le débiteur devrait chercher à éviter la *survenance* de l'empêchement. Cette condition paraît toutefois superflue. Si la circonstance génératrice de l'empêchement est hors de la sphère d'influence du débiteur, la *survenance* de l'empêchement est par définition inévitable” (lo destacado es del autor) PICHONNAZ (n. 40), p. 396. Estas ideas son planteadas también por VIDAL OLIVARES (n. 40), p. 653.

⁵⁷ Esta última posibilidad sólo estará abierta en la medida que la obligación sea fungible, en tanto el elemento central de la fungibilidad lo constituye el carácter sustituible de la prestación, el que debe ser determinado sobre la base del interés del acreedor objetivamente establecido a través de una correcta interpretación de la voluntad contractual.

⁵⁸ Cfr. MAZEAUD, MAZEAUD, MAZEAUD (n. 50), p. 321.

de su obligación. Y si no lo consigue, produciéndose igualmente el incumplimiento, la diligencia impone, también, al deudor el deber de actuar para remover el impedimento, a fin de ejecutar su prestación una vez despejado el mismo⁵⁹.

Este deber de resistencia permite apreciar que la diligencia da lugar a una ampliación del contenido de la prestación. Y ello es así debido a que pone al deudor en la necesidad de hacer algo que no pudo ni debió prever al contratar. El deudor debe poner en marcha los recursos jurídicos, tanto materiales como económicos⁶⁰ que de acuerdo con la diligencia exigible sean necesarios para frenar las consecuencias del impedimento, por lo que la diligencia promotora actúa así integrando a posteriori la prestación⁶¹, todo

⁵⁹ En este sentido, cabe tener en cuenta lo expresado por Luis Díez-Picazo en torno al contenido de la diligencia promotora del cumplimiento, a la que se refiere afirmando: “corresponde al deber de esfuerzo a que está sometido el deudor para conservar la posibilidad de que la obligación sea cumplida y para remover los obstáculos o impedimentos que a tal posibilidad puedan oponerse”. DÍEZ-PICAZO (n. 2), p. 746. Con las palabras del autor queda claro que la tarea del deudor en razón de la diligencia no se agota cuando se ha producido el incumplimiento en razón de un evento imprevisible, sino que si ello ocurre, aquel debe actuar para lograr de igual forma dar cumplimiento a su obligación.

⁶⁰ Cabe hacer presente que la diligencia tiene también un contenido económico. Así lo expresa Ferrán Badosa: “El principio es que la actividad diligente incumbe al deudor no sólo jurídicamente (carga) sino también económicamente (financiación). De modo que la diligencia en el cumplimiento puede importar un sacrificio económico para el deudor”. Y luego agrega que si el deudor asume una obligación y con ella la carga de la diligencia, debe contar con los medios suficientes para financiar el contenido de su diligencia. BADOSA (n. 21), pp. 325 y 328.

⁶¹ En este sentido se pronuncia Umberto Breccia, quien sostiene que la extensión de la obligación está fijada en abstracto y de manera parcial a priori, pero que sólo a posteriori se determina su amplitud exacta, teniendo en cuenta tanto lo fijado previamente en vistas al interés del acreedor, como las circunstancias de hecho que enfrenta el deudor. Según el autor, la definición de la obligación “può subire un adattamento di fronte all’esistenza di situazioni nuove e imprevedibili, che posono imporre un riesame di tale generica prefigurazione dell’obbligo”. A la base de esa configuración a posteriori de la obligación, se encuentra la diligencia. BRECCIA (n. 22), p. 92. En una línea similar se encuentra Ferrán Badosa, quien afirma que la diligencia en el cumplimiento supone una ampliación de la prestación debida. BADOSA (n. 21), p. 316. En igual sentido se expresa BIANCA (n. 22), p. 26.

Asimismo, la idea de que la actividad de resistencia del deudor frente a los impedimentos amplía la prestación, se encuentra presente también en el Derecho Uniforme, aunque como es lógico, dicha actividad no se funda en la noción de diligencia, sino en el de la razonabilidad, criterio inspirador de la Convención de Viena. Así lo expresa Antonio Manuel Morales Moreno al referirse a la insuperabilidad del impedimento y sus consecuencias como condición prevista en el artículo 79 de la CV para la exoneración del deudor. El autor afirma en tal sentido: “la ejecución del contrato impone en ocasiones a un contratante adoptar medidas o soluciones para superar ciertos obstáculos exteriores que dificultan o hacen más costoso el cumplimiento. Por

ello en vistas al fin último perseguido por las partes al contratar, esto es, la satisfacción de sus intereses.

De esta forma, la irresistibilidad que permite calificar a un hecho como fortuito es una exigencia de carácter relativo, directamente relacionada con el grado de diligencia exigible al deudor en el caso concreto, según el contrato celebrado. La irresistibilidad no consiste, por lo tanto, en que la oposición al evento por parte del deudor haya sido imposible o, en otras palabras, que no haya sido exitosa a pesar del empleo por parte de aquel de *todos* los medios humanamente posibles o existentes para enfrentar el obstáculo. Por el contrario, un acontecimiento es irresistible cuando a pesar de haber desplegado el deudor la actividad pertinente conforme a la diligencia a él exigible en el caso concreto, no ha podido sustraerse a sus efectos, por lo que el incumplimiento se ha producido igualmente. Y es necesario, además, que a pesar del empleo de la diligencia debida, el deudor no pueda tampoco superar la situación de incumplimiento en que el evento lo ha ubicado⁶². Desde que puede hacerlo, el hecho deja de ser irresistible y, con ello, cesa la exoneración⁶³.

A partir de la forma expuesta de entender los requisitos del caso fortuito, se aprecia cómo es posible proponer un concepto del mismo con una nota objetiva y que además se construye de manera relativa, pues consiste en un hecho ajeno al ámbito de riesgos que el contrato ha puesto de cargo del deudor, imprevisible al contratar, e irresistible en sí y en sus consecuencias

ejemplo, el desvío de la ruta del transporte. Ese mayor esfuerzo ha de adoptarse si, situándonos de nuevo en el momento de la celebración del contrato, se puede entender razonablemente que tales riesgos deben ser asumidos por el contratante. Ésta es una regla de hermenéutica del contrato, de acuerdo con criterios razonables”. MORALES MORENO (n. 47), p. 219.

⁶² En este sentido, cabe citar lo afirmado en España por Jaime Santos Briz, quien expresa: “el caso fortuito no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten”. Jaime SANTOS BRIZ, “Comentario al artículo 1105”, en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Comentario del Código civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2006, vol. VI, p. 176. Asimismo, una reciente sentencia de la Corte Suprema (n. 8), parece acercarse a lo aquí planteado. Se trataba de una demanda de resolución e indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato de *leasing* respecto de una camioneta, que fue incumplido por la promitente vendedora, alegando como caso fortuito la incautación aduanera de que había sido objeto el vehículo materia del contrato. El máximo tribunal, al analizar la exigencia de irresistibilidad, sostiene que los efectos del hecho eran resistibles para el deudor, quien pudo igualmente superar el impedimento y cumplir, pagando los derechos aduaneros correspondientes, lo que además le correspondía hacer conforme a la diligencia exigible en el contrato.

⁶³ La circunstancia de que la irresistibilidad se mantenga sólo mientras subsista la insuperabilidad del incumplimiento, es fundamental en vistas a lo que constituyen los efectos de caso fortuito, pues en razón de ello es que su eficacia tiene, como regla general, sólo un alcance temporal, determinado exclusivamente por la efectiva duración de la irresistibilidad del hecho.

una vez verificado, y cuya imprevisibilidad e irresistibilidad se determinan conforme a la diligencia exigible al deudor en el caso concreto. El carácter objetivo deriva de construir la exterioridad a partir de la distribución del riesgo de incumplimiento que las propias partes realizan expresa o tácitamente al contratar. Ello, por la vía de la interpretación contractual, conduce a poner de cargo del deudor todos sus riesgos típicos, su riesgo de empresa, el que se define en términos objetivos sobre la base del contrato, sin necesidad de valoración alguna de la conducta del deudor. Y puede calificarse como un concepto relativo porque no se trata de que el cumplimiento se vea impedido por un acontecimiento completa y totalmente imprevisible e irresistible, es decir, que escape a cualquier posibilidad racional, material o humana de previsión y resistencia, sino, por el contrario, consiste en un obstáculo que, siendo ajeno al deudor, se ubica más allá de la previsión y resistencia que le resulta exigible en particular según la diligencia debida. Debe determinarse lo que una persona –comportándose según lo ordena el modelo objetivo de conducta en que la diligencia consiste– y ubicada en las mismas circunstancias del deudor, habría debido prever y resistir.

II. EL EFECTO DEL CASO FORTUITO: SU FUNCIÓN EXCLUSIVAMENTE EXONERATORIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Una vez aclarado el concepto de caso fortuito, es preciso definir su función en el plano del incumplimiento contractual. Es decir, establecer los efectos que se desprenden de su concurrencia. La intención es dar cuenta de su función propia, en cuanto causa de exoneración, lo que implica superar la forma en que por lo general se ha explicado su eficacia, esto es, vinculándolo con el modo de extinguir pérdida de la cosa que se debe o imposibilidad sobrevenida de la prestación.

En efecto, es una afirmación habitual que el fundamento de la liberación de responsabilidad por caso fortuito radica en el conocido adagio jurídico conforme al cual “a lo imposible nadie está obligado”⁶⁴. Consecuentemente, al pronunciarse sobre su eficacia, nuestra doctrina suele señalar como efecto central del caso fortuito, la extinción de la obligación por imposibilidad de

⁶⁴ Así lo expresa CLARO SOLAR (n. 19), pp. 538-539. También recurren al aludido adagio para explicar los efectos del caso fortuito, ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (n. 7), p. 282. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencias de 24 de agosto de 2006, rol 1913-2004, disponible en www.puntolex.cl; y de 21 de enero de 2008 (n. 8).

cumplimiento⁶⁵, lo que a su vez libera al deudor de responsabilidad. Así se puede observar también en la jurisprudencia, que en diversas oportunidades ha acogido esta idea, exigiendo la verificación de una imposibilidad de cumplimiento para que se configure el caso fortuito o, bien, afirmando que en virtud de éste el deudor queda liberado de su obligación, lo que en definitiva equivale a asignarle un efecto extintivo⁶⁶. Ello se traduce, en último término, en que la eficacia del caso fortuito no se limita sólo a impedir que el acreedor pueda reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados con la inejecución, sino que, además, excluye la pretensión de cumplimiento para conseguir la satisfacción en naturaleza de su crédito⁶⁷, puesto que se ha producido la extinción de la obligación.

Sin embargo, esta interpretación del caso fortuito supone una confusión de dos figuras y ámbitos perfectamente distinguibles entre sí: dos instituciones diversas como son el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación; y dos ámbitos distintos, propios de cada una de ellas, como son la exoneración de responsabilidad –acotada a la indemnización de perjuicios– y la liberación de la obligación, respectivamente⁶⁸.

⁶⁵ En este sentido se pronuncia el profesor Alfredo Barros Errázuriz, quien afirma: “el caso fortuito, que hace imposible el cumplimiento de la obligación, produce la extinción de ésta, y también la liberación del deudor”, BARROS ERRÁZURIZ (n. 52), p. 85. También postulan la extinción de la obligación como consecuencia del caso fortuito ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (n. 7), p. 282. Asimismo, FUEYO LANERI (n. 7), p. 260. La misma idea se desprende de Sergio GATICA PACHECO, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 77.

⁶⁶ La necesidad de que se produzca una imposibilidad absoluta para estar en presencia de un caso fortuito se recoge en: sentencia (n. 41); sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de septiembre de 1984, en *GJ*, N° 51, p. 63. Atribuyendo expresamente al caso fortuito un efecto extintivo se pronuncia la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 19 de junio de 2006, rol 1167-2005, disponible en www.puntolex.cl, en que se afirma: “Que el caso fortuito debe acreditarlo quien lo alega por tratarse de una forma de extinguir una obligación en los términos de los artículos 1.547 inciso tercero y 1.698 del Código Civil”. Lo mismo se observa en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 16 de abril de 2001, rol 2385-2000, disponible en www.puntolex.cl.

⁶⁷ Así lo expresan ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (n. 7), p. 282, quienes luego de afirmar que en virtud del caso fortuito el deudor se libera de cumplir su obligación, agregan que en razón de lo mismo “no puede exigírsele la ejecución forzada de ella”. También descarta la procedencia del cumplimiento forzado debido al caso fortuito, ABELIUK MANASEVICH (n. 10), p. 535.

⁶⁸ Esta corriente doctrinal clásica, que tiende a explicar los efectos del caso fortuito a través de la figura de la imposibilidad de cumplimiento se advierte también en la doctrina comparada. Se trata un planteamiento bien arraigado en el Derecho francés, cuyo tratamiento del tema es bastante similar al que se aprecia en los autores nacionales más clásicos. En dicho

Las consecuencias que se desprenden de la conexión establecida entre caso fortuito e imposibilidad de ejecución son diversas e importantes.

En primer lugar, ha incidido en el propio concepto de caso fortuito, y más precisamente, en la forma de interpretar su requisito de irresistibilidad. Tal como señalé, esta exigencia ha sido comúnmente entendida en un sentido absoluto, lo que implica concebir el caso fortuito como un obstáculo de caracteres tales que no admite superación alguna, desvinculándolo así de la noción de diligencia, que es la que en realidad subyace al deber del deudor de actuar para resistirse, tanto al hecho constitutivo de caso fortuito como a sus efectos.

Por otra parte, también a partir de esta identificación, y con fundamento en lo previsto en el artículo 1510 del *Código Civil* –que recoge el principio según el cual el género no perece– es habitual que se excluya la aplicación del caso fortuito como causa de exoneración en las obligaciones de dar cosas genéricas, por cuanto en ellas no podría operar la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Se construye así un régimen de responsabilidad prácticamente absoluto para esta clase de obligaciones⁶⁹, lo que, sin embargo, no se condice con el verdadero sentido del adagio consagrado en la norma citada⁷⁰, ni con la función propia del caso fortuito.

Así, afirmar que el efecto del caso fortuito es la extinción de la obligación por la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento que genera, implica con-

ordenamiento, tanto entre los autores antiguos como en los actuales, predomina la idea de afirmar como efecto del caso fortuito la imposibilidad de cumplimiento, con la consecuente extinción de la obligación. Así se advierte, entre otros, en Ambrosio COLIN, Henri CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid, Reus, 1922, vol. 3, p. 26; Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français: Obligations*, Paris, LGDJ, 1931, vol. VI, pp. 548-549 y más recientemente en ANTONMATTEI (n. 45), p. 60 y ss.; 207 y ss. y LARROUMET (n. 45), pp. 799- 800.

⁶⁹ Esta idea queda de manifiesto en nuestro país en el planteamiento de Alberto Coustasse y Fernando Iturra, quienes luego de afirmar como efecto del caso fortuito la liberación del deudor, y que ésta sólo opera cuando se produce una imposibilidad permanente y total, señalan que ello no sucede en los casos de obligaciones de género, COUSTASSE, ITURRA (n. 34), pp. 147 y 130. En España, afirmando la existencia de una responsabilidad objetiva en las obligaciones genéricas se pronuncia Vicente MONTES PENADÉS, “El incumplimiento de la obligación”, en María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, p. 206 y descartando la procedencia del caso fortuito en tal clase de obligaciones: José PUIG BRUTAU, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1988, p. 435.

⁷⁰ Se trata de una norma que se relaciona exclusivamente con el riesgo de la prestación en esta clase de obligaciones, sin que tenga incidencia alguna en sede de responsabilidad por incumplimiento, como diré luego. Por el contrario, si así fuera, implicaría situar el límite de esta última en la imposibilidad sobrevenida, lo que en modo alguno es aceptable en nuestro Derecho, en que la causa de exoneración está constituida sólo por el caso fortuito.

fundir –como ya he señalado– dos instituciones autónomas, cada una con requisitos y efectos propios, y con un campo de actuación diversa. El caso fortuito cumple su función propia en el plano de la exoneración de responsabilidad, es decir, su incidencia se aprecia exclusivamente en relación con la indemnización de perjuicios, como uno de los remedios de que goza el acreedor afectado por la inejecución, sin perjuicio de que pueda influir en alguna medida en la exigibilidad de la obligación, mientras el impedimento sea insuperable. En cambio, la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, proyecta sus efectos en el plano de la liberación del deudor de su obligación. Además, como modo de extinguir que es, extiende su eficacia más allá de la sola pretensión resarcitoria: una vez configurada, excluye la acción de cumplimiento específico de que es titular el acreedor.

Cosa diversa es que el caso fortuito se incorpore como parte del supuesto de hecho de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. Este modo de extinguir requiere para operar de la reunión de dos requisitos. En primer lugar, uno de carácter objetivo, que se relaciona exclusivamente con la prestación, y que se traduce en su inviabilidad o imposibilidad en un sentido estricto, y que, en último término, consiste en que no sea posible obtener el cumplimiento en naturaleza de la prestación⁷¹, esto es, que ella sea irrealizable. Y en segundo término, requiere la inimputabilidad del elemento anterior al deudor, lo que viene dado por el caso fortuito⁷².

De esta forma, el caso fortuito por sí solo no es suficiente para extinguir la obligación, sino que se incorpora como un elemento de la imposibilidad

⁷¹ En relación con esto, cabe destacar que al resolver sobre la procedencia o no del cumplimiento en naturaleza –y con ello, sobre la verificación del primer elemento de la imposibilidad sobrevenida– no debe perderse de vista otro factor: el interés del acreedor. El cumplimiento en naturaleza no debe ser entendido como exigiendo identidad física entre la prestación pactada y la efectivamente cumplida, sino en el sentido de correspondencia entre esta última y el interés del acreedor incorporado en el contrato. En tal sentido, de trascendental importancia resulta el carácter fungible de la obligación, pues será tal circunstancia la que determinará qué tan amplias son las posibilidades de proceder al cumplimiento en naturaleza, excluyéndose el primer requisito de la imposibilidad.

⁷² Afirmando expresamente la necesidad de estos dos elementos para la imposibilidad como modo de extinguir obligaciones se pronuncia en España Margarita CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 46, quien afirma que en una situación de imposibilidad hay que abordar tres cuestiones posibles: la pérdida de la prestación, la inimputabilidad de ésta al deudor o, bien, su imputabilidad. Natalia del Olmo también plantea la existencia de estos dos elementos, señalando que deben separarse dos cosas diversas como son la imposibilidad de la prestación y la causa de la misma, DEL OLMO GUARIDO (n. 32), p. 92. En similar sentido y refiriéndose al derecho español se expresa BARAONA GONZÁLEZ (n. 12), p. 65.

sobrevenida de la prestación, careciendo en sí mismo de eficacia extintiva. Si no se ha verificado la irrealizabilidad de la prestación, aun cuando concurra un caso fortuito, no puede cesar la obligación⁷³.

Lo anterior demuestra que no procede, como se ha hecho tradicionalmente, atribuir al caso fortuito un efecto extintivo. Éste actúa nada más como uno de los elementos de la imposibilidad sobrevenida o, más concretamente, como la causa de la irrealizabilidad de la prestación, pero constituye una figura autónoma respecto del modo de extinguir aludido.

Así, es perfectamente posible que un caso fortuito afecte el cumplimiento exacto y oportuno de una obligación sin tornar la prestación irrealizable en los términos señalados. Opera así en la función que le es propia: como causa de exoneración de responsabilidad, con incidencia exclusivamente en la indemnización de perjuicios, sin que afecte la subsistencia de la obligación.

Tal función es la que se desprende de los artículos 1547 y 1558 de nuestro *Código Civil*, que le atribuyen precisamente el carácter de causa de exoneración de responsabilidad. La definición de su eficacia en cuanto tal, confirma aun más la separación existente entre él y la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

El tenor de las normas citadas resulta fundamental para abordar el punto. El artículo 1547 inciso segundo establece que “el deudor no es responsable por el caso fortuito”, mientras que por su parte el artículo 1558 inciso segundo dispone: “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”. La primera de las disposiciones citadas lo ubica de manera general en relación con la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, mientras que la segunda lo vincula de manera directa con el deber resarcitorio, en tal caso, derivado de la mora.

De esta manera, resulta claro que nuestro legislador conecta el caso fortuito con la indemnización de los perjuicios causados al acreedor con el incumplimiento, que es precisamente en lo que consiste la responsabilidad contractual⁷⁴. Las normas citadas no disponen en caso alguno la extinción

⁷³ Y a la inversa, si hay irrealizabilidad de la prestación, pero ésta es imputable al deudor debido a que no tiene su origen ni en un caso fortuito ni en un hecho del acreedor o, bien, se produce durante su mora –sin perjuicio en este caso, de lo previsto en el inciso segundo del artículo 1672– el efecto extintivo no se producirá.

⁷⁴ Enrique Barros Bourie afirma que la acción de responsabilidad contractual tiene por objetivo obtener la indemnización de los daños derivados del incumplimiento total o parcial o del retardo en el cumplimiento de la obligación contractual. Enrique BARROS BOURIE, “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos, en Hernán CORRAL TALCIANI, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, 2006), vol. II, p. 729.

del vínculo obligacional⁷⁵, sino que se refieren exclusivamente a la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, demostrando que en ello radica la eficacia exoneratoria del caso fortuito. Éste constituye un obstáculo que exime al deudor, no del deber de cumplimiento de la obligación, sino de la indemnización de los daños derivados de la falta de fiel y oportuno cumplimiento⁷⁶. Es necesario distinguir entre la exoneración de responsabilidad del deudor y la liberación de su obligación⁷⁷. Lo primero, es consecuencia del caso fortuito por sí solo, e implica excluir sólo la indemnización; lo segundo, en cambio, ocurre cuando opera la imposibilidad sobrevenida de la prestación, cuya eficacia recae directamente sobre el deber de cumplimiento.

A pesar de lo que por lo general ha sostenido la doctrina nacional, el caso fortuito puede perfectamente incidir en la ejecución de una obligación sin dar lugar a un supuesto de imposibilidad. Puede nada más impedir su cumplimiento oportuno o perfecto⁷⁸, de modo que una vez desaparecido el obstáculo, quepa igualmente el cumplimiento, satisfaciendo el interés del acreedor. Habiendo cesado el impedimento – sea naturalmente o por la acción del propio deudor⁷⁹– y siendo susceptible de satisfacción el referido

⁷⁵ Los artículos 1547 y 1558 se ubican entre las normas destinadas a regular los efectos de las obligaciones, sin que se pronuncien en caso alguno respecto de la subsistencia o cese de la obligación. A la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida se destina el artículo 1670 y ss. Como bien destaca Álvaro Vidal, el artículo 1567 no prevé el caso fortuito entre los modos de extinción de las obligaciones, VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 546.

⁷⁶ Al respecto, Álvaro Vidal expresa: “De estas dos últimas disposiciones [1547-1558] se infiere, inequívocamente, que la indemnización de daños queda excluida cuando el deudor acredita que el incumplimiento se debió a un caso fortuito o de fuerza mayor”. VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 546. En España, Margarita Castilla Barea sostiene que el efecto exoneratorio del caso fortuito “se dirige a eliminar la posibilidad de que el acreedor reclame al deudor una eventual indemnización por los daños y perjuicios que la haya ocasionado el acontecimiento fortuito”. CASTILLA BAREA (n. 72), p. 58.

⁷⁷ En nuestro Derecho Enrique Barros Bourie plantea que la exoneración del deudor de cumplir la obligación y la exoneración de la responsabilidad son dos cuestiones distintas, cada una con diversos supuestos. Ello, según el autor, permite apreciar la diferencia que existe entre estar obligado y ser responsable en sede contractual, lo que a su juicio no ha sido distinguido adecuadamente en nuestro país. BARROS BOURIE (n. 74), p. 735.

⁷⁸ En este sentido, Pablo Rodríguez Grez precisamente destaca que la norma del artículo 1558 “abre la posibilidad de que si el impedimento que genera el caso fortuito es temporal, éste sólo justifique un retardo en el cumplimiento y no la extinción de la obligación”. RODRÍGUEZ GREZ (n. 45), p. 188.

⁷⁹ Cabe recordar que la irresistibilidad y con ella, la presencia del caso fortuito, se aprecia precisamente sobre la base del empleo por el deudor de la diligencia debida según el contrato, encaminada a superar el impedimento que le afecta. Y si lo logra, evidentemente el deudor debe cumplir.

interés, no hay razón para sostener la extinción de la obligación. El deudor debe proceder al cumplimiento, sin que la existencia del vínculo obligatorio se vea afectada. A lo que sí obstará el caso fortuito, será a la indemnización de los perjuicios sufridos por el acreedor durante el tiempo que duró el impedimento. Durante dicho período, el deudor queda exento de indemnizar al acreedor, es eximido de responsabilidad, pero no es liberado de su obligación. En ello consiste, la eficacia exoneratoria de responsabilidad del caso fortuito, que es entonces eminentemente temporal o transitoria⁸⁰.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el caso fortuito constituye un obstáculo al cumplimiento, es lógico que además de eximir al deudor de responsabilidad, tenga incidencia en la obligación afectada⁸¹. De hecho así ocurre, pues, aunque por sí solo no basta para extinguir la obligación, sí debe admitirse que provoca una suspensión de su exigibilidad. Mientras el caso fortuito despliegue sus efectos, el cumplimiento de la prestación originalmente convenida no será exigible al deudor.

Dicha suspensión es concordante con la idea de que el caso fortuito opera sólo en tanto el hecho siga siendo irresistible para el deudor. Mientras sea insuperable, la conclusión natural es que el acreedor no puede reclamarle el cumplimiento. Sin embargo, no debe olvidarse que esa misma exigencia de irresistibilidad del hecho pone al deudor en la necesidad de actuar para sobreponerse al mismo, con el fin de cumplir igualmente. Ello implica que, a pesar de suspenderse la exigibilidad de la obligación, el deudor no puede

⁸⁰ Cabe citar un caso resuelto recientemente por la Corte de Apelaciones de Valdivia, en que queda en evidencia el carácter transitorio del caso fortuito y su incidencia exclusivamente en la indemnización de perjuicios, sin afectar la existencia de la obligación. Se trataba de un contrato de transacción celebrado entre una empresa inmobiliaria y la compradora de uno de sus inmuebles, por el que se acordó la realización de una serie de reparaciones en la casa de ésta, incorporándose una cláusula penal para el evento de que las obras no se ejecutaren dentro del plazo convenido. Sucedió que las reparaciones no se realizaron oportunamente debido a que la propietaria no facilitó en la fecha pactada, sino bastante después, el acceso al inmueble de los operarios de la empresa. Por ello, si bien ésta procedió a dar cumplimiento a los trabajos, lo hizo con posterioridad a la época fijada en el contrato. Frente a la demanda por el pago de la pena, la empresa demandada alega como caso fortuito la denegación de acceso a la vivienda, lo que excluiría el pago de la suma pactada. El tribunal de primera instancia acoge la demanda, siendo su fallo revocado por la Corte de Apelaciones, la que reconoce que la obligación pudo cumplirse sólo una vez desaparecido el obstáculo constitutivo de caso fortuito para la empresa, y sobre la base del mismo, le declara eximida de responsabilidad y, por lo mismo, del pago de la pena pactada. Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia de 3 de septiembre de 2008, disponible en www.legalpublishing.cl, número identificador 39817.

⁸¹ En relación con esta idea se pronuncia Ángel F. Carrasco Perera, cuando expresa que “el caso fortuito en función exoneradora tiene que haber impedido el cumplimiento correcto ya que, en caso contrario, la cuestión no se plantea”. CARRASCO PERERA (n. 45), p. 45.

adoptar una actitud pasiva, sino que, por el contrario, debe desplegar la actividad que corresponda según la diligencia exigible para superar el obstáculo, ya sea cumpliendo exactamente con lo pactado o, bien, tratándose de prestaciones de contenido fungible, recurriendo a medios diversos, pero igualmente útiles para la satisfacción del interés del acreedor⁸².

La definición de la eficacia del caso fortuito en la forma antes vista, hace sostenible su aplicación a toda clase de obligaciones, con independencia del objeto sobre el que recaigan, alcanzando, incluso, a las genéricas. Como señalé anteriormente, debido a la tradicional forma de concebir los efectos del caso fortuito, asimilados a la eficacia extintiva de la imposibilidad sobrevenida, a lo que se une la disposición del artículo 1510 del *Código Civil*, la doctrina constantemente ha negado la posibilidad de exoneración del deudor por caso fortuito tratándose de obligaciones genéricas. El razonamiento que conduce a esta idea es el siguiente: si según lo previsto en el artículo 1510, las obligaciones genéricas no son susceptibles de extinción, la que, a su vez, es causada por el caso fortuito, entonces tales obligaciones son inmunes a éste. En consecuencia, el deudor de una obligación genérica nunca puede verse eximido de responsabilidad por un caso fortuito.

Sin embargo, se trata de un planteamiento que puede corregirse sencillez si, en primer lugar, se reconoce que la función propia del caso fortuito se manifiesta únicamente en relación con la indemnización de perjuicios, sin que por sí solo afecte la subsistencia de la obligación y, en segundo término, si se da a la norma del artículo 1510 una interpretación adecuada, ubicándola en la sede que le corresponde, que es la del riesgo de pérdida de la cosa, y no la de responsabilidad por incumplimiento contractual.

El primer punto ya ha sido examinado en las líneas precedentes, quedando establecida la incidencia exclusivamente indemnizatoria del caso fortuito. Y para dilucidar el segundo tópico, basta atender al tenor literal de la norma en cuestión. Ésta dispone con claridad que la obligación *no se extingue* por haberse perdido una o más cosas pertenecientes al género. Como se ve, no establece que el deudor de una obligación genérica no puede eximirse de responsabilidad. Es preciso considerar el sentido real de la disposición. Ella no está destinada a regular una cuestión de responsabilidad, sino otra bien

⁸² Por esto no comparto la afirmación de CASTILLA BAREA (n. 72), p. 182, cuando sostiene que el acontecimiento fortuito –que a juicio de la autora es lo que hay en los llamados supuestos de imposibilidad transitoria– paraliza las actividades del deudor tendentes al cumplimiento. Creo que, si bien el caso fortuito tiene un efecto suspensivo, ello no autoriza al deudor a optar por la pasividad durante el período en que dure el impedimento, sino que la propia exigencia de irresistibilidad lo obliga a actuar dentro de su diligencia, en vistas a conseguir dar cumplimiento a su obligación.

distinta: la del riesgo de pérdida de las cosas destinadas a cumplir la obligación. Establece que tratándose de obligaciones genéricas, el deudor soporta la pérdida de una o más de las cosas pertenecientes al género debido, sin que pueda afectarse la existencia de la obligación. Por lo mismo es que no procede en tal supuesto la imposibilidad sobrevenida. En ello se traduce el adagio *genus nunquam perit*⁸³. Ahora bien, esto no significa que el modo de extinguir aludido no sea aplicable a las obligaciones genéricas, lo que ocurre es que para que pueda operar, es necesario que perezca –en el sentido del artículo 1670– el género completo. Sólo así se verá realmente afectada la cosa debida, y, si bien ello es más frecuente en las obligaciones de género limitado, no puede descartarse, al menos en abstracto, para toda clase obligaciones genéricas⁸⁴.

De acuerdo con lo expresado, y en lo que aquí interesa, resulta entonces que el caso fortuito como causa de exoneración es perfectamente aplicable a las obligaciones genéricas. Es posible que el deudor de una obligación de este tipo no pueda cumplir oportuna o fielmente debido a un impedimento u obstáculo que, siendo constitutivo de caso fortuito actúe, por ejemplo, destruyendo las cosas preparadas por el deudor para dar cumplimiento a su obligación. Si ello ocurre, existiendo otras cosas del mismo género y calidad, por aplicación del artículo 1510, no habrá lugar a la extinción de la obligación. El deudor no es liberado de su deber de cumplir, sin embargo, debe ser exonerado de responsabilidad por el cumplimiento tardío provocado por el caso fortuito⁸⁵.

⁸³ Cfr. Javier SÁNCHEZ CALERO, “Las obligaciones genéricas”, en *RDP*, vol. 64, Madrid, 1980, p. 655.

⁸⁴ Aceptando la procedencia, aunque difícil, de la imposibilidad sobrevenida en las obligaciones genéricas, se pronuncian, SÁNCHEZ CALERO (n. 83), p. 655; Jorge CAFFARENA LAPORT, “Genus nunquam perit”, en *ADC*, vol. 35, N° 2, Madrid, 1982, p. 291 y ss.

⁸⁵ En la doctrina nacional, reconoce la posibilidad de aplicación del caso fortuito a las obligaciones genéricas: RODRÍGUEZ GREZ (n. 45), p. 183. El autor, luego de afirmar que el caso fortuito puede no incidir en la subsistencia de la obligación, destacando el contenido de la norma del artículo 1558 inciso segundo, expresa: “De ello se sigue que si el caso fortuito impide el cumplimiento de la obligación no cabe responsabilidad para el deudor, así se trate de obligaciones de especie o cuerpo cierto o de obligaciones de género”. También VIDAL OLIVARES (n. 2), p. 548.

En España, lo afirman también PANTALEÓN (n. 45), p. 1.070; DEL OLMO GUARIDO (n. 32), p. 165; CARRASCO PERERA (n. 45), p. 45. Antonio Manuel Morales Moreno se pronuncia admitiendo la posibilidad de exoneración de responsabilidad, sin que se afecte la existencia de la obligación genérica, afirmando que el principio *genus nunquam perit* es una “regla que pone de manifiesto el alto nivel de riesgo que tradicionalmente se ha hecho recaer sobre el deudor en la obligación genérica. En este tipo de obligación el deudor no se libera de su deber de

Éste actúa como causa de exoneración de responsabilidad, con eficacia esencialmente temporal, es decir, despliega su función propia.

De esta forma, el caso fortuito sólo excluye uno de los mecanismos previstos por el legislador a favor del acreedor insatisfecho: la indemnización de perjuicios. Conforme se desprende de los artículos 1547 y 1558 del *Código Civil*, éste es el único remedio afectado por la concurrencia del mismo. Y esto es así porque de todos los medios de protección del acreedor frente a la falta de fiel y oportuno cumplimiento, el único que requiere de un examen de la conducta o comportamiento del deudor es el remedio resarcitorio, es decir, la responsabilidad contractual. Según aparece de las normas citadas, para que ésta surja, es necesario que no se haya configurado un caso fortuito, y como se vio anteriormente, ello supone –a raíz de las exigencias de imprevisibilidad e irresistibilidad del mismo– un análisis de la conducta del deudor a la luz de la diligencia exigible.

No sucede lo mismo, en cambio, con los restantes remedios por el incumplimiento. Como señalé, la pretensión de cumplimiento sólo se ve completamente excluida cuando se verifica el supuesto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Y, aunque el caso fortuito de alguna manera incide en este remedio, en tanto puede suspender temporalmente la exigibilidad de la obligación incumplida, el deudor no queda en caso alguno dispensado de la misma. La regla es que la pretensión de cumplimiento se construye al margen de todo juicio respecto de la conducta del deudor⁸⁶, sólo depende de la posibilidad del mismo, y mientras ésta exista, no se verá excluida, sino sólo suspendida. Además, cuando la reparación y sustitución de la prestación proceden como modalidades de la pretensión de cumplimiento, aplicables

ejecutar la prestación, aunque perezca, por causas que no le sean imputables, el objeto que se ha procurado para el cumplimiento; en cambio, no está obligado a indemnizar al acreedor los daños que puedan derivarse del retraso en el cumplimiento provocado por el percimiento fortuito de la cosa”. Antonio Manuel MORALES MORENO, “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *Modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, p. 73.

⁸⁶ Al respecto, BARROS BOURIE (n. 74), pp. 731-732 expresa: “El reconocimiento amplio de esta acción de cumplimiento en naturaleza, con independencia del juicio de reproche sobre la conducta del deudor, es una tendencia generalizada en la tradición del Derecho Civil y de instrumentos internacionales de Derecho uniforme”. También lo reconocen: PANTALEÓN (n. 45), p. 1.046; Server VERDERA, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, Studio Albortiana, 1995, p. 136; Álvaro VIDAL OLIVARES, “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en Hernán CORRAL TALCIANI, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, 2006, vol. II p. 522.

ante cumplimientos imperfectos⁸⁷, debe concluirse que éstas tampoco se ven excluidas ni suspendidas por la circunstancia de que dicho cumplimiento defectuoso provenga de un caso fortuito, si éste, a su vez, no le impide al deudor proceder a la corrección. El acreedor podrá reclamar al deudor que repare o sustituya la prestación imperfectamente cumplida⁸⁸. En tal caso, la pretensión de cumplimiento no se ve afectada en absoluto. El caso fortuito sólo excluirá la indemnización de perjuicios por el retardo en que aquél incurrirá hasta conseguir la satisfacción definitiva del acreedor.

Por su parte, tratándose de contratos bilaterales, el otro gran remedio de que dispone el acreedor es la facultad resolutoria del artículo 1489 del *Código Civil*. Ésta tampoco se ve afectada por la concurrencia de un caso fortuito⁸⁹. Lo determinante para su procedencia es que se haya verificado un incumplimiento de magnitud suficiente para justificar el término de la rela-

⁸⁷ La procedencia general de estas dos modalidades de la pretensión de cumplimiento no se encuentra recogida expresamente en nuestra legislación. Si bien se la reconoce en ámbitos específicos, como es el de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor y el de la CV, lo cierto es que, como expresa Álvaro Vidal “en el Código Civil no hay una norma general que reconozca esta pretensión al acreedor”. A juicio del autor, sin embargo, existen diversos argumentos para aceptar su aplicación a pesar de la ausencia de norma expresa. Sobre esta posibilidad y los requisitos para que ello proceda véase VIDAL OLIVARES (n. 86), p. 529 y ss. Por su parte, Enrique Barros Bourie también se manifiesta a favor de admitir estas modalidades del cumplimiento en naturaleza, afirmando: “En verdad, ni hay impedimento para reconocer al acreedor una pretensión dirigida a que se complete o corrija el pago de lo debido o para que un tercero lo haga a su costa. La sentencia en tales casos se ejecuta de acuerdo con las reglas generales de la obligación de dar o de hacer, según sea el caso”, BARROS BOURIE (n. 74), p. 744.

⁸⁸ En este sentido, VIDAL OLIVARES (n. 86), p. 522.

⁸⁹ Esta idea, sin embargo, no es aceptada en forma pacífica en la doctrina nacional, debido a la tradicional concepción del incumplimiento y sus efectos bajo un prisma subjetivo, a lo que se une la atribución al caso fortuito de un efecto extintivo, y no delimitado exclusivamente al remedio indemnizatorio. Así, es común la afirmación de que la resolución exige un incumplimiento imputable al deudor, de modo tal que la existencia de un caso fortuito obsta a la misma. Véase, por todos ABELIUK MANASEVICH (n. 10), p. 345, quien expresa: “No todo incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato; debe ser voluntario e imputable, esto es con culpa o dolo del deudor. Si es por caso fortuito o fuerza mayor no habrá lugar a la resolución porque la obligación se habrá extinguido por otro modo de poner término a las obligaciones: la imposibilidad en el cumplimiento, que nuestro Código reglamenta bajo el nombre de pérdida de la cosa debida”. Lo mismo cabe apreciar en ciertas sentencias judiciales que afirman como requisito para la procedencia de la resolución, el incumplimiento imputable a culpa o dolo del deudor, y consideran que el caso fortuito excluye dicho remedio por el incumplimiento. Así, se puede citar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 2 de agosto de 2001, confirmada por la Corte Suprema, disponible en www.legalpublishing.cl número identificador 19334. Asimismo, sentencia (n. 8).

ción contractual. Y como lo que hay en un supuesto de caso fortuito es lisa y llanamente un incumplimiento contractual, nada obsta a que si éste afecta el interés del acreedor al punto de constituir un incumplimiento resolutorio, pueda aquel ejercer la facultad aludida y demandar la resolución del contrato, para desligarse del mismo. Lo que desde luego no podrá reclamar será la indemnización de perjuicios. Ésta sí se verá excluida por el caso fortuito, en atención a la eficacia exoneratoria de éste.

Así, la función propia del caso fortuito se aprecia únicamente respecto del remedio resarcitorio, sin que determine por sí solo la extinción de la obligación. No afecta, por tanto, la subsistencia de esta última, sino que simplemente suspende la exigibilidad de la prestación por el tiempo que dure el impedimento. No incide en los restantes remedios por el incumplimiento contractual.

Y, además, esta función del caso fortuito es de carácter general, resultando aplicable a toda clase de obligaciones, sean éstas de medios o de resultado. Así se desprende del contenido de cada uno de los elementos del mismo. En efecto, tratándose de la exigencia de exterioridad, es evidente que tanto un deudor de medios como uno de resultado pueden verse afectados por acontecimientos extraños a los riesgos asumidos de manera expresa o tácita al contratar, cumpliéndose así el primer requisito de la causa de exoneración.

Y en cuanto a la imprevisibilidad e irresistibilidad, debe recordarse que ambas condiciones se construyen obre la base de la noción de diligencia en su función promotora del cumplimiento, la que está presente tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado. Tal como señalé anteriormente, cualquiera sea el contenido de la prestación, siempre es necesario el despliegue, por parte del deudor, de una actividad destinada a impulsar su cumplimiento, a concretarla. Así, en las obligaciones de medios, junto con la diligencia integradora que constituye el objeto de la prestación, es necesaria también una actividad instrumental o complementaria encaminada a la verificación de aquélla: así, por ejemplo, el médico debe actuar procurando que ningún obstáculo le impida poner en práctica la *lex artis* ad hoc que constituye el contenido de su prestación de hacer. Y es esta misma función promotora del cumplimiento la que se observa también, como única manifestación de la diligencia, en las obligaciones de resultado: el deudor de una cosa debe conducirse de modo tal que la entrega en tiempo y forma de la misma no se vea alterada por eventos extraños. La referida función de la diligencia es la que impone al deudor prever y resistir los acontecimientos que siendo ajenos a él, puedan obstar al cumplimiento de su obligación. De ahí su relevancia en la construcción de estos requisitos del caso fortuito. Por la misma razón, ésta es la diligencia recogida en el artículo 1547 del *Código Civil*, norma de

carácter general destinada a regular la responsabilidad o exoneración del deudor por el incumplimiento en toda clase de obligaciones⁹⁰.

Conforme a lo indicado, cualquiera sea el contenido de la prestación –un comportamiento diligente, o un determinado *opus*– un hecho ajeno al deudor, imprevisible e irresistible puede, a pesar del despliegue de la diligencia promotora, obstar a que la prestación sea satisfecha conforme a lo pactado, debiendo aquél ser exonerado de la responsabilidad por la falta de fiel u oportuno cumplimiento. De ahí que el caso fortuito, construido en la forma expresada en las líneas precedentes, constituya el límite general de la responsabilidad contractual en el Derecho chileno.

⁹⁰ En efecto, la disposición contenida en el artículo 1547 no distingue en forma alguna el tipo de obligación de que se trate para establecer la responsabilidad y exoneración del deudor. Es una norma de alcance general y, por lo mismo, no puede afirmarse que esté dirigida exclusivamente a las obligaciones de medios, siendo relativa a la diligencia integradora de la prestación. Así lo sostiene Carlos Pizarro, cuando señala que dicha regla contempla distintos grados de diligencia exigibles al deudor para evaluar si satisfizo o no la obligación de medios. Carlos PIZARRO WILSON, “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* vol. XXXI, tomo II, Valparaíso, 2008, p. 3.

EL SISTEMA DE REMEDIOS PARA EL CASO DE IMPREVISIÓN O CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

*Rodrigo Momberg Uribe**

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la denominada teoría de la imprevisión no se encuentra regulada en nuestro *Código Civil*, salvo para situaciones particulares y excepcionales. Si bien la mayoría de la doctrina nacional tiende a aceptar su aplicación sobre la base de los textos legales vigentes, las opiniones se mantienen divididas en cuanto a la conveniencia de la introducción de un texto legal que la regule. Asimismo, tradicionalmente se ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien era uniforme en cuanto a afirmar la precedencia absoluta del artículo 1545 del *Código Civil* como norma que establece la intangibilidad del contrato y, por tanto, la imposibilidad que sus cláusulas sean revisadas por los jueces, no había rechazado (ni aceptado) explícitamente la aplicación de la teoría de la imprevisión en un caso concreto. Sin embargo, recientemente la Corte Suprema ha puesto término al vacío jurisprudencial en la materia al señalar en forma expresa la improcedencia de la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en materias de derecho privado¹.

He planteado en otro trabajo la necesidad y conveniencia de una regulación general expresa de la imprevisión en el *Código Civil*, al cual me remito para estos efectos². En particular, el presente trabajo tiene por objetivo analizar los efectos jurídicos o remedios que una regulación futura de la imprevisión debería contemplar, y la factibilidad de invocar tales efectos sobre la base de la legislación nacional existente.

* Profesor de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

¹ Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009 sobre recurso de casación en el fondo, caratulado South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso, rol 2651-08.

² Véase Rodrigo MOMBERG, "Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre 2010, pp. 29-64.

En cuanto a la terminología, en este trabajo se usará la expresión ‘imprevisión’ o ‘cambio de circunstancias’ para referirse tanto al caso en que como efecto de un cambio sobrevenido de circunstancias el cumplimiento de la prestación que se debe deviene en excesivamente onerosa como aquél en que tal cambio ocasiona la disminución significativa del valor de la prestación que se recibe (el que debe entenderse que incluye, a su vez, los supuestos de desvalorización propiamente tal y de pérdida de interés del acreedor en el cumplimiento)³.

Por último, este trabajo analiza de forma exclusiva los *efectos* que un cambio de circunstancias produce en la prestación de la parte afectada, sin ocuparse de los *requisitos* necesarios para que tal cambio sea considerado como relevante por el ordenamiento jurídico.

II. EL SISTEMA DE REMEDIOS EN CASO DE CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS.

1) Referencia general al Derecho Comparado

En términos generales, la tendencia en Derecho Comparado es a aceptar la imprevisión en el ámbito contractual. Así sucede en jurisdicciones europeas como Italia (artículos 1467-1469), Portugal (artículo 437), Holanda (artículo 6:258) y Alemania (artículo 313), que la reconocen expresamente en sus respectivos códigos civiles. Los proyectos de reforma del Derecho de Obligaciones en Francia y España también introducen de manera clara la imprevisión en su normativa⁴. En Latinoamérica la tendencia es similar: los códigos civiles de Argentina (artículo 1198), Perú (artículos 1440-1446), Bolivia (artículos 581-583), Paraguay (artículo 672) y Brasil (artículos 478-480) la contemplan expresamente. Lo anterior es confirmado en modernas codificaciones doc-

³ La terminología en esta materia está lejos de ser uniforme en Derecho Comparado. Así, en las jurisdicciones de tradición francesa se habla de *imprévision* o imprevisión, en Italia de *eccessiva onerosità*, en el *Common Law* inglés de *frustration* y en el estadounidense de *impracticability*. En Derecho Internacional el término más utilizado es *hardship*, aun cuando durante los últimos años la expresión cambio de circunstancias (*change of circumstances*) ha ganado terreno.

⁴ Véase John CARTWRIGHT, Stefan VOGENAUER, Simon WHITTAKER, *Reforming the French law of obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (‘the Avant-projet Catala’)*, Oxford, Hart Publishing, 2009; François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009; Céline CASTETS-RENARD, “Les projets de réforme du droit français des contrats”, dans *Osaka University Law Review*, vol. 57, 2010, pp. 65-86 y para el caso español, la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil”, en *Materia de obligaciones y contratos*, disponible en <http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=SuplementoInformativo&blobwhere=1161679155283&ssbinary=true>.

trinales o no legislativas como los PCCI, artículos 6.2.1- 6.2.3, los PECL, artículo 6:111 y el DCFR, artículo III.-1:110, todos los cuales incluyen normas expresas que regulan la imprevisión⁵.

En cuanto a los efectos jurídicos de la imprevisión, en general todas las legislaciones o codificaciones doctrinarias citadas en el párrafo precedente contemplan algún mecanismo de revisión del contrato; ya sea de manera expresa en la normativa correspondiente o a través de su posterior interpretación por la doctrina y la jurisprudencia.

Así, en el caso de Italia, Argentina y Brasil, ante la demanda de resolución de la parte afectada por la imprevisión, el acreedor tiene derecho a ofrecer una mejora equitativa de las condiciones del contrato para efectos de evitar la resolución del contrato. En principio, el juez carece de poderes para intervenir o revisarlo más allá de la evaluación de la equidad de la oferta modificatoria propuesta por el acreedor. El juez sólo podrá decidir por la terminación del contrato o su modificación según la propuesta del acreedor. Sin embargo, tanto la jurisprudencia italiana como la argentina han determinado que basta que el acreedor plantee su oferta modificatoria en términos generales, incluso, facultando al juez para que fije, según su criterio, las condiciones de la modificación equitativa del contrato⁶. De esta manera, en el hecho, el grado de intervención del juez es similar a los casos en que se le autoriza expresamente a modificarlo, como sucede en Holanda y Alemania, como también en el caso de las codificaciones doctrinarias. Estas últimas contemplan además de manera explícita el deber de renegociación por las partes, como requisito previo a su revisión por el juez.

2) La estructura del sistema de remedios en caso de imprevisión. Planteamiento general

Aceptada la imprevisión por un determinado ordenamiento jurídico, es importante establecer un sistema de remedios que refleje adecuadamente la

⁵ Codificaciones doctrinales o no legislativas son aquéllas que han sido redactadas independientemente o con autonomía del poder soberano y político de un país o jurisdicción, por lo que carecen de fuerza obligatoria en tal ordenamiento. Véase Nils JANSEN, *The making of legal authority: non-legislative codifications in historical and comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 7.

⁶ La doctrina de tales países ha apoyado esta interpretación. Véase Lily FLAH, Miriam SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión. Aplicación y alcances. Doctrina, jurisprudencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2003 y Francesco MACARIO, "Change of circumstances", in Luisa ANTONIOLI, Anna VENEZIANO (eds.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Hague, Kluwer Law International, 2005.

naturaleza y fines de la institución. En este sentido, el objetivo de tal sistema debe ser la preservación del contrato como medio para cumplir las legítimas expectativas y fines que ambas partes tuvieron en vista al momento de su celebración, distribuyendo las pérdidas y costos sobrevenidos hasta el límite de los riesgos que en términos razonables las partes asumieron al momento de contratar, según se explicará en detalle más adelante.

Por cierto que el principio *pacta sunt servanda* debe ser el rector en materia de obligaciones y, por tanto, la regla general será que las partes se encuentran obligadas a cumplir el contrato aun cuando su prestación haya devenido en más onerosa. Sin embargo, si el cumplimiento de la prestación ha devenido en *excesivamente* oneroso debido a un cambio de circunstancias cabalmente imprevisible, debe permitirse a la parte afectada recurrir a un sistema de remedios que tenga como primer objetivo la recomposición del acuerdo hasta el “límite de sacrificio” que corresponda asumir al deudor, esto es, el punto en que el cumplimiento de la prestación pasa de ser simplemente más oneroso (y, por tanto, debe ser todavía soportado por el deudor) a ser *excesivamente* oneroso, umbral en que comienzan a operar los efectos de la imprevisión.

Así, el primer efecto de un cambio de circunstancias será el deber de renegociar el contrato con el objetivo de adaptarlo a las nuevas circunstancias. De esta manera, la parte afectada por el cambio de circunstancias tiene el derecho (y el deber) de requerir la renegociación del contrato a su contraparte, la cual no puede injustificadamente negarse a ello. Sólo en caso que las negociaciones entre las partes hayan fracasado, cualquiera de ellas podrá recurrir al juez para requerir la adaptación o el término del contrato. Al efecto, se deben entregar al juez amplias facultades para determinar el alcance de las modificaciones al contrato. En los párrafos siguientes se examinarán en particular los efectos planteados.

2.1) *El deber de renegociación del contrato*

Tal como se indicó, el primer efecto de la imprevisión es el surgimiento del deber de renegociar el contrato con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias⁷. Este deber se impone tanto a la parte aventajada o favorecida como a la afectada por el cambio sobreviniente de circunstancias, siendo, entonces, para esta última un requisito o presupuesto necesario para solicitar posteriormente la modificación o terminación del contrato.

⁷ Si se acepta que la doctrina de la imprevisión es aplicable no sólo en materia contractual, el deber de renegociación recaerá evidentemente sobre los términos de la obligación (cualquiera sea su fuente) afectada por el cambio de circunstancias.

La fundamentación jurídica y contenido de tal deber han sido analizados en detalle en un trabajo anterior, al cual me remito⁸. Sin perjuicio de ello, a continuación se sintetizarán las principales ideas al respecto.

2.1.1) La buena fe como fundamento jurídico del deber de renegociación

A falta de norma legal expresa, el principal fundamento para el establecimiento de un deber de renegociación ha sido el principio de buena fe, en particular en cuanto al deber de las partes de ejecutar el contrato de buena fe, que se concretiza en específicos deberes de conducta para las partes tales como el de cooperación y de preservación del contrato (*favor contractus*). Así se ha argumentado por la doctrina estadounidense y, en particular, es la solución que la jurisprudencia francesa contemporánea ha determinado para los casos de *imprévision*⁹. En el mismo sentido, las codificaciones doctrinales coinciden en establecer al deber de renegociación como primer efecto de un cambio sobreviniente de circunstancias¹⁰.

Tal como se sostuvo en el trabajo citado, el autor estima que en Chile es perfectamente sostenible la existencia de un deber de renegociación para estos casos. Si bien el *Código Civil* no contiene una norma expresa que consagre de manera general el principio de buena fe, es comúnmente aceptada por la doctrina su vigencia como tal no sólo en materia de contratos sino respecto de todo el ordenamiento jurídico¹¹. En todo caso, la imprevisión es una situación que tiene lugar en la etapa de cumplimiento del contrato, por lo que cabe aplicar sin reparos el artículo 1546 del *Código Civil*, que consagra expresamente el deber de ejecutar los contratos de buena fe¹². En particular, el la buena fe en la ejecución del contrato constituye un parámetro para determinar, más allá de lo literal del contrato, a que se encuentra obligado

⁸ Véase Rodrigo MOMBERG, “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1, Santiago, 2010, pp. 43-72.

⁹ Véase Denis MAZEAUD, “Du nouveau sur l’obligation de renégocier, note sous Cass. 1^{er} civ., 16 mars 2004”, dans *Recueil Dalloz*, N° 25, Paris, 2004, p. 1.754 y Richard SPEIDEL, “Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts”, in *Northwestern University Law Review*, vol. 76, 981, pp. 369-422.

¹⁰ Véase artículos 6.2.3 de los PCCI y 6:111 de los PECL.

¹¹ Daniel PEÑAILLO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 52.

¹² El artículo 1546 dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

el deudor¹³. En este sentido, la buena fe exige a los contratantes un comportamiento recíproco basado en la lealtad, la honestidad y la consideración de los intereses de la contraparte. Derivado de la buena fe aparece aquí el deber de cooperación que se deben mutuamente los contratantes y que implica que ambos deben tener en consideración no sólo su propio interés en el cumplimiento del contrato sino, también, el de la contraparte, de manera de alcanzar el objetivo o fin común que se buscaba al celebrar el contrato, o lo que es lo mismo, los beneficios recíprocos derivados del acuerdo. De este modo, puede sostenerse que, cumpliéndose los requisitos de la excesiva onerosidad sobreviniente, contraviene la buena fe y, por tanto, al deber de cooperación mutua que corresponde a los contratantes, la conducta de la parte que se niega a la readecuación del contrato e insiste en exigir la prestación según los términos literalmente establecidos.

2.1.2) El contenido del deber de renegociación

Está determinado por el deber de buena fe y de cooperación que deben adoptar las partes durante el desarrollo de las negociaciones. En particular, el deber de renegociar de buena fe implica:

- La parte afectada por la excesiva onerosidad debe requerir la renegociación del contrato en el más breve plazo y sin demora injustificada.
- El requerimiento, además, debe estar adecuadamente fundado en cuanto a la existencia de las circunstancias sobrevinientes que afectan el contrato y la manera en que tales circunstancias transforman la prestación de la parte afectada en excesivamente onerosa, de modo que la contraparte cuente con información suficiente para analizar el derecho de la otra a solicitar la renegociación¹⁴.
- Propuestas y contrapropuestas deben ser serias, razonables y coherentes, proveyendo la información necesaria para un claro entendimiento por la parte contraria.

¹³ Siguiendo a Fernando Fueyo, ello afecta a ambas partes: el acreedor puede reclamar que la prestación no sea inferior a lo que la buena fe demanda o, bien, puede ver limitada su pretensión cuando el deudor cumpla según lo que la buena fe exige y, por otra parte, el deudor puede ser exigido a más de lo que literalmente reza el contrato o, bien, solicitar que su cumplimiento se limite o reduzca, según los parámetros expresados. Véase Fernando FUEYO, “La ejecución de buena fe, del art. 1546 del Código Civil, es uno de los requisitos legales del pago y como tal se proyecta como fundamento de la indexación y desindexación”, en Fernando FUEYO, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 182.

¹⁴ Véase artículo 6.2.3(1) de los Principios UNIDROIT.

- Las partes deben conducir las negociaciones con flexibilidad y tomando en consideración no sólo sus intereses sino los de su contraparte, evitando, por tanto, las dilaciones injustificadas así como el término abusivo o intempestivo de las negociaciones.

Adicionalmente, como regla general, el contrato deberá mantenerse vigente durante el período de renegociación, sin que la parte afectada esté facultada para suspender el cumplimiento salvo en casos muy calificados en que tal cumplimiento implique para el deudor perjuicios irreparables. En todo caso, el autor estima conveniente el establecimiento de una obligación de “cumplimiento mínimo del contrato” por parte del deudor que requiere la renegociación, que sea adecuada y razonable para los intereses de ambas partes. Esta obligación de cumplimiento mínimo puede corresponder a la oferta de adaptación propuesta por el deudor, sin perjuicio de su posterior modificación en el curso de las negociaciones.

2.1.3) La situación del contrato después del término de las negociaciones

Concluido el período de renegociación, las opciones se reducen a dos:

- a) Las partes han llegado a un acuerdo, lo que implica necesariamente que al menos la prestación de una de ellas será modificada. Por regla general, dicha modificación no implicará novación, ya sea porque no existirá diferencia sustancial entre la antigua y la nueva obligación (arts. 1646-1650 del *Código Civil*) o, bien, porque faltará el *animus novandi*, pues la intención de las partes no es poner término al contrato sino mantenerlo, pero adecuándolo a las nuevas circunstancias¹⁵.
- b) Si las partes fracasan en su intento de adecuar el contrato, debe distinguirse según hayan conducido las negociaciones de buena o mala fe.

Si ha sido la actuación de mala fe de una de las partes la que ha impedido el acuerdo, o si simplemente una de las partes se ha negado injustificadamente a renegociar el contrato, la otra tiene derecho a demandar los perjuicios que da tal actuación se deriven, además de la resolución del contrato¹⁶. Así lo estipulan expresamente los PECL. Además, en Derecho chileno, la negativa injustificada a renegociar puede configurarse como un caso de incumplimiento del contrato (en relación con lo establecido en el artículo 1546 del *Código Civil*),

¹⁵ Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Les Effets du Contrat*, Paris, LGDJ, 2001, p. 314.

¹⁶ La ejecución forzada del deber de renegociar no parece una opción realista, ya que al tratarse de una obligación de hacer implica la realización de una conducta personal que no es posible de obtener coercitivamente.

por lo cual el deudor afectado podrá interponer la excepción de contrato no cumplido (artículo 1552 del *Código Civil*)¹⁷.

Sin embargo, las negociaciones pueden fracasar también aun cuando ambas partes hayan actuado de buena fe, debido a legítimas diferencias entre ellas. En este caso, cualquiera de las partes debería estar facultada para solicitar al juez la adaptación o terminación del contrato, según se explicará en los párrafos siguientes.

2.2) *La revisión del contrato por el juez*

Sin duda, la posibilidad de otorgar al juez facultades para intervenir en el contrato es uno de los aspectos más discutidos en materia de cambio de circunstancias. Incluso, puede sostenerse que el rechazo de parte de la doctrina en países como Francia y Chile, al reconocimiento de la imprevisión, se basa, principalmente, en los reparos que les merece la intervención del juez en el contrato.

Sin embargo, la tendencia en Derecho Comparado es a otorgarle amplias facultades para revisar el acuerdo de las partes en casos de imprevisión, de manera que pueda adaptar el contrato al cambio de circunstancias. Tal como se señaló, ésta es la alternativa que han adoptado en forma expresa modernas codificaciones doctrinarias y las legislaciones de Holanda y Alemania; y que también ha sido acogida jurisprudencialmente en jurisdicciones que, si bien reconocen en su normativa a la imprevisión, no otorgan expresamente el poder de revisar el contrato por el juez, como en los casos de Italia y Argentina. Por otra parte, la revisión del contrato es en general rechazada en los sistemas de *Common Law*, especialmente en el Derecho inglés; así como en Francia respecto de jurisdicciones de Derecho Civil¹⁸.

A continuación, se examinarán los principales fundamentos para admitir la intervención del juez en estos casos, así como las más frecuentes objeciones que se plantean al efecto, para analizar, luego, la extensión y límites de tal facultad.

2.2.1) Los fundamentos para la revisión del contrato por el juez

En general, el principio de buena fe en la ejecución del contrato y los deberes que se derivan de él, especialmente los de cooperación, lealtad comercial y

¹⁷ En el mismo sentido, Juan Carlos DÖRR, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 12, N° 2, Santiago, 1985, p. 269.

¹⁸ Hugh G. BEALE, William D. BISHOP and Michel P. FURMSTON, *Contract, Cases and Materials*, 4th ed., London, Butterworths, 2001, p. 886; Denis MAZEAUD, “Renégocier ne rime pas avec réviser!”, dans *Recueil Dalloz*, N° 11, Paris, 2007, p. 770.

conservación del contrato, pueden ser esgrimidos como los principales fundamentos para la revisión del acuerdo por el juez. Estos argumentos ya han sido desarrollados en este trabajo y otros para justificar no sólo la renegociación y revisión del contrato como efectos jurídicos de la imprevisión sino, también, a ésta en cuanto institución a ser considerada por el ordenamiento jurídico¹⁹. Al efecto, basta aquí expresar algunas consideraciones adicionales.

a) Los límites al principio *pacta sunt servanda*

Sin duda que el principio de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda* es uno de los pilares no sólo del Derecho Privado, también del ordenamiento jurídico en general. Tal principio, consagrado positivamente en las codificaciones decimonónicas y contemporáneas, implica que las partes deben respetar las obligaciones que válidamente han contraído, teniendo éstas fuerza vinculante para ellas y, por tanto, exigibilidad para su cumplimiento. Esta intangibilidad del contrato, en su concepción tradicional, supone que ni las partes (con la obvia excepción del mutuo consentimiento) ni el juez pueden variar los términos de un contrato válidamente celebrado, con independencia de cuánto hayan cambiado las condiciones presentes a la celebración del mismo o se haya incrementado la onerosidad o dificultad de su cumplimiento para una de las partes. La protección de la libertad individual (manifestada en materia de contratos por la autonomía de la voluntad) y la seguridad jurídica son considerados desde este prisma como valores absolutos a ser amparados por el Derecho.

En el enfoque tradicional, lo anterior supone que la tarea del ordenamiento jurídico es garantizar la justicia formal del proceso de formación del consentimiento, lo que implicará que el acuerdo a que lleguen las partes bajo esas condiciones de justicia formal sea también considerado justo en términos sustantivos, pues se entiende que las partes actúan en un plano de igualdad y libertad para determinar el contenido del contrato²⁰.

Sobre la base de lo anteriormente planteado, la intervención de un tercero en un contrato, que se supone ha sido celebrado libre e informadamente por partes en igualdad de condiciones, implicaría una interferencia ilegítima a la autonomía de las partes y, por tanto, un atentado a la justicia formal del acuerdo y a la seguridad jurídica en general. La adaptación del contrato supondría una transgresión a la libertad individual manifestada en los términos

¹⁹ Véase MOMBERG (n. 2 y 8).

²⁰ Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 577.

explícitos e implícitos del acuerdo de las partes, que sólo podría ser modificado por el consentimiento mutuo de los contratantes. Siendo el contrato la ley privada de las partes, ellos deben someterse al mismo sin consideración a que las condiciones en las cuales se ejecute el acuerdo sean sustancialmente distintas a las de su celebración.

Sin embargo, los presupuestos o asunciones en que se basan las referidas objeciones son susceptibles de cuestionamientos que, a su vez, permiten legitimar la intervención judicial en el contrato en situaciones excepcionales.

En primer término, tal como se ha indicado, la aplicación del deber de buena fe a todo el íter contractual y, en particular, en la etapa de ejecución del mismo, implica que el contrato sea considerado como un instrumento que requiere la cooperación permanente de los contratantes en orden a preservar y alcanzar las expectativas legítimas y razonables de *ambas* partes al celebrar el contrato. Así, en caso que los efectos del acuerdo sean gravemente alterados por un cambio sobreviniente e imprevisto de circunstancias, es legítimo estimar que las partes puedan razonablemente asumir la existencia de un deber de ajustar de la relación a las nuevas circunstancias. El deber de actuar de buena fe requiere en la etapa de cumplimiento, siempre que sea necesario, la cooperación de cada parte con el objeto que la otra pueda obtener los beneficios que razonablemente podía esperar del contrato²¹. De esta manera, cada parte tendría la legítima expectativa que la contraparte actúe en consideración a todos los intereses involucrados en la relación, debiendo cooperar con su preservación si surgen dificultades para cualquiera de ellas²². La aceptación de estos deberes de cooperación y flexibilidad como normas de conducta para las partes implica, a su vez, que la renegociación del acuerdo y su adaptación puedan ser consideradas consecuencias naturales de un cambio de circunstancias.

En segundo lugar, un argumento relacionado con el anterior plantea que el contrato, como todo hecho social, no puede ser aislado de las circunstancias que lo rodean, tanto en su origen como en su desarrollo posterior (cumplimiento)²³. El hecho de que el contrato sea la ley privada de las partes no obsta a que éstas asuman que tal normativa regirá en tanto se mantengan las circunstancias que éstas tuvieron en consideración al momento de contratar.

²¹ E. Allan FARNSWORTH, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code", in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 30, Chicago, 1963, p. 672.

²² Robert HILLMAN, "Court Adjustments of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law", in *Duke L.J.*, vol. 1, 1987, p. 7.

²³ Charles FRIED, *Contract as promise: A theory of contractual obligations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981, p. 88.

Ello no implica que el contenido del contrato esté condicionado a cualquier cambio en tales circunstancias, sino tan sólo aquéllos que supongan una grave alteración en su economía o en las expectativas de las partes, debido a eventos razonablemente imprevisibles y más allá del riesgo, que también de manera razonable, corresponde asignar a cada parte. La adaptación del contrato sería, entonces, un medio no para alterar la voluntad de las partes, sino para reforzarla en el sentido de evitar el colapso del contrato y permitir la realización de las legítimas expectativas que *ambas* partes tuvieron en vista al momento de su celebración.

En tercer lugar, la asunción que los contratos son producto de una planificación detallada e informada ha sido controvertida a través de estudios empíricos que demuestran que, incluso, partes sofisticadas (es decir, aquéllas con suficiente experiencia e información) no consideran relevantes ni, por tanto, objeto de análisis profundo los términos del contrato más allá de las cláusulas en que se expresan las condiciones esenciales del negocio particular²⁴. La práctica comercial lleva a conclusiones similares, pues la necesidad de concretar un negocio hace que las partes eludan negociaciones complejas y dilatadas respecto de riesgos remotos que podrían afectar el contrato²⁵. Estas dificultades hacen también que las partes recurran a términos generales o relativamente indeterminados al concluir el negocio como, por ejemplo, la obligación de tomar “medidas apropiadas” o ejecutar el contrato según sus “mejores esfuerzos”; los cuales pueden ser interpretados como indicio de una legítima expectativa de ajustar el contrato según las circunstancias del caso.

Asimismo, se ha sostenido que contraría el sentido común pretender que las partes provean explícita o implícitamente en el contrato *todas* las contingencias que *podrían* afectar la relación. Los costos de transacción y las dilaciones en las negociaciones serían enormes²⁶. Diversos factores, independientes de la negligencia de los contratantes, pueden llevar a que uno o más riesgos

²⁴ Stewart MACAULAY, “An Empirical View of Contract”, in *Wis. L. Rev.*, vol. 3, Wisconsin, 1985, p. 467.

²⁵ Ello puede explicarse fácilmente en términos económicos: el costo de las negociaciones (que eventualmente incluye la no conclusión del negocio) sobre un riesgo remoto y eventual es mayor que los beneficios de celebrar el contrato prescindiendo de la posibilidad (remota) de la ocurrencia del referido riesgo.

²⁶ Véase Eric L. TALLEY, “Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule”, in *Stanford Law Review*, vol. 46, Stanford, 1994, p. 1206, citando a Oliver WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, The Free Press, 1995 y HILLMAN, Robert, *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Dordrecht, Boston, London, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 227.

no sean distribuidos o asignados por los contratantes como, por ejemplo, el hecho de que tales riesgos sólo sean evidentes una vez que las circunstancias que los constituyen se hayan materializado, la existencia de disputas legítimas entre las partes respecto de la extensión e influencia de futuras contingencias sobre el contrato o, simplemente el descarte de su distribución debido a lo improbable de su ocurrencia.

En las situaciones mencionadas en los párrafos anteriores, puede sostenerse que no existe transgresión a la fuerza obligatoria del contrato ni atentado a la voluntad de las partes, ya que en el hecho, al celebrarse, no existió acuerdo sobre el riesgo que más tarde lo afectó. Se trataría de un vacío en el contrato respecto de una circunstancia razonablemente imprevisible, ajena al consentimiento de las partes, y que justifica, por tanto, la intervención del juez en el contrato sin que ello contravenga la libertad y autonomía negocial. Al contrario, el silencio de las partes, unido a los mencionados deberes de buena fe, cooperación y flexibilidad, sustentan el argumento que la intervención judicial es una forma de restaurar la voluntad de los contratantes hacia el cumplimiento de los fines que *ambas* partes tuvieron en vista al momento de contratar²⁷. La presunción que el silencio de las partes respecto de uno o más riesgos (y, por tanto, la omisión de su distribución en el contrato) implica *necesariamente* que tal riesgo deba asignarse a una de ellas, es nada más una ficción derivada del concepto absoluto de libertad contractual y autonomía de la voluntad. No existe razón para que, en las circunstancias ya expuestas, una de las partes deba cargar con todas las pérdidas ocasionadas por un riesgo no negociado ni razonablemente previsible. La alternativa de una modificación contractual que distribuya los costos y pérdidas de acuerdo con las expectativas originales de las partes, en relación con los riesgos que de manera razonable asumieron o debieron asumir aparece como una opción más justa.

Las argumentaciones anteriores no deben llevar a la conclusión errónea de privar al contrato de sus funciones esenciales como instrumento de previsión y planificación para el futuro, lo que requiere que las partes tengan certeza de sus derechos y obligaciones. Sin embargo, la certeza no se refiere sólo a la prestación que se puede exigir sino, también, a la que se debe, lo que implica que desde el punto de vista del deudor el cumplimiento de su obligación en un caso de cambio de circunstancias constituya algo completamente distinto a lo que entendió al obligarse, según los parámetros de la buena fe, la distribución de riesgos y las

²⁷ Andrew KULL, “Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies”, in *Hastings LJ*, vol. 43, San Francisco, 1991, p. 43; Clayton P. GILLETTE, “Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts”, in *Minnesota Law Review*, vol. 69, Minnesota, 1984, p. 521.

legítimas expectativas de las partes. El contrato es la proyección que las partes hacen de la transacción hacia el futuro, en el cual deberá desarrollarse y surtir sus efectos. Siendo por definición el futuro incierto, mientras más se prolongue en el tiempo la ejecución del contrato, más improbable es que dicha proyección sea incompleta o se torne inadecuada para los intereses de las partes²⁸. Debido a lo anterior, la posibilidad que surjan contingencias que afecten la relación entre las partes, así como vacíos en la regulación de tales contingencias, debe considerarse como normal, por lo que la flexibilidad, la cooperación y el ajuste de la relación deben estimarse como sustanciales a ella²⁹.

b) Los peligros para el ordenamiento jurídico y económico

La revisión judicial del contrato ha sido también rechazada, ya que implicaría un riesgo para la seguridad de las transacciones y, en consecuencia, para el ordenamiento jurídico y económico en general. Tal como se indicó, esta objeción es común a aquéllos que rechazan la regulación expresa de la imprevisión a través de una norma positiva.

En resumen, tal argumento sostiene que al permitirse al juez intervenir en los contratos y modificar las prestaciones contenidas en ellos, la seguridad jurídica sería seriamente amenazada y debilitada, perdiéndose la confianza de las partes en los contratos como medio de previsión y planificación de su actividad económica. Las bases mismas del sistema jurídico y económico estarían en peligro. A lo anterior se sumaría el riesgo de una intervención generalizada de la magistratura en las relaciones contractuales privadas, fomentada por el abuso que contratantes inescrupulosos podrían hacer de la institución para escapar de un mal negocio³⁰. Se agrega que el único facultado para intervenir en casos de crisis sociales o económicas es el legislador, que tendría la capacidad para evaluar las consecuencias generales de dicha intervención en el sistema, pero no el juez, que debe resolver situaciones específicas con datos limitados al proceso en particular, de modo que su posición no le permite ponderar adecuadamente las consecuencias de sus decisiones sobre el sistema socioeconómico en general³¹.

²⁸ En general, véase Ian MACNEIL, *The new social contract: An inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

²⁹ SPEIDEL (n. 9), p. 401.

³⁰ Véase las opiniones de Claudio ILLANES y Juan Carlos DÖRR, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 221-231, quienes señalan estos argumentos para rechazar la regulación expresa de la imprevisión.

³¹ Véase Jacques FLOUR, Jean Louis AUBERT, Éric SAVAUX, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, tome 1: L'acte juridique, pár. 411, quienes agregan que la revisión del contrato sería

Sin embargo, la experiencia comparada demuestra que la consagración legal de la imprevisión y de la facultad de revisión judicial de los contratos no han llevado a un colapso del sistema jurídico en ninguno de los países que la contemplan y, al contrario, los jueces han aplicado y usado las facultades que las normas les confieren con prudencia y bajos estrictos parámetros. En este sentido, la admisión de la revisión judicial por imprevisión en otros sistemas jurídicos “no ha resultado en cataclismos contractuales ni catástrofes económicas”³². Asimismo, tal como ya se ha indicado, la tendencia en legislación comparada es abiertamente hacia su incorporación expresa como norma general en los códigos civiles.

El argumento relativo a un eventual aumento de la litigiosidad, utilizado por la doctrina contraria a su incorporación como norma legal, tampoco es plenamente convincente. Por una parte, si bien es cierto que tal aumento es susceptible de producirse en un primer momento, es justamente papel de los tribunales establecer a través de una jurisprudencia clara y uniforme los límites de la norma en cuestión, de manera de desincentivar su uso infundado o con fines meramente dilatorios. Para estos efectos, la norma debe tener carácter excepcional y de derecho estricto, además de un adecuado régimen procesal. La doctrina extranjera ha señalado en relación con este argumento, que el hecho de que las partes se representen la posibilidad de la intervención judicial del contrato puede incentivarlas a resolver sus controversias de manera extrajudicial, evitando los costos e incertidumbres propias de un litigio judicial, lo que implicará que, en definitiva, no exista un aumento relevante en la litigiosidad³³.

Por otra parte, la abundante jurisprudencia relativa a la imprevisión en países como Argentina o Alemania no es producto de la existencia o no de una norma que la consagre, sino justamente del acaecimiento de graves crisis económicas o sociales que han requerido la revisión de una enorme cantidad de contratos cuyo equilibrio o estructura fueron severamente alterados por los eventos generados por tales crisis. Así, la revisión de los contratos no ha sido la *causa* de tales crisis, sino uno de sus *efectos*. En Argentina, por ejemplo, aun en épocas de profunda crisis socioeconómica, la jurisprudencia mantuvo parámetros restrictivos para acoger la imprevisión contractual y lo más

“moralement souhaitable mais économiquement dangereuse” y que, por tanto, “le facteur moral est subordonné au facteur économique”.

³² Benedicte FAUVARQUE-COSSON, Denis MAZEAUD, “L’avant-projet Français de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription”, dans *Unif. L. Rev.*, vol. 11, Roma, 2006, p. 131.

³³ MACAULAY (n. 24), pp. 465-482.

importante, ha tenido un papel importante en la delimitación de los criterios para su aplicación³⁴. El correcto funcionamiento de la institución se confirma al examinar su mayoritario respaldo doctrinal y su inclusión en todos los proyectos de reforma del *Código Civil* argentino que se han redactado con posterioridad al año 1968³⁵.

2.2.2) La extensión y límites de la revisión del contrato por el juez

Establecidas las bases para la revisión del contrato por el juez, es necesario determinar la extensión y límites a que debe sujetarse tal facultad.

Dos son las limitaciones principales que deben imponerse al juez:

- La adaptación del contrato no puede significar la alteración esencial de la naturaleza del acuerdo celebrado por las partes, de manera que, en definitiva, resulte completamente diverso al celebrado por los contratantes; por ejemplo, cambiando el objeto de la prestación de una o ambas partes³⁶.
- En segundo lugar, el fin de la adaptación debe ser el distribuir las pérdidas producidas por el cambio de circunstancias hasta el punto de hacerlas soportables para la parte afectada.

En otras palabras, la modificación no debe implicar que se restaure completamente el equilibrio inicial del contrato, trasladando la totalidad de las consecuencias del cambio de circunstancias de una parte hacia la otra. De esta manera, hasta el ‘límite de sacrificio’, esto es, el punto en que la prestación se ha transformado de onerosa en *excesivamente* onerosa, la parte afectada debe soportar el riesgo que los costos de su prestación hayan aumentado o que el valor de la contraprestación que recibe haya disminuido³⁷. Lo anterior es especialmente relevante en el caso de transacciones comerciales donde es razonable que las partes hayan previsto o asumido hasta cierto punto el riesgo

³⁴ Véase FLAH, SMAYEVSKY (n. 6), pp. 82-98.

³⁵ Sólo a modo de referencia, véase FLAH, SMAYEVSKY (n. 6) y Jorge MOSSET ITURRASPE, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994. De esta manera, el Proyecto de *Código Civil* de la República Argentina de 1998 incluye una norma aún más amplia en la materia. Hay que recordar, además, que la norma actualmente vigente (artículo 1198 del *Código Civil*), introducida por la reforma del año 1968, tuvo su origen en una recomendación de la doctrina reunida en del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba el año 1961.

³⁶ Véase PECL, Comentarios oficiales, p. 117.

³⁷ Christoph BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under general contract principles*, The Hague, Kluwer Law International, 2008, p. 499. Véase también Rodolfo SACCO, Giorgio DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, UTET, 2004, p. 1.003.

de variaciones de precios o costos. En definitiva, una porción de los costos derivados del cambio de circunstancias deben ser necesariamente soportados por la parte afectada.

Un problema más complejo es determinar un método para adaptar el contrato y efectuar la distribución de los costos entre las partes. Las normas que admiten la revisión del contrato por el juez generalmente no entregan parámetros ni reglas para tales efectos, sino que se refieren a principios generales. Por ejemplo, los PECL hablan de una distribución justa y equitativa de las pérdidas y ganancias entre las partes y el DCFR se refiere a una razonable y equitativa modificación de la obligación de la parte afectada. En el mismo sentido, los códigos italiano (art. 1467) y argentino (art. 1198) hablan de la modificación equitativa del contrato para estos casos.

La doctrina comparada ha sugerido algunos parámetros objetivos según los cuales el juez debería proceder al distribuir los nuevos costos o pérdidas entre las partes. En este sentido, se ha propuesto que el juez debe aislar cada una de las causas de las pérdidas y asignar o distribuir el riesgo de cada una de esas causas a la parte que corresponda, de manera que cada contratante asuma la proporción de las pérdidas según el riesgo (o la parte de él) que le correspondía asumir.³⁸ En el mismo sentido, se ha indicado que el juez debería distribuir las pérdidas sobrevenidas en proporción a la habilidad de las partes para controlar los riesgos causantes de tales pérdidas³⁹. En la práctica, estos parámetros son difíciles de aplicar, especialmente si se considera que no siempre cada uno de los riesgos que pueden afectar al contrato pueden ser atribuidos a alguna de las partes, como, asimismo, que la capacidad efectiva de las partes para prever la ocurrencia del riesgo al momento de contratar es una situación compleja de determinar de manera *ex-post* por el juez.

Adicionalmente, la simple distribución en partes iguales de los nuevos costos o pérdidas debe ser descartada en virtud de las razones expresadas con anterioridad, según las cuales la parte afectada por el cambio de circunstancias debe soportar las pérdidas hasta el límite en que ellas se tornan excesivamente onerosas, lo cual implica (o puede implicar) que la distribución de las mismas no deba ser por partes iguales entre los contratantes.

En definitiva, la tarea del juez al adaptar el contrato es, sin duda, compleja, pero ello no debe ser una prevención para concederle las facultades necesa-

³⁸ Struen HUBBARD, “Relief from Burdensome Long-Term Contracts: Commercial Impracticability, Frustration of Purpose, Mutual Mistake of Fact, and Equitable Adjustment”, in *Missouri Law Review*, vol. 79, Missouri, 1982, p. 109.

³⁹ Lion TRAKMAN, “Winner Take Some: Loss Sharing and Commercial Impracticability”, in *Minn. L. Rev.*, vol. 69, Minnesota, 1984-1985, p. 506 and ss.

rias a tal efecto. La complejidad es intrínseca a la actividad judicial, y la falta de parámetros completamente objetivos para determinar los derechos de las partes no puede ser un impedimento para que el juez revise el contrato, ya que lo mismo sucede en muchas otras materias sometidas al conocimiento judicial⁴⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez puede encontrar algunos puntos de referencia concretos para la adaptación del contrato. Por ejemplo, desde una perspectiva *interna*, puede examinar las negociaciones precontractuales, su relación con los términos finalmente acordados como, asimismo, las negociaciones que hayan tenido lugar después del cambio de circunstancias. El análisis de estos antecedentes le permitirá determinar la intención y expectativas de las partes al concluir el contrato, de modo de establecer de mejor forma la distribución de los riesgos del mismo. Además, desde una perspectiva *externa*, puede analizar las condiciones que han rodeado tanto la celebración como la ejecución del contrato como, por ejemplo, negocios similares celebrados entre las partes o con terceros bajo circunstancias comparables, eventuales ajustes o modificaciones a tales acuerdos, el comportamiento de otros actores relevantes en el mercado específico, etc. El objeto del análisis es establecer parámetros comunes derivados de transacciones o situaciones análogas que puedan aplicarse al contrato en litigio⁴¹.

2.3) *La terminación anticipada del contrato*

La terminación del contrato en caso de cambio de circunstancias es un remedio contemplado tanto en las jurisdicciones que la admiten expresamente como en aquéllas en que sólo es admitida en casos excepcionales.

Así, en Italia y Argentina la terminación del contrato es, en teoría, el único derecho que puede ejercer la parte afectada por la imprevisión. Del mismo modo, en las jurisdicciones del *Common Law*, en caso que se admita la *frustración* del contrato, el efecto es la terminación (*discharge*) automática y completa del mismo: cada parte es liberada de sus obligaciones y debe soportar las pérdidas derivadas de la extinción del contrato⁴². En el caso del Derecho estadounidense, sin perjuicio de la disponibilidad de otros remedios en el *UCC* y el Restatement (2nd) of Contracts, los tribunales se han rehusado

⁴⁰ Piénsese, por ejemplo, en la determinación de daños y perjuicios, ya sea en materia contractual o extracontractual.

⁴¹ Véase Robert HILLMAN, “Maybe Dick Speidel Was Right About Court Adjustment”, in *San Diego Law Review*, vol. 46, San Diego, 2009, p. 601.

⁴² BEALE *et al.* (n. 18), p. 482 and ss.

a intervenir en el contrato y distribuir las pérdidas entre las partes, lo que conlleva que en caso de admitirse, el efecto de un cambio de circunstancias (*impracticability*) sea la extinción del contrato en términos similares al *Common Law* inglés⁴³.

Por otra parte, legislaciones como la holandesa y alemana así como las codificaciones doctrinarias incluyen la terminación del contrato como uno más de los remedios con que cuenta el contratante afectado por el cambio de circunstancias. Aun cuando no existe un orden expreso de prelación entre tales remedios, especialmente entre la adaptación del contrato o su extinción, el espíritu de la normativa, tal como se expresa en los comentarios oficiales, es que el juez debe recurrir a la terminación del contrato sólo como último recurso, en casos en que la adaptación del mismo no es posible o es contraria a los intereses de ambas partes. Tal solución se basa en el principio de conservación del contrato, consagrado expresamente en los referidos textos⁴⁴.

En cierto sentido, la extinción anticipada del contrato puede considerarse una especie de modificación, pues implica poner término al contrato en una fecha o circunstancias diversas a las acordadas originalmente por los contratantes. Por ello, para evitar que parte de los riesgos se trasladen injustificadamente a una de las partes y se produzcan otros perjuicios a los contratantes o terceros, las codificaciones doctrinarias confieren expresamente al juez amplios poderes para fijar los términos de la extinción anticipada del contrato⁴⁵. Así, por ejemplo, el juez puede determinar la retroactividad o no de la terminación, su fecha, las retenciones o indemnizaciones que mutuamente deban hacerse las partes, la suerte de las obligaciones pendientes o parcialmente ejecutadas, etc. De esta manera, se trata de asegurar una justa división de las pérdidas y ganancias entre las partes, según lo ya explicado al analizar la modificación del contrato.

El análisis de los aspectos técnico-procesales de la terminación está fuera del objetivo del presente trabajo, pero es necesario tener en cuenta dos circunstancias cuando tal remedio se aplique a un caso de imprevisión. Primero, las circunstancias causantes de la imprevisión son externas a ambas partes, de manera que el acreedor no ha influenciado su ocurrencia ni sus efectos sobre la prestación del contratante obligado y, segundo, el acreedor ha ejecutado su prestación o está dispuesto a ejecutarla. En otras palabras, el acreedor puede con legitimidad ser considerado como la parte *inocente* y, por tanto, la aplicación de este remedio (y los otros) debe considerar especialmente su

⁴³ TRAKMAN (n. 39) y KULL (n. 27), p. 33.

⁴⁴ PECL Comentarios oficiales, p. 326; DCFR, Comentarios oficiales, p. 715.

⁴⁵ Véase artículos 6.2.3 de los PCCI, 6:111 de los PECL y III.-1:110 del DCFR.

posición, de manera de no causarle perjuicios por los riesgos o la parte de ellos que debe asumir el deudor.

De acuerdo con lo anterior, el acreedor tiene derecho a no ser afectado negativamente por la terminación del contrato, hasta el límite del riesgo que debe ser asumido por la parte afectada. Por lo mismo, el acreedor debe estar facultado para recuperar los gastos razonables incurridos en virtud del contrato e, incluso, los perjuicios que la terminación anticipada del mismo le acarreen. El monto de los perjuicios debe ser determinado en relación con los riesgos que razonablemente corresponden al deudor en condiciones normales de ejecución del contrato, es decir, aplicando el mismo parámetro (el límite del sacrificio) que se indicó para la adaptación del contrato. En este sentido, la parte afectada por el cambio de circunstancias mantiene su responsabilidad por la (no excesiva) onerosidad sobreviniente.

Por otra parte, el hecho de que la renegociación se establezca como condición previa para que el contratante afectado pueda recurrir a los demás remedios disponibles en caso de imprevisión, impide que el deudor declare unilateralmente la terminación del contrato o, en el hecho, suspenda su ejecución.

Finalmente, podría argumentarse que al acreedor, en su calidad de parte inocente, debería siempre otorgársele el derecho a elegir la terminación del contrato en los casos en que el deudor requiera la adaptación del contrato al cambio sobrevenido de circunstancias. Sin embargo, este derecho a terminar unilateralmente el contrato contradice la existencia de un eventual deber de adaptar el acuerdo en estos casos y más generalmente, al principio de conservación del contrato. En todo caso, si se aceptara, tal facultad debería restringirse en dos sentidos: sólo podría ejercerse una vez que la renegociación del contrato ha fracasado (sin que exista mala fe por parte del acreedor), y no podría el acreedor ejercerla en caso que la terminación afecte gravemente los derechos de terceros (por ejemplo, en el caso de servicios públicos que no puedan interrumpirse sin grave perjuicio para los consumidores).

III. PERSPECTIVAS EN EL DERECHO NACIONAL

1) Los efectos jurídicos de la imprevisión en una futura regulación

Tal como se indicó precedentemente, el autor ya se ha pronunciado en otro trabajo a favor de la regulación expresa de la imprevisión o cambio de circunstancias en el Derecho Privado chileno.

En particular, en cuanto a los efectos jurídicos o remedios que tal normativa debiese contemplar para los casos de imprevisión, el planteamiento

expuesto en los párrafos anteriores parece el más adecuado para ser adoptado. En resumen, y con las precisiones indicadas precedentemente:

- La existencia de un cambio de circunstancias debe dar lugar a un deber de renegociación entre las partes, con el propósito que adapten el contrato o la relación a las nuevas condiciones. Ello implica que la renegociación representa un doble papel: es al mismo tiempo *efecto* del cambio de circunstancias y *condición* para ejercer (en caso de fracaso de las renegociaciones) los otros remedios disponibles.
- En caso de fracaso de las renegociaciones, cualquiera de las partes puede recurrir al juez para que decrete la adaptación del contrato o su terminación, según sea lo más razonable de acuerdo con las circunstancias del caso particular. Al efecto, deben concederse al juez amplias facultades para fijar las condiciones de la eventual modificación o terminación del contrato.

2) *La situación con el derecho vigente*

¿Es posible, con los textos legales vigentes, aplicar el sistema de remedios propuesto a un caso concreto? En particular, ¿está facultado el juez para modificar o terminar anticipadamente una relación jurídica en un caso de imprevisión?

La respuesta a la primera pregunta planteada parece ser positiva en cuanto a la existencia de un deber de renegociación, cuya base, tal como se indicó, es el deber de ejecutar el contrato de buena fe contemplado en el artículo 1546 y sus derivados (los deberes de cooperación y lealtad comercial), los que permiten justificar su procedencia en el Derecho chileno. Por otra parte, en este caso la eventual modificación del contrato se producirá por el mutuo consentimiento de los contratantes, sin que exista intervención de un tercero ajeno al mismo.

Sin embargo, la facultad y legitimidad del juez para intervenir en una relación contractual o jurídica vigente, sin texto expreso que lo autorice, puede objetarse sobre la base de consideraciones derivadas de la denominada propietarización de los derechos. Está fuera del ámbito de este trabajo un análisis detallado de tal materia, y sólo a modo de contextualización, debe recordarse que en términos simples, según la interpretación que se hace de los artículos 576 y 583 del *Código Civil* y los artículos 19 N° 24 y 19 N° 26 de la Constitución Política, el acreedor tendría el derecho de propiedad sobre su crédito o derecho personal en términos similares al que se tiene sobre una cosa corporal. De esta manera, el acreedor no puede ser limitado en este derecho de propiedad sino por el legislador en virtud de la función social de la

propiedad ni tampoco privado del mismo sino por una ley expropiatoria en los casos dispuestos por la Constitución. El derecho personal está, entonces, garantizado a través del derecho de propiedad que el acreedor tiene sobre él. Tal como han indicado algunos autores, se ha producido un reforzamiento de la fuerza obligatoria del contrato a través del derecho de propiedad⁴⁶. Al efecto, se habla de la *intangibilidad* de los derechos, en el sentido de que, tal como se dijo, sólo el legislador en el caso excepcional de la función social de la propiedad o mediando expropiación, podrá afectar tales derechos en su esencia⁴⁷.

Como consecuencia lógica, si el legislador no puede afectar los derechos adquiridos de las partes, menos puede hacerlo el juez, pudiendo argumentarse que justamente ésa es la situación en caso que se modifiquen por aquél los términos de un contrato válidamente celebrado. A falta de norma expresa que lo autorice, vigente con anterioridad a la celebración del contrato, la intervención judicial en él podría ser inconstitucional.

No obstante, la referida objeción es susceptible de salvarse a través de dos vías:

- a) Argumentando que la imprevisión es una institución que encuentra cabida en nuestro ordenamiento positivo a través de la interpretación de diversas normas legales que permitirían admitirla. Así, por ejemplo, resultaría de una interpretación armónica de los artículos 1545 (fuerza obligatoria del contrato), 1546 (buena fe en la ejecución de los contratos), 1467 (causa) y 1441 (concepto de contrato oneroso conmutativo)⁴⁸. De este modo, el juez estaría sólo aplicando la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, que forma parte integrante de éste según el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes y, por tanto, no habría transgresión al principio de irretroactividad ni a la denominada intangibilidad de los derechos personales.
- b) Otra opción, independiente o, bien, complementaria de la anterior, es entender que la imprevisión es un mecanismo de interpretación del

⁴⁶ Ramón DOMÍNGUEZ, Carlos PIZARRO, Mauricio TAPIA, Sebastián RÍOS, “La révision du contrat. Rapport Chilien”, dans SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (ed.), *Le Contrat: Journées Brésiliennes*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008, pp. 513-528.

⁴⁷ Sabina SACCO AQUINO, “La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, Santiago, 2006, p. 505. Véase en general, Alejandro GUZMÁN BRITO, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho Positivo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

⁴⁸ Para el análisis detallado de los argumentos en este sentido, véase DÖRR (n. 17) y Daniel PEÑAILILLO, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del *Código Civil* (la lesión y la imprevisión)”, en *Revista de Derecho*, N° 208, Concepción, 2000, pp. 209-237.

contrato, por el cual el juez (de nuevo a través de la normativa legal vigente) determina el verdadero sentido y alcance del contrato de acuerdo con su naturaleza y la intención común de las partes. Así, el juez realizaría una tarea de integración de la voluntad de las partes, en el sentido de llenar los vacíos relativos a cambios de circunstancias no previstos por las mismas. De esta manera, el contrato no es técnicamente *modificado*, aun cuando su contenido literal se altere por la intervención del juez, el cual sólo está determinando el verdadero sentido y alcance de la voluntad de los contratantes.

Esta opción fue la expresamente adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la que ha sido la única sentencia de un tribunal superior del país en que se ha acogido la aplicación de la imprevisión⁴⁹. En tal resolución, la Corte señaló que la aplicación de la teoría de la imprevisión

“no implica tocar en un ápice el contrato existente entre las partes sino tan sólo precisar y afirmar su existencia, pero restableciendo su real sentido y alcance”⁵⁰.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo se han expuesto los fundamentos y características de un sistema coherente de remedios para el caso de imprevisión. El acoger un sistema como el propuesto implica entenderla no como una *excusa* ante el incumplimiento del deudor, sino como un *remedio* para proteger de mejor manera los intereses y expectativas de ambos contratantes en situaciones de crisis del negocio.⁵¹ Sin duda que son las partes mismas las mejor situadas para adaptar el contrato en estos casos, pero ello no debe ser obstáculo para otorgar al juez

⁴⁹ Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana, 11 de noviembre de 2006, Corte de Apelaciones de Santiago, número identificador LexisNexis: 35663.

⁵⁰ Considerando décimo séptimo de la sentencia citada. Sin perjuicio de lo indicado, en los hechos no estaba en cuestión la adaptación del contrato en cuanto a prestaciones pendientes de ejecutarse en el futuro, ya que ambas partes habían cumplido sus obligaciones correlativas y el objeto de la pretensión del actor era obtener el pago de los mayores costos incurridos en la ejecución de tales obligaciones. Para un análisis crítico del fallo véase Rodrigo MOMBORG, “Análisis crítico desde el derecho alemán y nacional de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008, pp. 637-658.

⁵¹ En el mismo sentido, TRAKMAN (n. 39), p. 484.

dicha facultad en caso de fracaso de las negociaciones. Ello es necesario para evitar los efectos negativos que implicaría la alternativa del todo o nada: o no reconocer efecto jurídico alguno a la imprevisión o, al contrario, establecer la terminación del contrato como único remedio para tal situación.

Por otra parte, no se pueden desconocer las dificultades intrínsecas de una revisión judicial del contrato, especialmente en lo relativo a los métodos y parámetros necesarios para efectuar la distribución de riesgos y pérdidas entre los contratantes. En todo caso, los límites de la revisión judicial están claros: el juez no puede alterar la esencia del negocio ni tampoco simplemente trasladar los riesgos y pérdidas de una parte a la otra. Además, según se explicó, el juez debe examinar el acuerdo tanto desde una perspectiva interna como externa.

Finalmente, en relación con la terminación anticipada del contrato, deben también concederse al juez amplias facultades para establecer el alcance de la misma, de manera de resguardar los intereses de ambas partes, en especial del acreedor, el cual no debe ser afectado por la extinción anticipada del contrato más allá del límite de riesgo que debe soportar la parte afectada por la imprevisión.

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y CHILENO

Lis Paula San Miguel Pradera

“Nur wer nicht sucht, ist vor Irrtum sicher”
Albert Einstein

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace unas décadas, estamos asistiendo a un proceso de modernización del Derecho de Contratos. Ello se ha debido, en gran medida, a la necesidad de responder a las exigencias del tráfico comercial internacional y a los textos legales y de *soft law* surgidos en este ámbito. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, este movimiento también ha llegado a afectar a las regulaciones sobre la materia contenidas en los códigos civiles. Así, algunos de ellos ya han sido sustituidos por otros nuevos (*v.gr.*, *Código Civil* holandés), otros se han visto ampliamente reformados (*v.gr.*, *BGB*); y otros, sin embargo, todavía no se han visto afectados por estas nuevas corrientes (es el caso, por ejemplo, de los códigos civiles de Francia, España y Chile). En este trabajo voy a centrar la atención en los ordenamientos de los dos últimos países citados, aunque haré numerosas referencias al *Código Civil* francés, puesto que fue el modelo que tuvieron en cuenta los legisladores español y chileno.

Comenzando por el caso español, existe en la actualidad un amplio consenso respecto a la necesidad de reformar los preceptos del *Código Civil* relativos al Derecho de Obligaciones y Contratos, que han pervivido durante más de un siglo sin ninguna modificación significativa. Así, en esta línea, recientemente se ha publicado un trabajo de la Comisión General de Codificación que contiene una propuesta de modernización del Derecho de

* Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.

Obligaciones y Contratos contenido en el *Código Civil*¹; pero éste no ha sido el único movimiento realizado hasta el momento. La falta de revisión del texto codificado por parte del legislador no ha impedido que, por vía jurisprudencial y doctrinal, se haya dado solución a los problemas que se plantean en la actualidad y que no estuvieron en la mente del legislador decimonónico². Además, en el Derecho español, se da la circunstancia de que el codificador no fue especialmente cuidadoso en esta materia³, por lo que la regulación que resultó en el texto de 1889 presenta altibajos y claroscuros, que llevan a que, sin incurrir en contradicciones, tampoco ofrece una armonía interna⁴.

En el caso chileno, la situación no parece ser exactamente la misma. Si bien se reconoce que el sistema de reglas generales aplicables a los contratos puede no resultar del todo suficiente para afrontar las situaciones que se plantean en el tráfico moderno⁵, según afirma Alejandro Guzmán Brito, todavía no es hora de sustituir el *Código Civil* de 1855⁶. Ahora bien, que no sea el momento de proceder a una sustitución del texto legal no significa, como reconoce el citado autor, que tampoco sea momento para iniciar una revisión del mismo⁷. En ese sentido, se puede afirmar que también en el Derecho chileno nos encontramos en un momento en el que parece conveniente revisar las normas del *Código Civil* en materia de Derecho de Obligaciones para plantearse su modificación, aunque sea acotada a puntos concretos.

Sobre este punto de partida, en el presente escrito, pretendo examinar las normas centenarias de los códigos civiles español y chileno a fin de de-

¹ Una primera versión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos se publicó en un anexo del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, enero 2009. Posteriormente, a fines de 2009, con el título *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, el Ministerio de Justicia ha publicado los trabajos de la Comisión General de Codificación relativos a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, así como la modificación de la regulación del contrato de compraventa contenida en el *Código Civil*.

² COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Gobierno de España, Ministerio de Justicia 2009, Exposición de motivos, apartado I, p. 15.

³ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (n. 2), pp. 15-17.

⁴ *Ibid.*

⁵ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Código civil chileno. Estudio preliminar y notas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2006, p. 60.

⁶ Según este autor, es más conveniente mantenerlo y lo más prudente es esperar a que el nuevo Derecho de Contratos se asiente por obra de los operadores jurídicos y sólo después pensarse en incorporarlo al *Código Civil*. GUZMÁN BRITO (n. 5), p. 61. En una línea similar, Enrique Barros sostiene que la discusión acerca del ordenamiento más justo y eficaz está aún pendiente, por lo que resulta prematuro iniciar una reforma ahora. Enrique BARROS BOURIE, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios de Derecho civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 428 (p. 403).

⁷ GUZMÁN BRITO (n. 5), p. 62.

terminar en qué medida puede ser necesaria su sustitución por otras para su adaptación a las necesidades que se plantean en el tráfico jurídico actual. En concreto, voy a prestar atención al ámbito del incumplimiento contractual y al de los instrumentos que se arbitran a favor del contratante perjudicado por éste, denominados remedios frente al incumplimiento. Lo cierto es que ambos textos decimonónicos ofrecen de un tratamiento insuficiente del incumplimiento y carecen de armonía en la organización de los remedios del acreedor ante su ocurrencia, por lo que puedo anticipar desde un principio que la revisión de los mismos necesariamente me llevará a una propuesta de mejora de la regulación actualmente vigente. En ambos países, los remedios frente al incumplimiento son muy diversos (la pretensión de cumplimiento, la indemnización de los daños y perjuicios, la resolución, la suspensión del cumplimiento o *exceptio non adimpleti contractus...*); me voy a centrar en uno de ellos: la resolución por incumplimiento, cuya nota caracterizadora es que permite al acreedor perjudicado por éste desvincularse del contrato y recuperar la prestación que había comprometido en el mismo. Como acertadamente pone de relieve Guenter Treitel⁸, en el diseño legal de la resolución por incumplimiento, el legislador ha de tener en cuenta los intereses en conflicto. En el caso del remedio resolutorio, la situación es la siguiente: por un lado, se sitúa el interés del contratante que sufre el incumplimiento y pretende poner fin al contrato para recuperar los recursos económicos invertidos en él y, por otro, el interés del incumplidor que pretende mantener el contrato cuando su incumplimiento no justifica el recurso al remedio resolutorio.

Los mecanismos que se pueden arbitrar para proteger ambos intereses son muy variados y dependen del modelo de resolución por el que opte el legislador. En la elaboración de ese modelo hay dos aspectos claves que resolver. En primer lugar, es necesario determinar cuáles son las causas o razones por las cuales se puede proceder a la resolución, lo cual lleva, necesariamente, a perfilar el incumplimiento resolutorio y, en segundo lugar, hay que determinar el procedimiento que se debe seguir para que se declare la resolución, es decir, determinar el modo en que ha de producirse el ejercicio de la resolución (mediante sentencia judicial o por declaración unilateral del perjudicado por el incumplimiento). Ambas cuestiones tienen que estar claras en cualquier diseño que se haga del remedio resolutorio⁹.

⁸ Guenter Heinz TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Oxford University Press, 1988, pp. 323-340.

⁹ Junto a estos dos aspectos fundamentales, el legislador también ha de tener en cuenta otras cuestiones, como, por ejemplo, establecer ciertas reglas que limiten el ejercicio del remedio resolutorio en determinadas circunstancias. TREITEL (n. 8), pp. 323-340.

En esta tarea de revisión de las reglas contenidas en los códigos civiles español y chileno, para proponer una reforma en materia de resolución por incumplimiento, no sólo es conveniente mirar hacia delante y guiarse por las tendencias más modernas sino que, también, es aconsejable echar la vista atrás y ver las razones que justificaron el modelo de resolución por incumplimiento que, en el siglo XIX, diseñaron los redactores de los códigos civiles español y chileno y cómo ha evolucionado el Derecho codificado en su aplicación por los operadores jurídicos. Sólo así se puede ser consciente de los cambios que suponen las modificaciones que se pueda proponer.

Para cumplir con el objetivo propuesto, he estructurado este trabajo en tres grandes apartados.

En el primero de ellos, me ocupo del significado de la resolución por incumplimiento, de su ubicación entre las condiciones resolutorias a su concepción como un remedio que la ley ofrece al acreedor en caso de incumplimiento, y su encaje tanto en el sistema de responsabilidad contractual diseñado en nuestros códigos civiles como en el sistema contractual desarrollado en los textos jurídicos más modernos.

El segundo, está dedicado al incumplimiento resolutorio, es decir, a las características que debe reunir dicho incumplimiento para que el acreedor disponga del remedio resolutorio; concretamente, es importante determinar si forma parte de los presupuestos del remedio resolutorio que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor y que revista cierta entidad.

El tercero, lo dedico a los modelos de resolución entre los que puede optar el legislador al diseñar este remedio. De los dos modelos posibles, resolución mediante sentencia judicial y resolución por declaración unilateral del acreedor, los códigos civiles español y chileno optaron por el primero, pero la tendencia actual es a adoptar el modelo de resolución mediante declaración unilateral del acreedor.

II. SIGNIFICADO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Una de las primeras tareas que hay que abordar es determinar cuál es el papel que desempeña la resolución por incumplimiento en el sistema de responsabilidad contractual (entendida en sentido amplio). En concreto, qué significado tiene hoy, y si es el mismo que tenía cuando los legisladores español y chileno diseñaron el modelo. De no ser así, habrá que precisar en qué medida esto se traduce en una propuesta de modificación de la normativa sobre resolución por incumplimiento.

II.1. De la condición resolutoria tácita o implícita a la resolución como remedio del acreedor

A. Aproximación histórica a la resolución por incumplimiento

La figura de la resolución por incumplimiento que regulan los códigos civiles español y chileno tiene un claro precedente en el *Código Civil* francés. Una simple lectura de los artículos 1124 del *CC* español y 1489 del *CC* chileno permite comprobar que ambos preceptos se inspiran directamente en el artículo 1184 del *CC* francés, que regula la resolución por incumplimiento en Derecho galo.

El artículo 1184 del *CC* francés se encuentra situado en la sección destinada a la condición resolutoria y comienza declarando:

“la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l’une des parties ne satisfera point à son engagement”.

La doctrina francesa suele considerar que la referencia a una “condición resolutoria sobreentendida” supone una demostración de que los redactores del artículo 1184 del *CC* francés se inspiraron en la práctica habitual de incluir en el contrato de compraventa el pacto de *lex commissoria* de origen romano, que permitía al vendedor resolver el contrato en el caso de que el comprador no pagase el precio pactado¹⁰. Sin embargo, las diferencias que existen entre el pacto de *lex commissoria*, de origen convencional, y la condición resolutoria sobreentendida, de origen legal, muestra claramente que se trata de figuras que tienen un origen diverso¹¹.

¹⁰ Así, por ejemplo, Ambroise Colin y Henri Capitant afirman que el empleo generalizado de la cláusula de *lex commissoria* llevó a considerarla implícitamente incluida en todos los contratos de compraventa y, luego, en todos los contratos sinalagmáticos. Ambroise COLIN y Henri CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, traducido al español por Demófilo de Buén, Madrid, Reus, 1924, vol. III p. 690.

¹¹ François TERRÉ, Phillipe SIMLER et Yues LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2005, N° 644. La primera razón que justifica su diferencia es que, mientras que la resolución del artículo 1184 del *CC* francés tiene un origen legal, está prevista para todos los contratos sinalagmáticos y puede ser invocada por cualquiera de las partes, el pacto comisorio romano tiene un origen convencional, se prevé sólo para el contrato de compraventa y, exclusivamente, en beneficio del vendedor en caso de impago del precio por el comprador. Además, ambas figuras no operan de la misma manera. Mientras que el pacto comisorio opera de pleno derecho, en el sentido de que no es necesario acudir al juez, en la resolución por incumplimiento del artículo 1184 del *CC* francés es el juez quien decide si procede o no la

Descartado que el origen de la resolución por incumplimiento haya que buscarlo en el Derecho Romano¹², es conveniente acudir al Derecho Canónico, que contempló el problema del incumplimiento desde el punto de vista moral¹³. Así, los canonistas elaboraron una regla general en los juramentos promisorios conforme a la cual el que no cumple aquello a lo que se obliga pierde el derecho a exigir el cumplimiento de aquello que se le debe como contraprestación (se formula con el aforismo *frangenti fidem non est fides servanda*). Dichos juramentos –que, inicialmente, son obligaciones asumidas frente a Dios, no frente a la otra parte– llegan a concebirse como contratos, aunque con importantes divergencias en cuanto a su justificación. El paso hacia la posibilidad de resolver el vínculo contractual en caso de incumplimiento (no hay que olvidar que rige la regla de la indisolubilidad de las obligaciones asumidas mediante juramento promisorio) se consigue a través del recurso al principio de equidad. Así, la sanción a la mala fe del contratante que no cumple aquello a lo que se ha comprometido es la facultad de pretender la resolución que corresponde al contratante cumplidor (nótese el carácter sancionador que se le atribuye a la resolución por incumplimiento y que posteriormente será matizado). Para obtener la resolución, el contratante cumplidor tenía que dirigirse a la justicia, pues sólo el juez podía liberarle de su propia prestación, atendiendo a razones de equidad. Además, el juez disponía de un amplio poder de apreciación. De ahí, probablemente, el origen judicial de la resolución por incumplimiento en el artículo 1184 del *CC* francés¹⁴.

Identificado el origen histórico de la resolución por incumplimiento queda seguir su rastro hasta su definitiva incorporación en el *Código Civil* francés.

resolución (además, su decisión es discrecional y puede abarcar, incluso, la concesión de un plazo adicional al deudor).

¹² También se ha intentado buscar un precedente a la figura de la resolución en el Derecho Romano, en el marco de los contratos innominados, concretamente, en la *condictio causa data causa non secuta*. Sin embargo, a pesar de ciertas analogías que pudieran existir entre esta última y la resolución por incumplimiento del *Código Civil* francés, no hay que olvidar que, en el caso del Derecho Romano, ni siquiera estamos en presencia de una acción contractual, sino que la figura de la *condictio causa data causa non secuta* surge para evitar un enriquecimiento injustificado de una de las partes del contrato innominado, pues la parte que había ejecutado su prestación no tenía acción para pretender el cumplimiento, véase con detalle, Enrico DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1981, pp. 31-45, especialmente p. 41.

¹³ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE (n. 11), N° 644. Sobre este punto, es sumamente ilustrativa la tesis de Laurent BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, LGDC, 1924. En España, es de la misma opinión Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 32 y DELL'AQUILA (n. 12), pp. 45-63.

¹⁴ Una exposición de la materia en lengua española se encuentra en ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 19-21 y, con más detalle, en DELL'AQUILA (n. 12), pp. 45-63.

De hecho, lo cierto es que esta figura fue recibida muy lentamente en Francia; hay que esperar hasta el siglo XVI, cuando, bajo la influencia de Charles Dumoulin, se contempla con carácter general la figura de la resolución por incumplimiento. Así, este autor tuvo el mérito de intentar generalizar la aplicación de la resolución a todos los contratos¹⁵.

Sin embargo, fue Jean Domat quien, en el siglo XVII, enunció definitivamente de una manera general el principio de resolución de los contratos cuando uno de los contratantes no cumple con lo que le incumbe en virtud del contrato. Este autor se refirió a la resolución en los siguientes términos:

“L'inexécution des conventions de la part de l'un des contractans, peut donner lieu à la résolution, soit qu'il ne puisse ou qu'il ne veuille exécuter son engagement, encore qu'il n'y ait pas de clause résolutoire, comme si le vendeur ne délivre pas la chose vendue. Et dans ce cas la convention est résolue, ou d'abord s'il y en lieu, ou après un délai arbitraire et avec les dommages et intérêts que l'inexécution peut avoir causés”¹⁶.

Del texto de Jean Domat interesa resaltar dos diferencias importantes con la concepción canónica de la resolución, en la que subyace la idea de culpa (*fragenti fidei*) y la correspondiente idea de sanción resolutoria. Así, para el jurista francés, la resolución opera por el mero hecho del incumplimiento (bien porque el deudor no pueda o no quiera cumplir su obligación) haya o no culpa, y la contempla más como un mecanismo de defensa del acreedor que como una sanción al deudor.

El pensamiento de Jean Domat se mantuvo en el siglo XVIII y fue recogido por Robert Pothier, cuyos textos sirvieron de base a los codificadores franceses. Este autor, en su *Tratado de la compraventa*, defiende que, en Derecho francés, a diferencia del Derecho Romano, la resolución está prevista tanto en beneficio del vendedor como del comprador. Para explicarla, Robert Pothier no recurre a la figura de una condición resolutoria tácita, sino que liga la resolución directamente a la causa. Así en palabras suyas:

¹⁵ Un análisis detallado de los textos de Charles Dumoulin en DELL'AQUILA (n. 12), pp. 81-84.

¹⁶ Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Samson, 1771, livre I, titre I, section VI, N° 11.

En el ámbito del contrato de compraventa, Jean Domat afirma que, aunque no exista una cláusula resolutoria, el impago del precio o el incumplimiento de cualquier otra obligación puede dar lugar a la resolución de la venta. Con ello deja claro que ambas partes (comprador/vendedor) pueden pretender la resolución pues ambos “ne veulent que le contrat subsiste, qu'en cas que chacun exécute son engagement”. Livre I, titre II, section XII, n. 13.

“l’inexécution des obligations du vendeur ou de l’acheteur donne lieu à la résolution lorsque ce qu’on a promis est tel qu’on n’eût pas voulu contracter sans cela”¹⁷.

En una obra posterior (*El tratado de las obligaciones*), volviendo sobre el tema de la resolución por incumplimiento al tratar de la condición resolutoria, afirma que es inútil insertar una condición resolutoria para el caso de incumplimiento¹⁸. En caso de incumplimiento, el juez, aplicando las consecuencias que se derivan de la noción de causa, puede declarar la resolución aunque ésta no se haya pactado. A partir de este pasaje, surge la confusión de los redactores del *Código Civil* francés, que, en lugar de estimar que la condición resolutoria es innecesaria para el caso del incumplimiento, consideran que la resolución es una condición resolutoria sobreentendida o implícita, lo cual es totalmente diferente¹⁹. A pesar de su ubicación, el régimen legal de la denominada “condición resolutoria sobreentendida” muestra de forma clara que no se está en presencia de una verdadera condición resolutoria. El propio precepto francés aclara que, en caso de incumplimiento, el contrato no queda automáticamente resuelto (a diferencia de lo que sucede en los casos de auténtica condición resolutoria), sino que la parte perjudicada por el incumplimiento puede optar entre exigir el cumplimiento o solicitar la resolución²⁰.

B. La facultad resolutoria en el *Código Civil* español

El artículo 1124 del *CC* español, siguiendo el modelo del *Código Civil* francés, está ubicado en la sección primera del capítulo III, bajo la rúbrica “De las

¹⁷ Robert J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris, 1823, p. 150.

¹⁸ Robert POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1825, N° 672.

¹⁹ Así, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE (n. 11), N° 644, afirman que se trata de un error terminológico. Mucho antes ya lo había denunciado Henri CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1924, p. 334.

En el mismo sentido, ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 31-32. Véase en contra DELL’AQUILA (n. 12), p. 89, n. 87, para quien la concepción de la resolución por incumplimiento como condición resolutoria tácita constituía la *communis opinio* de los juristas franceses y del propio Robert Pothier.

²⁰ Artículo 1184 del *CC* francés: “La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l’une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n’est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l’engagement n’a point été exécuté, a le choix ou de forcer l’autre à l’exécution de la convention lorsqu’elle est possible, ou d’en demander la résolution avec des dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordée au défendeur un délai selon les circonstances”.

obligaciones puras y condicionales”. Dicho precepto se refiere al carácter implícito de la resolución. Esto último se debe a la influencia del *Código Civil* francés que fue recibida por el Proyecto de *Código Civil* español de 1851, cuyo artículo 1042 declaraba:

“la *condición resolutoria* va siempre *implícita* en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación” (la cursiva es mía)²¹.

A pesar de esta denominación, en el caso español la diferencia entre la condición resolutoria y la llamada condición resolutoria tácita comienza a ponerse de manifiesto antes incluso de la promulgación del *Código Civil* en 1889. Así, respecto del artículo 1042 del Proyecto de *Código Civil* de 1851, Florencio García Goyena aclara que la “condición resolutoria implícita” tiene una particularidad respecto al régimen de la verdadera condición, puesto que en la primera,

“como no puede quedar al arbitrio de la parte dolosa o culpable deshacer el contrato, es libre la otra de pedir su cumplimiento ó resolución, y en acudir á este segundo medio cuando le haya resultado fallido el primero”²²;

además, para que surta efecto la llamada condición resolutoria tácita, es necesario que se solicite de forma judicial²³. Estas diferencias quedan totalmente patentes en el *Código Civil* de 1889. El mérito de los redactores de la norma española está en suprimir la referencia a una “condición resolutoria tácita” y, con mayor precisión, denominarla “facultad resolutoria”, aunque mantienen

²¹ Artículo 1042 del Proyecto de *Código Civil* de 1851: “La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de que, habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación.

El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

²² FRANCISCO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la ed. de 1852, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1974, p. 561.

²³ GARCÍA GOYENA (n. 22), p. 561.

la ubicación del precepto en la sección dedicada a la condición²⁴. Quizá por ello, durante mucho tiempo la doctrina española se ha referido a la resolución como una “condición resolutoria implícita”.

En Derecho español no ha sido especialmente complicado justificar que la condición resolutoria y la facultad resolutoria no se identifican y que, mientras la primera tiene su origen en la presunta voluntad de las partes, la facultad resolutoria es un remedio que la ley ofrece al contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte. Así, hoy ya nadie discute que la resolución por incumplimiento no puede ser concebida como una condición resolutoria tácita o implícita²⁵, sino que se trata de un remedio legal frente al incumplimiento²⁶.

C. La condición resolutoria en el *Código Civil* chileno

El artículo 1489 del *CC* chileno se ubica en el libro IV, título IV, dedicado a las “obligaciones modales y condicionales”. Dicho precepto establece que en los “en los contratos bilaterales va envuelta la *condición resolutoria* de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado” (la cursiva es mía). Esta circunstancia ha permitido que tradicionalmente se viera la resolución por incumplimiento desde la perspectiva de una condición resolutoria tácita²⁷. Sin embargo, en la misma línea evolutiva que se ha señalado para el Derecho francés y español, la doctrina actual ha superado dicha concepción y concibe la resolución por incumplimiento como un remedio del acreedor afectado por el incumplimiento y se muestra de acuerdo en reconocer su origen legal²⁸.

²⁴ Así lo resalta ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 58-59; DELL’AQUILA (n. 12), pp. 15-16, n. 2.

²⁵ Son numerosos los textos españoles que se refieren a la “mal llamada condición resolutoria tácita”.

²⁶ Por todos, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2008, vol. II: Las relaciones obligatorias, p. 812; Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho civil*, N° 46-4, Madrid, 1993, p. 1.731 (p. 1.719); Mario CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, §§ 1 y 3.

²⁷ Rodrigo BARCIA LEHMANN, *Lecciones de Derecho Civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo III: De la Teoría de las obligaciones, p. 63.

²⁸ BARROS (n. 6), p. 419; Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009, pp. 347-349 (p. 347).

Con anterioridad, Fernando Fueyo Laneri ya abogó por una nueva sistematización de la resolución por incumplimiento y defendió su carácter legal. Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 296 y 314-315.

D. El remedio resolutorio en el moderno Derecho de Contratos

En el denominado moderno Derecho de Contratos, la resolución por incumplimiento se concibe como un remedio que permite al contratante perjudicado por el incumplimiento desvincularse del contrato y liberar los recursos económicos comprometidos para asignarles otro destino²⁹. Como tal remedio, su ubicación se realiza en sede de incumplimiento, entre los remedios de los que dispone el acreedor³⁰.

Así se ha hecho constar en los códigos civiles más modernos³¹ y así lo prevén los textos internacionales³², como los Principios de UNIDROIT³³, en los que el capítulo dedicado al incumplimiento se divide en una serie de secciones dedicadas a cada uno de los remedios, y una de ellas se centra en la resolución por incumplimiento³⁴. Lo mismo sucede en los PECL³⁵, que contienen una sección dedicada al incumplimiento y a los remedios en

²⁹ Antonio Manuel MORALES MORENO, “Prólogo”, en Lis Paula SAN MIGUEL, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, Colegio de Registradores de Madrid, 2004, p. 21.

³⁰ Sobre las dificultades que presenta mantener la actual sistemática del CC chileno se pronuncia Enrique Barros, quien aboga por una ordenación sistemática de los remedios frente al incumplimiento. BARROS (n. 6), p. 406 *in fine* y 407. Una crítica a la actual sistemática de los remedios frente al incumplimiento en Carlos PIZARRO WILSON, “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en *Estudios de Derecho civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 395 y ss.

³¹ En ellos, la resolución por incumplimiento se ubica, bien en la sección dedicada a la teoría general del contrato (art. 1453 y ss. del CC italiano, arts. 432-436 del CC portugués o arts. 6:271-6:279 del CC holandés) o, bien, en las normas sobre incumplimiento de las obligaciones (arts. 1604-1606 del CC de Quebec).

³² La CISG de 1980 también responde en cierta medida a esta estructura, si bien presenta especialidades al regular exclusivamente el contrato de compraventa. En la CISG, hay un capítulo dedicado a las obligaciones del vendedor, que menciona dichas obligaciones y establece en qué consisten, para después regular los “derechos y acciones” que le corresponden al comprador como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del vendedor (arts. 45-52), a lo que hay que añadir la regulación de la indemnización de daños y perjuicios que está prevista en los artículos 74-77 de la CISG para el caso de incumplimiento de cualquiera de las partes del contrato. Es el artículo 49 el que regula el remedio resolutorio a favor del comprador.

Paralelamente, el capítulo dedicado a las obligaciones del comprador tiene la misma estructura que se acaba de describir: entre los derechos y acciones del vendedor para el caso de incumplimiento del comprador, se cita la resolución por incumplimiento (art. 61), que luego se regula en el art. 64.

³³ INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (2004), Roma, UNIDROIT, 2007.

³⁴ Arts. 7.3.1-7.3.6 de los Principios UNIDROIT.

³⁵ Ole LANDO, Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer, 2000, Part. I and II.

general, y que contienen en el capítulo siguiente los remedios frente al incumplimiento; en concreto, los artículos 9.301 a 9.309 regulan la resolución por incumplimiento.

Más recientemente, el DCFR (2009)³⁶ dedica el libro III a las obligaciones y su capítulo III, a los remedios frente al incumplimiento. Entre ellos se sitúa la resolución por incumplimiento (*termination*), regulada en III.-3:501-3:514.

E. La reubicación de la resolución por incumplimiento en los códigos civiles español y chileno

Todo lo anterior significa que la revisión de la figura de la resolución por incumplimiento en el Derecho español y chileno pasa, en primer lugar, por reubicarla y aclarar que se trata de un remedio legal frente al incumplimiento. Un ejemplo de esta reubicación nos lo ofrecen tanto el Proyecto de modernización del *Código Civil* español en materia de obligaciones³⁷ como el proyecto francés de la Cancillería de reforma del Derecho de Obligaciones³⁸. En el caso español, el capítulo VI, bajo la rúbrica “Del incumplimiento”, destina una sección a cada uno de los remedios contractuales (acción de cumplimiento, reducción del precio, resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios) tras la sección dedicada a disposiciones generales. La sección cuarta lleva por título “de la resolución por incumplimiento” (arts. 1199-1204), y concibe la resolución como un remedio legal frente al incumplimiento (la facultad que se reconoce al acreedor para resolver el contrato por incumplimiento del deudor).

En el caso del *Código Civil* chileno, además de la reubicación, sería necesario proceder a sustituir la mención de una “condición tácita”, por otro término que realmente responda a la naturaleza de este remedio. Bien puede ser “facultad” o “derecho de resolución” (conste que con esta nueva denominación no se está desnaturalizando el carácter judicial o no de la resolución, véase infra IV). En este sentido, parece que la doctrina chilena se decanta por el término “facultad”³⁹.

³⁶ Chrisitan VON BAR, ERIC CLIVE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009, vol. I.

³⁷ Este proyecto se centra en el libro IV del *Código Civil*, que lleva por título De las obligaciones y contratos. Este libro se divide, a su vez, en dos grandes títulos, el primero de ellos, De las obligaciones y, el segundo, De los contratos.

³⁸ La propuesta de reforma del *Código Civil* francés afecta al libro III y, especialmente, a su título III, de Las obligaciones, que contiene un capítulo preliminar sobre las fuentes de las obligaciones y dedica el capítulo X a los diferentes medios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento del deudor (arts. 159-182), entre los que se sitúa la resolución por incumplimiento (arts. 165-171).

³⁹ Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código civil

II.2. La resolución y el resto de remedios

Una vez establecido que la resolución es simplemente uno de los remedios de los que dispone el acreedor ante el incumplimiento del deudor, otra de las cuestiones que hay que analizar, en el diseño legal de la resolución por incumplimiento, es la relación que ésta mantiene con el resto de los remedios que se integran en la responsabilidad contractual, entendida en sentido amplio⁴⁰. Para ello, siguiendo la sistemática de los códigos civiles español y chileno, voy a exponer, en primer lugar, la vinculación que establecen entre la resolución y el cumplimiento del contrato el artículo 1124 del *CC* español y el artículo 1489 del *CC* chileno; en segundo lugar, me ocuparé de la conexión que ambos textos legales prevén entre la resolución por incumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios y, en tercer lugar, voy a aclarar cuál es la relación que hoy se predica de la resolución con el resto de remedios que engloba la responsabilidad contractual y si ello supone alguna propuesta de revisión de la regulación actual sobre resolución.

A. Resolución versus cumplimiento en los códigos civiles español y chileno

a. *Ius electionis*

En el caso español, el artículo 1124 del *CC* declara:

“el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”.

En términos muy similares, el artículo 1489 del *CC* chileno establece que el perjudicado por el incumplimiento podrá “pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato”. Ambos preceptos se inspiran en el artículo 1184 del *CC* francés, que se expresa en unos términos muy similares⁴¹. Los

sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *El Código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso para conmemorar su promulgación*, Santiago, Legal Publishing, 2007, p. 532 y lo reitera en (n. 28), p. 349. Años antes, Fernando Fueyo Laneri propuso referirse a la “acción de resolución” para aclarar que no se trata de una condición resolutoria tácita. FUEYO LANERI (n. 28), pp. 314-315.

⁴⁰ Sobre la noción de responsabilidad contractual en sentido amplio, véase Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, p. 29.

⁴¹ “La partie envers laquelle l’engagement n’a point été exécuté, à le choix ou de forcer l’autre à l’exécution de la convention lorsqu’elle est possible, ou d’en demander la résolution (...)”.

preceptos mencionados contraponen, pues, el ejercicio de la resolución a la pretensión de cumplimiento o de ejecución forzosa. Parece, por tanto, que, producido el incumplimiento, el acreedor ha de optar entre la resolución (si el incumplimiento reúne las características exigidas para que se trate de uno resolutorio; véase infra III) o el cumplimiento del contrato⁴²; es lo que se conoce como *ius electionis*. Ello es razonable, en la medida en que ambos remedios resultan incompatibles entre sí⁴³; mientras que la resolución pretende la desvinculación de las partes y la liberación de los recursos comprometidos en el contrato, en el caso de la pretensión de cumplimiento se busca el mantenimiento del vínculo contractual y la obtención de la prestación exigible conforme al contrato.

Ahora bien, el hecho de que el acreedor no pueda solicitar de forma cumulativa la resolución por incumplimiento y la ejecución del contrato no debe impedir que lleve a cabo un ejercicio alternativo o subsidiario de ambos remedios. Así, es admisible que el acreedor solicite la resolución del contrato y, para el caso de que se considere que ésta resulta improcedente, solicite subsidiariamente que se dicte sentencia condenando al deudor a cumplir el contrato. O viceversa; que el acreedor presente una demanda exigiendo de forma principal el cumplimiento del contrato y, subsidiariamente, solicite la resolución por incumplimiento, en el caso de que el cumplimiento resulte imposible. En ambos casos, el acreedor ha optado por uno de los remedios (*ius electionis*) y únicamente solicita el otro para el caso de que el primero no sea admitido. Ello es coherente con el carácter incompatible de ambos remedios⁴⁴.

b. *Ius variandi*

Además, en este punto es interesante resaltar que el legislador puede establecer ciertas reglas que disciplinen la relación entre ambos remedios, en concreto, que determinen si, una vez que el acreedor ha optado por uno de dichos remedios, puede cambiar de opinión y exigir el otro o si, por el contrario, se encuentra vinculado por la elección hecha en un primer momento y no

⁴² En el Derecho español se ha consolidado la idea de que la resolución y la pretensión de cumplimiento son dos remedios que pueden concurrir, pero no hay que olvidar que se trata de remedios diferentes que tienen sus propios presupuestos y fundamentos.

⁴³ DÍEZ-PICAZO (n. 16), p. 808. Y para el Derecho chileno, Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones, Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 432; BARROS (n. 6), p. 420, afirma que se trata de remedios funcionalmente alternativos.

⁴⁴ Así, STS de 17 de enero de 2000, en *RJ*, 2000, p. 67. En Derecho chileno, PEÑAILILLO (n. 43), p. 432.

puede después abandonar la opción inicial y ejercitar el otro remedio. Es lo que se conoce como *ius variandi*.

Así, en el Derecho francés, al considerar que la resolución no tiene lugar hasta que la sentencia la declare, a pesar de que el *Código Civil* no lo establezca expresamente, se reconoce con amplitud este *ius variandi*, pues se permite que el acreedor que ha presentado una demanda solicitando la resolución del contrato cambie de opinión y pretenda el cumplimiento⁴⁵; y, a la inversa, puede pretender la resolución, aunque inicialmente optara por el cumplimiento⁴⁶. En el caso español, el artículo 1124 del *CC* contempla un *ius variandi* limitado⁴⁷; si el perjudicado opta por el cumplimiento y éste resulta imposible, todavía puede pedir la resolución⁴⁸. En cambio, si opta por la resolución, como regla general, no puede exigir después el cumplimiento. Excepcionalmente, si la otra parte se opone a la resolución, el perjudicado puede pretender el cumplimiento del contrato⁴⁹. Sobre este punto, el legislador chileno no se pronunció, pero la doctrina chilena parece admitir un *ius variandi*⁵⁰.

B. Resolución e indemnización de daños y perjuicios en los códigos civiles español y chileno

Otra característica común a los códigos civiles español y chileno es que ambos textos legales consideran que la indemnización de daños y perjuicios

⁴⁵ Marcel PLANIOL, George RIPERT et Pierre ESMEIN, *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, LGDJ, 1930, tome VI: Les Obligations, premier partie, N° 427; Henri MAZEAUD, Leon MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de Droit civil*, 8ª ed., Paris, Montchrestien, 1991, tome II, vol. 1: Obligations, N° 1093.

⁴⁶ Konrad ZWEIGERT, Heinz KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, traducida al inglés por Tony Weir, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, § 36.III.

⁴⁷ Díez-PICAZO (n. 16), p. 809.

⁴⁸ Según la STS de 18 de mayo de 1993, en *RJ*, 1993, p. 3.564, esta imposibilidad no se ha de entender en sentido absoluto.

⁴⁹ Lis Paula SAN MIGUEL, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, pp. 403-405.

⁵⁰ A favor de un *ius variandi* amplio, véase PEÑAILILLO (n. 43), pp. 432-433. Augusto Elgueta Anguita sostiene que, en caso de que el acreedor haya optado por la resolución, puede exigir el cumplimiento, aunque haya sentencia que declare la resolución, puesto que, según este autor, el acreedor puede renunciar a ella. En cambio, sin inicialmente optó por el cumplimiento, sólo puede cambiar de remedio si, de hecho, no pudo satisfacer su crédito mediante la ejecución forzada. Augusto ELGUETA ANGUITA, *Resolución de contratos y excepción de pago*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pp. 77-76. BARCIA LEHMANN (n. 27), p. 70, únicamente se refiere al supuesto en el que el acreedor opta por el cumplimiento forzoso y, al resultar este imposible o inconveniente, el acreedor exige la resolución, pero no descarta el otro caso. En términos similares, Enrique Barros afirma que el ejercicio de la acción de ejecución en naturaleza no impide hacer valer después la resolución, si la primera no se materializó. BARROS (n. 6), p. 408.

es compatible con el ejercicio del remedio resolutorio. Esto significa que el contratante perjudicado por el incumplimiento puede solicitar la resolución del contrato y, a la vez, la indemnización de los daños y perjuicios.

La razón para reconocer la compatibilidad de ambos remedios es muy sencilla: la resolución tutela el interés del acreedor insatisfecho permitiéndole recuperar los recursos invertidos en el contrato; a pesar de ello, con la resolución el acreedor no ve totalmente satisfecho el interés protegido por el contrato, eso sólo se consigue a través de la indemnización. Por este motivo, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios queda vigente a pesar de la resolución del contrato⁵¹.

Aunque sobre lo anterior hay consenso en la doctrina, en España ha existido una discusión acerca del interés indemnizable en caso de resolución. Durante un tiempo, ha prevalecido la idea de que lo procedente era indemnizar el interés negativo (o interés de la confianza; es decir, el interés del contratante que resuelve el contrato en ser colocado en la misma situación en la que se encontraría si el contrato incumplido no se hubiera celebrado), basándose en que, con la resolución, se pretende volver a la situación anterior a la celebración del contrato⁵². Se consideraba que el contratante que opta por la resolución renuncia al cumplimiento, por lo que es incompatible con el interés positivo.

En cambio, la doctrina hoy mayoritaria defiende que el perjudicado por el incumplimiento que decide resolver el contrato está legitimado para pretender que la indemnización cubra el interés contractual positivo o interés de cumplimiento, colocando al contratante que opta por la resolución en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido. La indemnización cubre, por tanto, el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener: daño emergente y lucro cesante. La doctrina dominante considera que no hay contradicción entre resolver y reclamar el interés contractual positivo, pues no es cierto que el contratante que opta por resolver quiera que todo suceda como si el contrato no se hubiera celebrado⁵³.

⁵¹ Enrique Barros pone de relieve que, a pesar de que se trate de remedios compatibles, el acreedor puede conformarse con la resolución teniendo en cuenta las dificultades de ejercicio que presenta el remedio indemnizatorio. Afirma que estas consideraciones prácticas no suelen ser puestas de manifiesto por la dogmática civil, pero sí que son analizadas por el análisis económico. BARROS (n. 6), p. 420.

⁵² Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario a la STS de 17 de junio de 1986”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 11, Cizur Menor (Navarra), 1986, p. 3.782 (p. 3.773) y Francisco JORDANO FRAGA, “Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 15, Cizur Menor (Navarra), 1987, p. 5.192, (p. 5.183).

⁵³ Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 42-4, Madrid, 1989, p. 1.153 (p. 1.143) y PANTALEÓN (n. 26), p.

La indemnización en este caso debe estar dirigida a permitir al contratante que resuelve que obtenga satisfacción por lo que Antonio Manuel Morales Moreno ha denominado “interés en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato”. Por eso, la indemnización se concreta en la operación de reemplazo y, además, en la reparación de otros posibles daños⁵⁴.

Declarada la compatibilidad de ambos remedios resta hacer una precisión. El hecho de reconocer que ambos remedios son compatibles, no lleva necesariamente a la consecuencia de que ambos tengan los mismos presupuestos. A pesar de que no han faltado autores que hayan defendido que resolución e indemnización tienen los mismos presupuestos, hoy no se discute que ello no es así.

C. La resolución por incumplimiento y su relación con el resto de remedios en el moderno Derecho de Contratos

Mientras que los códigos civiles español y chileno únicamente se plantean la posibilidad de que, ante el incumplimiento, el acreedor opte entre la resolución y el cumplimiento del contrato –con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos–, la evolución que se ha producido hacia la modernización del Derecho de Contratos marca que, ante el incumplimiento, la resolución y la pretensión de cumplimiento no son los únicos remedios disponibles. De hecho, en el moderno de Derecho de Contratos, ante la situación de incumplimiento, se articulan una serie de remedios, entre los que se encuentran los citados, junto a otros distintos.

Concretamente, en caso de incumplimiento, el acreedor perjudicado tiene a su disposición un sistema de remedios que se concreta en:

- (1) la pretensión de cumplimiento, que incluye la reparación y la sustitución de la prestación ejecutada de manera defectuosa;
- (2) la resolución del contrato;
- (3) la reducción del precio;
- (4) la suspensión del cumplimiento de la propia prestación y
- (5) la indemnización del daño provocado por el incumplimiento⁵⁵.

Uno de los primeros textos que claramente acoge este nuevo sistema es la CISG, aunque sólo se refiere al contrato de compraventa. Así, el artículo 45

1.734; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos*, Madrid, Civitas, 2008, tomo II, p. 816; Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 43-44 y CLEMENTE MEORO (n. 26), p. 58.

⁵⁴ Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, pp. 187-188.

⁵⁵ Véase una presentación de este sistema en MORALES MORENO (n. 40), pp. 30-31 y 57. En Chile, BARROS (n. 6), p. 407.

(a) y el artículo 61 (b) de la CISG declaran que, ante el incumplimiento de la otra parte, el comprador o el vendedor, respectivamente, pueden ejercitar cualquiera de los remedios mencionados. Este texto internacional ha servido de inspiración a los Principios UNIDROIT, cuyo capítulo 7 está dedicado al incumplimiento y contempla como remedios frente al mismo: la suspensión del cumplimiento (art. 7.1.3); el derecho a reclamar el cumplimiento (arts. 7.2.1 a 7.2.5); la resolución (arts. 7.3.1 a 7.3.5) y el resarcimiento (arts. 7.4.1 a 7.4.13). Por su parte, los PECL comienzan su capítulo 8, dedicado al incumplimiento y a los remedios en general, declarando que, en caso de incumplimiento de una obligación por una de las partes, la otra puede acudir a cualquiera de los remedios previstos en el capítulo 9 para el caso de incumplimiento [art. 8:101 (1)]. Dichos remedios son: el derecho al cumplimiento (arts. 9:101 a 9:103); el derecho a suspender el cumplimiento (art. 9:201); el derecho a resolver el contrato (arts. 9:301 a 9:309); el derecho a la reducción del precio (art. 9:401); y el derecho a la indemnización de daños y perjuicios (arts. 9:501 a 9:510). Cuando se está en presencia de un incumplimiento excusable conforme a lo previsto en el art. 8:108, queda excluido el recurso al cumplimiento y a la indemnización de daños y perjuicios [art. 8:101 (2)]. Por último, en términos muy similares, el DCFR dedica el capítulo 3 del libro III sobre las obligaciones a los remedios frente al incumplimiento. El III.-3:101 dispone que, ante el incumplimiento de una obligación, el acreedor dispone de los remedios previstos en dicho capítulo [III.-3:101 (1)]. Los remedios son: el derecho a reclamar el cumplimiento (III.-3:301 a 3:303); el derecho a suspender el cumplimiento de la obligación recíproca (III.-3:401); la resolución (III.-3:502 a 3:514); el derecho a reducir el precio (III.-3:601); el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios (III.-3:701 a 3:713). Tratándose de un incumplimiento excusable, el acreedor dispone de los remedios mencionados, exceptuando el derecho a exigir el cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios [III.-3:101 (2)].

Es importante tener en cuenta que, si bien todos los remedios tienen como base el incumplimiento, cada uno de ellos tiene sus presupuestos de ejercicio⁵⁶. Esto significa que, ante un incumplimiento concreto, puede resultar procedente, por ejemplo, el remedio de la resolución pero no la indemnización de daños y perjuicios, porque no se cumplen los presupuestos de esta última⁵⁷; o, bien, considerar que procede la resolución del contrato, pero no

⁵⁶ MORALES MORENO (n. 40), p. 31.

⁵⁷ Respecto a los presupuestos exigidos para que proceda el remedio indemnizatorio, también se constata una evolución, pues se pasa de un sistema de índole culpabilística, basado en la culpa del deudor a un sistema que no se basa en la culpa sino en la ausencia de responsabilidad cuando concurren causas de exoneración.

la pretensión de cumplimiento (*v.gr.*, porque este último es imposible)⁵⁸, o a la inversa, estimar que se dispone de dicha pretensión, pero que no se puede optar por la resolución del contrato, dado que el incumplimiento no reúne las características necesarias para ser considerado resolutorio (véase *infra* III).

La existencia de múltiples remedios plantea la cuestión de su compatibilidad o incompatibilidad.

Por su naturaleza, resulta claro que ciertos remedios son incompatibles. Así, no se puede pretender a, la vez, la resolución y el cumplimiento del contrato o la resolución y la reducción del precio⁵⁹. Sin embargo, la indemnización de daños y perjuicios es compatible con el resto de remedios. Concretamente, en la dogmática actual se ha impuesto la idea de que el ejercicio del remedio resolutorio no impide al acreedor que resuelve obtener la indemnización de daños y perjuicios. Ésta es la solución que, como se ha visto, ya contemplaban los códigos civiles español y chileno, y es la que hoy predomina en Derecho Comparado⁶⁰ y en los textos internacionales sobre Derecho de Contratos⁶¹. Así, la CISG especifica que, ante el incumplimiento del vendedor, el comprador no pierde el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho [art. 45 (2) de la CISG]⁶² y el artículo 75 de la CISG, al regular la indemnización de daños y perjuicios, se pronuncia de manera expresa para el caso de que la resolución y la indemnización se ejerciten en conjunto. De igual forma, los Principios UNIDROIT declaran expresamente que el ejercicio de la resolución no excluye la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios [art. 7.3.5 (2)] y también establecen una norma concreta sobre indemnización en caso de resolución (art. 7.4.5). En la misma dirección apuntan los PECL, cuyo artículo 8:102 declara que los remedios que no son incompatibles resultan acumulables; concretamente, proclama que la indemnización de daños no se

⁵⁸ En cuanto a los límites a la pretensión de cumplimiento, en el moderno Derecho de Contratos, éstos se sitúan en la imposibilidad (con independencia de la imputabilidad de la misma al deudor); en que dicha pretensión resulte excesivamente onerosa al deudor, o sea, contraria a la buena fe o, bien, tenga carácter personalísimo.

⁵⁹ Luis Díez-PICAZO, Encarnación ROCA, Antonio Manuel MORALES, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 350.

⁶⁰ Así, ordenamientos que antes no lo admitían han procedido a su reconocimiento. Por ejemplo, recientemente ha sido incorporado al *BGB* que hasta la reforma de 2001 consideraba que la resolución era incompatible con el remedio de la indemnización (véase el § 325 del *BGB*).

⁶¹ Díez-PICAZO, ROCA, MORALES (n. 59), p. 370.

⁶² Paralelamente, el art. 61 (2) de la CISG declara la compatibilidad de la indemnización de los daños y perjuicios con cualquier otro derecho que ejercite el vendedor como consecuencia del incumplimiento del comprador.

pierde por el ejercicio de cualquier remedio y, al regular el remedio indemnizatorio, establece reglas específicas para el caso de que vaya acompañado de la resolución del contrato (art. 9:506). Esta solución aparece consagrada también en el DCFR, cuyo III.-3:102 dispone que los remedios que no sean incompatibles pueden ser acumulados, incluso especifica que el acreedor no se ve privado de la pretensión indemnizatoria por el hecho de haber optado por cualquier otro remedio. Luego, al regular el remedio resolutorio, en concreto los efectos de la resolución, el III.-3:509 (3) declara expresamente que el acreedor que resuelve mantiene la posibilidad de acudir al remedio indemnizatorio. Y, en la regulación de la indemnización de daños, se dan criterios específicos para determinar la cuantía de la indemnización en el caso de resolución del contrato (III.-3:706, y III.-3:707).

Otra de las cuestiones que se plantea, ante la existencia de varios remedios entre los que el acreedor puede elegir, es la relativa a la posibilidad de reconocerle un *ius variandi*, una vez que ha optado por uno de los remedios disponibles⁶³.

De los textos que calificamos como “moderno Derecho de Contratos”, sólo se refiere en forma expresa a este *ius variandi* el artículo 7.2.5 de los Principios UNIDROIT. Este precepto contempla la posibilidad de un cambio de remedio para el caso de que el acreedor haya optado por el cumplimiento y no lo haya obtenido. En este último caso, el acreedor puede acudir a cualquier otro remedio⁶⁴.

⁶³ Es importante no confundir este *ius variandi* en la elección de remedios con la posibilidad de que el acreedor conceda un plazo adicional al deudor para que cumpla, transcurrido el cual, el acreedor dispone de todos los remedios frente al incumplimiento. Esta figura, que aparece recogida en todos los textos mencionados, no es propiamente un remedio frente al incumplimiento, sino la oportunidad que se da al deudor para cumplir antes de acudir al sistema de remedios. Véase la CISG (arts. 47 y 63); los Principios UNIDROIT (art. 7.1.5); los PECL (art. 8:106) y el DCFR (III.-3:103).

⁶⁴ En el DCFR, aunque no se dice expresamente, en el comentario (C) a III.-3:102 relativo a la acumulación de remedios se hace referencia a la posibilidad de un cambio de remedio. Comienza el comentario diciendo que el acreedor que inicialmente ha optado por un remedio puede posteriormente optar por otro que sea incompatible con el primero. Específicamente se menciona el caso en el que, después de haber reclamado el cumplimiento, el deudor no lo ha efectuado y el acreedor opta por la resolución del contrato. A continuación, se hace una precisión, para aquellos casos en los que la elección del remedio es definitiva e impide el ulterior recurso a remedios incompatibles con el elegido en primer lugar. Para ilustrar este supuesto se dice que el acreedor que resuelve el contrato no puede luego cambiar de opinión y exigir el cumplimiento. DCFR (n. 36), pp. 777-778.

D. La reforma de los códigos civiles español y chileno a la luz del moderno Derecho de Contratos

a. *Ius electionis* del acreedor entre una pluralidad de remedios. Compatibilidad del remedio indemnizatorio con el resto de remedios

Aunque ninguno de los remedios frente al incumplimiento mencionados en el apartado anterior resulta totalmente novedoso para los derechos español y chileno, lo cierto es que su diseño en el moderno Derecho de Contratos en algunos casos dista mucho del que se le dio en los códigos civiles decimonónicos. Así, por ejemplo, según se concibe hoy, la pretensión de cumplimiento contempla dos modalidades –la reparación y la sustitución–, que no aparecen en los textos codificados. En el nuevo Derecho, la reducción del precio se contempla como un remedio general, mientras que los códigos civiles la conciben principalmente en el marco de las acciones edilicias (acción *quanti minoris*); y la suspensión del cumplimiento de la propia prestación es hoy un remedio sustantivo, mientras que su equivalente en los derechos español y chileno es la *exceptio non adimpleti contractus*, de naturaleza claramente procesal.

A pesar de esta diferencia de diseño, en Derecho español una parte importante de la doctrina y jurisprudencia, inspiradas de manera notoria en los textos internacionales que he mencionado, han sido capaces de realizar una interpretación correctora del *Código Civil* español y de aproximar el Derecho español de Contratos a este nuevo sistema de ordenación de los remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento⁶⁵. En Derecho chileno, parece que el camino también se ha iniciado aunque queda mucho recorrido⁶⁶.

No hay duda para mí que, tarde o temprano, lo más oportuno será modificar la redacción actual de los códigos civiles español y chileno para incorporar esta nueva forma de ordenar el incumplimiento y los remedios frente al mismo. Se tratará de establecer en forma expresa que, en caso de incumplimiento, el *ius electionis* del acreedor no se limita a los remedios de la resolución y el cumplimiento exclusivamente, sino que contempla todos los mecanismos que hoy se ofrecen al acreedor. Además, ante la pluralidad de remedios habrá que concretar cuáles de ellos son compatibles y si, realizada la opción por uno de ellos, el acreedor puede cambiar de opinión y elegir otro.

Un buen ejercicio de nueva regulación, contemplando este nuevo sistema, lo ofrece la Propuesta de reforma del *CC* español. El artículo 1190 de la Pro-

⁶⁵ MORALES MORENO (n. 40), p. 336; PANTALEÓN (n. 26), p. 1.727); MORALES MORENO (n. 40), pp. 37-38 hace una breve y lúcida exposición de esta superación.

⁶⁶ Así lo apuntó BARROS (n. 6), p. 428.

puesta, ubicado en el capítulo dedicado al incumplimiento, dispone que, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación (véanse arts. 1192 a 1196)⁶⁷, reducir el precio (arts. 1197 y 1198) o resolver el contrato (arts. 1199-1204) y exigir la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1205-1212)⁶⁸. Junto a estos remedios, el artículo 1191 de la Propuesta contempla la figura de la suspensión de la ejecución de la propia prestación hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación.

Según este proyecto de regulación, en caso de incumplimiento, el acreedor no puede elegir remedios incompatibles entre sí, pero puede acumular remedios compatibles. En concreto, el remedio indemnizatorio se declara compatible con el resto de remedios (arts. 1190 y 1205). Aunque no hay duda, en la regulación de la resolución, el artículo 1202 establece que resuelto el contrato, el perjudicado por el incumplimiento tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado⁶⁹.

b. *Ius variandi* del acreedor

Puesto que existe una pluralidad de remedios a disposición del acreedor, es oportuno que los nuevos textos de los códigos civiles español y chileno reconozcan la existencia de un *ius variandi*. Ahora bien, la seguridad del tráfico y la protección de los intereses del otro contratante exigen que el mismo sea limitado. Concretamente, definiendo que sólo se debe contemplar para el caso en el que el acreedor opte por el remedio del cumplimiento (que contempla la reparación y la sustitución) y el recurso a este remedio resulte infructuoso. No es necesario que el cumplimiento resulte imposible para que pueda abandonar su elección y optar por otro remedio, sino que debe bastar con que el deudor no vea satisfecho su interés. La regulación de dicho *ius variandi* puede ir ubicada en las normas sobre la pretensión de cumplimiento o, mejor, en un apartado dedicado a los remedios en general⁷⁰.

Un buen ejemplo de lo que propongo se encuentra nuevamente en la Propuesta de Reforma del *Código Civil* español, en la que se contempla un *ius*

⁶⁷ Sobre la pretensión de cumplimiento en la Propuesta de modernización del *Código Civil* español ha escrito recientemente, Nieves FENOY PICÓN, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos Generales. El incumplimiento”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 63-1, Madrid, 2010, p. 92.

⁶⁸ Véase COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (n. 2), exposición de motivos, VIII, pp. 22-23; un análisis de la regulación de la propuesta en esta materia, en FENOY PICÓN (n. 67), p. 81 y ss.

⁶⁹ Se presume que el daño causado es “como mínimo” igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto.

⁷⁰ Véase la sección general del capítulo III del libro III del DCFR dedicado a los remedios por incumplimiento.

variandi limitado al regular el remedio del cumplimiento que se denomina “acción de cumplimiento”. Así, el artículo 1194 de la Propuesta establece:

“(e)l acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce”.

III. ¿CUÁNDO PROCEDE LA RESOLUCIÓN?: EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

En el apartado anterior ha quedado puesto de manifiesto el significado que tiene hoy la resolución y su encaje en el sistema de remedios; corresponde ahora analizar el diseño que debe tener este remedio. Como he indicado en la introducción, uno de los aspectos más importantes del diseño de la resolución por incumplimiento radica en perfilar en qué consiste el incumplimiento resolutorio.

III.1. La determinación legal del incumplimiento resolutorio

A. La falta de previsión legal del incumplimiento resolutorio en los códigos civiles español y chileno

Los códigos civiles español y chileno carecen de una definición del incumplimiento en general y, más aún, del incumplimiento que permite a uno de los contratantes optar por la resolución del contrato. Quizá, la razón por la cual los legisladores español y chileno no especificaron las características que debe revestir el incumplimiento para ser causa de resolución se encuentra en el modelo de resolución que ambos códigos civiles contemplan. Tanto el *Código Civil* español como el *Código Civil* chileno optan por un sistema de resolución judicial; esto significa que la resolución la declara el juez después de comprobar que ésta resulta procedente (véase infra IV). Ambos textos legales consideran que no es necesario efectuar legalmente la determinación del incumplimiento resolutorio porque dejan la apreciación del mismo al juez que conoce del caso concreto. De esta forma se le reconocen al juez plenos poderes para decidir si, atendidas todas las circunstancias concurrentes, el incumplimiento es lo suficientemente importante o grave como para justificar el recurso a este remedio⁷¹.

⁷¹ En este aspecto, son deudores del *Código Civil* francés, que contempla una resolución judicial y tampoco define el incumplimiento resolutorio, si bien, en el caso francés, el juez ni

Por contraposición a esta forma de regular la resolución, exigiendo una sentencia judicial y sin determinar en qué consiste el incumplimiento resolutorio, nos encontramos con otro modelo posible, que contempla una resolución mediante una declaración unilateral del acreedor (véase infra IV). Este otro modelo, que deja la resolución en manos del acreedor, se ha visto en la necesidad de precisar claramente cuáles son los presupuestos necesarios para que proceda la resolución. Sólo de esta manera funciona de manera correcta el sistema, pues con ello se evita la discusión posterior acerca de la procedencia o no del remedio resolutorio ejercitado por el acreedor.

B. La conveniencia de perfilar el incumplimiento resolutorio

Con el paso de los años, se ha demostrado que una regulación eficiente de la resolución por incumplimiento exige que en ella se determine en qué consiste aquél que da lugar a la resolución. Basta con echar un vistazo a los repertorios de jurisprudencia para comprobar la enorme litigiosidad que existe respecto a la concurrencia de un incumplimiento que justifique el recurso al remedio resolutorio. Una buena regulación de la resolución por incumplimiento exige que se determine en qué casos y bajo qué condiciones procede la resolución. Esta propuesta es independiente del hecho de que el legislador opte por un modelo de resolución judicial o por un modelo de resolución mediante declaración unilateral del acreedor, si bien en este último caso es

siquiera se encuentra vinculado por la demanda de resolución presentada por el acreedor, ya que puede bien desestimar la demanda y condenar al cumplimiento, a la indemnización de daños y perjuicios, o a ambos, bien conceder un plazo de gracia al deudor para que cumpla; o bien admitir la demanda y declarar la resolución del contrato (acompañada cuando proceda, de la indemnización de daños y perjuicios).

Jacques Ghestin y Marc Billau afirman que la intervención del juez con carácter previo a la resolución se justifica por los amplios poderes de apreciación de los que dispone. Jacques GHESTIN et Marc BILLAU, "Les obligations. Les effets du contrat", dans Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de Droit civil*, Paris, LGDJ, 1992, N° 418. En este punto, resulta muy ilustrativa la justificación que ofrece René Cassin al poder soberano del juez. René CASSIN, "Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution", dans *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, N° 59, Paris, 1945, pp. 159-180 y, especialmente, pp. 169-170 al poder soberano del juez. Posteriormente, Dennis TALLON, "L'inexécution du contra: pour une autre présentation", dans *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, N° 2, Paris, 1994, p. 233.

En este punto, los derechos español y chileno se apartan del texto francés. En el caso español, el juez se encuentra vinculado por la elección realizada por el acreedor de manera tal que si demanda la resolución y concurren los presupuestos de ejercicio del remedio resolutorio, está obligado a decretar la resolución, salvo que existan "causas justificadas que le autoricen a señalar plazo". El *Código Civil* chileno es más estricto, pues no reconoce ningún poder al juez para otorgar un plazo de gracia al deudor.

absolutamente necesaria. En el primero de los casos, aporta seguridad jurídica y evita errores judiciales y en el segundo, evita que el acreedor se precipite al declarar la resolución.

En la tarea de delimitación del incumplimiento resolutorio, claramente hay dos cuestiones a las que hay que dar respuesta: la primera de ellas se refiere a la exigencia o no de imputabilidad del mismo al deudor y la segunda tiene que ver con la entidad que debe revestir dicho incumplimiento; concretamente, si basta con cualquier incumplimiento o es necesario que el mismo alcance cierta entidad para que el acreedor pueda acudir al remedio resolutorio. Sobre ambas cuestiones se tiene que pronunciar cualquier nueva regulación que se proponga sobre la resolución por incumplimiento.

III.2. La imputabilidad del incumplimiento

Una de las primeras cuestiones que hay que resolver es si la existencia de un incumplimiento subjetivamente imputable al deudor constituye presupuesto de la resolución. Anticipo que hoy se ha impuesto la idea de que el remedio resolutorio no exige que se esté en presencia de un incumplimiento imputable al deudor. Ahora bien, esto ha sido fruto de la evolución en la forma de entender la resolución, que ha pasado de concebirla como una sanción al deudor incumplidor a contemplarla como un mecanismo de protección del acreedor que, como consecuencia del incumplimiento, le permite desvincularse de un contrato que ya no es útil para satisfacer sus intereses.

En primer lugar, voy a exponer cómo se ha producido dicha evolución en los derechos español y chileno; a continuación, cotejaré los resultados de dicha evolución con las propuestas del nuevo Derecho de contratos; y, por último, analizaré la posibilidad de incorporar una noción de incumplimiento resolutorio en los códigos civiles español y chileno.

A. Del incumplimiento culpable al mero incumplimiento en los derechos español y chileno

a. En el Derecho español

Tradicionalmente, la noción de incumplimiento se ha elaborado en torno a la valoración de la conducta del deudor. Así, por ejemplo, Pablo Beltrán de Heredia y Onís defendió que la falta de cumplimiento se convierte técnicamente en incumplimiento cuando esta situación se debe a la culpabilidad del deudor⁷².

⁷² Pablo BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Edersa, 1990, p. 48; y en términos muy similares, José Juan PINTO RUIZ, "Incumplimiento de las

En esta forma de concebir el incumplimiento, la resolución por incumplimiento es contemplada como una reacción al ilícito que supone el incumplimiento y se aproxima a la idea de sanción al contratante incumplidor. Así, han sido muchos los autores españoles que han afirmado que sólo procede el recurso a la resolución prevista en el artículo 1124 del *CC* español cuando el incumplimiento es imputable al deudor⁷³. Todavía hoy, Rafael Álvarez Vigaray mantiene esta solución, aunque reconoce que hay discrepancias doctrinales⁷⁴.

Según esta concepción tradicional del incumplimiento y de la resolución por incumplimiento basada en la culpabilidad del deudor, los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable caen fuera del ámbito de aplicación del artículo 1124 del *CC* español, pues no se concibe como un problema de responsabilidad, entendida en sentido estricto, sino de riesgos. A falta de una regulación expresa de la atribución de riesgos, los autores tradicionales aplican o, bien, la doctrina de los riesgos⁷⁵ o, bien, acuden a los principios inspiradores del propio artículo 1124 del *CC* o del artículo 1274 del *CC* que regula la causa –entendiendo que la imposibilidad supone una sobrevenida desaparición de la causa que justifica la resolución–. Las diferencias que se marcan entre la resolución por incumplimiento y la disolución del contrato conforme a la doctrina de los riesgos son muy notables; aquí interesa destacar que, en el ámbito de la doctrina de los riesgos, el contrato se disuelve de pleno derecho, sin necesidad de que lo pronuncie el juez y esta disolución

obligaciones civiles”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Labor S.A., 1965, vol. XII p. 184 y ss., quien afirma que el incumplimiento se compone de dos elementos fundamentales: la inadecuación de la conducta del deudor con el contenido de la prestación y la existencia de culpabilidad del deudor.

⁷³ Miguel TRAVIESAS, “Obligaciones recíprocas”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 16, Madrid, 1929, p. 278 (p. 273); Ramón M. ROCA SASTRE, “El riesgo en el contrato de compraventa”, en *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948, p. 394 (p. 389); Federico PUIG PEÑA, F., “La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, Madrid, 1966, pp. 14 y 19 (p. 9).

⁷⁴ Afirma que el tenor del artículo 1124 del *CC* español parece ofrecer una base a la exigencia de culpabilidad y enumera una serie de argumentos que se pueden clasificar en tres grupos: (1) aunque el artículo 1124 del *CC* español no lo diga expresamente, ‘incumplir’ significa incumplir culpablemente; (2) el hecho de que este precepto mencione la posibilidad de escoger entre el cumplimiento o la resolución, y en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios, presupone la existencia de culpa en el incumplimiento; (3) el tercer párrafo establece la posibilidad de que el juez señale un plazo de gracia al deudor, lo cual, señala este autor, no tiene sentido en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 152-168.

⁷⁵ Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 188; Tomás OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, Pamplona, Aranzadi, 1983, pp. 17 y 167-170 y ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 167-168.

tiene lugar de forma automática e inevitable⁷⁶, mientras que la resolución por incumplimiento nunca opera de forma automática y depende de la opción del acreedor por este remedio. La opinión de este sector doctrinal, como él mismo admite, no ha trascendido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que considera que la imposibilidad sobrevenida no imputable es una justa causa de resolución del artículo 1124 del *CC* español, y afirma que forma parte del supuesto de hecho de la norma el “hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento”⁷⁷.

Existe otro sector doctrinal, hoy claramente mayoritario, que considera que el remedio resolutorio previsto en el artículo 1124 del *CC* no exige que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor (es decir, que no es requisito de la resolución que el incumplimiento se deba a culpa o dolo del deudor). Estos autores reconocen que el tenor literal del precepto se adecua perfectamente al incumplimiento imputable al deudor; así se explica, por ejemplo, que se haga referencia a la opción entre el cumplimiento y la resolución, la mención a la indemnización de daños y perjuicios y la posibilidad de que el juez conceda un plazo adicional al deudor para que cumpla⁷⁸. Sin embargo, defienden que dicha norma admite una lectura al margen de la imputabilidad subjetiva del incumplimiento al deudor⁷⁹. Esta lectura implica una redefinición de la noción de incumplimiento que casa perfectamente con la concepción de la resolución no como una sanción al contratante incumplidor, sino como un medio de protección y defensa de la parte de la relación obligatoria que sufre el incumplimiento⁸⁰.

En cuanto a la jurisprudencia española, ya he apuntado que, no obstante las discusiones doctrinales al respecto, desde muy temprano existe una reiterada y constante jurisprudencia que considera que los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita tienen encaje en el artículo 1124 del *CC* y en la resolución del contrato que prevé dicho precepto. Así, según el TS, procede la resolución

⁷⁶ ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 167-168.

⁷⁷ Por todos, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 315, n. 114.

⁷⁸ Así lo resalta ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 161-163 y CLEMENTE MEORO (n. 26), N° 221.

⁷⁹ El primer intento importante en este sentido le corresponde a Juan José PINTÓ RUIZ, “En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)”, 2ª parte, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1953, pp. 424-446; si bien limitado a la situación de imposibilidad sobrevenida no imputable, basándose en dos tipos de argumentos: el tenor literal del precepto y el fundamento del propio remedio.

⁸⁰ Por todos, Luis Díez-PICAZO, voz “Resolución (Dº Civil)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. IV, p. 5.890 (p. 5.889); PANTALEÓN (n. 26), pp. 1.732-1.733; CLEMENTE MEORO (n. 26), p. 89.

cuando estamos en presencia de “un hecho obstativo que de modo definitivo e irreformable impide el cumplimiento”⁸¹. A pesar de ello, en el resto de manifestaciones del incumplimiento, durante muchos años, el TS ha exigido la presencia de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” para que proceda la resolución, lo que implica la exigencia del requisito de la culpabilidad del deudor. Ahora bien, como pone de relieve Mario Clemente Meoro⁸², a partir de la década de los ochenta, el TS ha ido matizando su doctrina y se puede decir que, hasta hoy, han convivido tres líneas jurisprudenciales. La primera de ellas, en la actualidad totalmente minoritaria, sigue exigiendo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde (entre otras muchas, la STS de 18 de noviembre de 1994)⁸³. La segunda de estas líneas matiza la exigencia de este requisito (bien porque lo presume por el mero hecho del incumplimiento o de la frustración del contrato para conceder la resolución o, bien, porque le basta con una actitud contraria al cumplimiento)⁸⁴. En último lugar, la tercera de las líneas jurisprudenciales, hoy con claridad mayoritaria, prescinde de este elemento y atiende a la frustración del contrato para conceder la resolución⁸⁵.

Todo ello permite afirmar que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española se ha impuesto la idea de que, para acudir al remedio resolutorio, el incumplimiento no ha de ser necesariamente culpable⁸⁶. Actualmente, en la noción

⁸¹ SSTS de 25 de noviembre de 1946, en *RJ*, 1946, p. 1.183, 19 de enero de 1990, en *RJ*, 1990, p. 16 y 24 de noviembre de 1993, en *RJ*, 1993, p. 9.210). Véase SAN MIGUEL (n. 49), pp. 178-198.

En este punto resulta muy ilustrativa la experiencia francesa. En Francia, en contra de lo que opina la doctrina dominante, que defiende que en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita no resulta aplicable la resolución por incumplimiento sino la denominada “teoría de los riesgos”, la Corte de casación francesa no duda en aplicar en estos casos el artículo 1184 del *CC* francés. Esto es así desde que un *arrêt* de 14 de abril de 1891 declaró que el artículo 1184 francés no distingue entre las causas de incumplimiento y que no admite que la fuerza mayor sea una excepción a esa regla. A partir de entonces, la Corte de Casación francesa viene declarando que el art. 1184 se aplica tanto cuando el incumplimiento proviene de un caso fortuito o de fuerza mayor, como cuando es imputable al deudor, bien se trate de un incumplimiento total o parcial. GHESTIN et BILLAU (n. 71), N° 407. Esta jurisprudencia constante ha permitido que, en las últimas décadas, un sector doctrinal defienda que la resolución por incumplimiento del artículo 1184 resulta aplicable en los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE (n. 11), N° 629 y GHESTIN et BILLAU (n. 71), N° 516 y 521.

⁸² Mario CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 31-34.

⁸³ STS de 18 de noviembre de 1994, en *RJ*, 1994, p. 8.843.

⁸⁴ STS de 19 de junio de 1985, en *RJ*, 1985, p. 2.830.

⁸⁵ SSTS de 11 de noviembre de 2003, en *RJ*, 2003, p. 8.290) y de 31 de mayo de 2007, *RJ*, 2007, p. 4.336)

⁸⁶ Entre otros, DÍEZ-PICAZO (n. 16), p. 656; PANTALEÓN (n. 26), pp. 1.732-1.733); SAN MIGUEL (n. 49), pp. 126-127.

de incumplimiento, destaca no tanto la conducta del deudor como el hecho de que el interés del acreedor ha quedado insatisfecho. En paralelo, la resolución no se concibe como una sanción a la conducta del contratante incumplidor, sino que se presenta como un remedio o mecanismo de defensa del acreedor frente al incumplimiento, sea o no imputable. Esta concepción del incumplimiento y de la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 del *CC* español supone que queden tratados como problemas de incumplimiento algunos de los que tradicionalmente se situaban en la doctrina de los riesgos (*v.gr.*, la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor o, según los términos del legislador, “la pérdida fortuita de la cosa”), pues en los casos en los que el deudor no puede cumplir con motivo de una imposibilidad sobrevenida no imputable, el acreedor puede resolver el contrato. Ello permite concluir que es el deudor, como regla general, el que soporta el riesgo de imposibilidad de la prestación⁸⁷.

b. En Derecho chileno

Hasta el momento, la doctrina mayoritaria ha defendido que el incumplimiento que da lugar a la resolución es necesariamente uno subjetivamente imputable al deudor (bien por culpa o bien por dolo). El principal argumento esgrimido para justificar esta conclusión se encuentra en el hecho de que el artículo 1489 del *CC* chileno contempla que los remedios resolutorio e indemnizatorio se ejerciten de forma cumulativa. A partir de ahí, estos autores llegan a la conclusión de que ambos remedios tienen los mismos presupuestos. Puesto que el *Código Civil* chileno exige que haya mora para que proceda la indemnización de daños, dicho requisito se aplica también al incumplimiento resolutorio, y llegan a la conclusión de que la resolución exige que el incumplimiento se deba a culpa o dolo del deudor⁸⁸. Ésta parece ser también la tesis de la jurisprudencia mayoritaria⁸⁹.

⁸⁷ Por tanto, la invasión por el artículo 1124 del *CC* español del ámbito que tradicionalmente se le otorgaba a los riesgos tiene relevancia en la medida en que se sostenga que “el riesgo es del acreedor”, como sucede en el artículo 1452 del *CC*. Este precepto atribuye el riesgo al comprador (*periculum est emptoris*), pues, en caso de pérdida fortuita de la cosa, no le permite valerse de la resolución del contrato y, a pesar de no recibirla, tiene que pagar el precio. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia española han hecho importantes esfuerzos para restringir el ámbito de aplicación de este último precepto. Más detalles en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 128-142.

⁸⁸ Así lo denuncia Enrique Barros, quien cita a autores como Arturo Alessandri, Luis Claro Solar, René Abeliuk y Daniel Peñailillo. Véase BARROS (n. 6), p. 421 n. 51. En el mismo sentido, VIDAL OLIVARES (n. 28), p. 363 que se refiere a Luis Claro Solar, Joge López y Daniel Peñailillo.

⁸⁹ Véase Álvaro Vidal Olivares, que cita las sentencias de la Corte Suprema de 23 de abril de 2002, LegalPublishing N° 19334 y de 31 de marzo de 2003, LegalPublishing N° 26369. VIDAL OLIVARES (n. 28), pp. 363-364.

Sin embargo, no faltan voces autorizadas que desde hace unos años abogan por defender que los presupuestos de ambos remedios no coinciden⁹⁰ y que en el caso de la resolución por incumplimiento, no es presupuesto de la misma que el incumplimiento sea imputable al deudor⁹¹. A favor de esta solución se suele esgrimir el hecho de que el tenor del artículo 1469 del *CC* chileno no lo exige, pues se limita a decir: “no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”. A pesar de que el argumento literal no es decisivo, el pilar básico para esta interpretación está en el fundamento que se le reconoce al remedio resolutorio, como mecanismo de tutela de los intereses del acreedor⁹².

Ahora bien, como reconoce este sector doctrinal, el legislador chileno estableció una regla especial en materia de riesgos de la cosa debida que vendría a desplazar en estos casos la aplicación de la resolución prevista en el artículo 1469 del *CC* chileno, estableciendo una importante excepción a la aplicación de la resolución⁹³. Conforme a lo previsto en el artículo 1550 del *CC* chileno, “(e)l riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor”; esto significa que, en los supuestos de pérdida fortuita de la cosa debida, el acreedor no dispone del remedio resolutorio, aunque no reciba la cosa prevista en el contrato⁹⁴. Esta norma es calificada de “insensata” y, en tanto no se modifique, se propone su aplicación estrictamente a los supuestos que contempla (sólo obligaciones de dar cuerpo cierto)⁹⁵. Algo parecido sucede con lo previsto en el artículo 1820 del *CC* chileno, que, en el marco del contrato de compraventa, declara que la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa⁹⁶. Si ambos preceptos se interpretan de forma restrictiva, en el resto de supuestos de imposibilidad sobrevinida y fortuita de la prestación, el acreedor puede acudir a la resolución por incumplimiento⁹⁷.

⁹⁰ VIDAL (n. 28), pp. 536-537; BARROS (n. 6), pp. 421-422; VIDAL (n. 28), pp. 364-365. Se suma a esta posición, Claudia MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Construcción dogmática de la noción de incumplimiento resolutorio*, Tesis doctoral, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010, p. 23

⁹¹ VIDAL (n. 39), pp. 536 y 538; Carlos PIZARRO WILSON, “Hacia un sistema de remedios al sistema contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 401; BARROS (n. 6), p. 422; VIDAL (n. 28), p. 364.

⁹² Véase FUEYO LANERI (n. 28), p. 333.

⁹³ BARROS (n. 6), p. 421.

⁹⁴ BARROS (n. 6), p. 421 y, recientemente, MEJÍAS ALONZO (n. 90), pp. 25-27.

⁹⁵ BARROS (n. 6), p. 421.

⁹⁶ Véase VIDAL OLIVARES (n. 28), pp. 365-366; MEJÍAS ALONZO (n. 90), pp. 25-27.

⁹⁷ Uno de los precursores de esta solución es FUEYO LANERI (n. 28), p. 333. Aunque parece decantarse por una resolución automática en estos casos.

B. El incumplimiento resolutorio en el moderno Derecho de Contratos

En el sistema de responsabilidad contractual diseñado por el moderno Derecho de Contratos hay dos aspectos clave. El primero es que se elabora un concepto único de incumplimiento que incluye las distintas manifestaciones que éste puede revestir (véase infra III.3) y se concibe de forma objetiva (con independencia de que el mismo sea o no subjetivamente imputable al deudor, o exista causa de exoneración de responsabilidad). Al segundo de ellos ya he tenido ocasión de referirme (véase supra II.2.C): se trata de la organización de un sistema articulado de remedios, que se ponen a disposición del acreedor que sufre el incumplimiento. Cada remedio presenta sus peculiaridades en sus presupuestos, pero todos ellos tienen como elemento común el incumplimiento. En cuanto al remedio resolutorio, en el moderno Derecho de Contratos, la posibilidad de que el acreedor acuda a él no se hace depender de que el incumplimiento se deba a culpa del deudor.

Un claro ejemplo de lo que acabo de exponer se encuentra en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Dichos principios parten de una noción amplia de incumplimiento que es independiente de que éste sea subjetivamente imputable al deudor. Así, el artículo 7.1.1. de los Principios UNIDROIT declara que el incumplimiento “consiste en la falta de ejecución por una de las partes de alguna de sus obligaciones contractuales (...)”. Por tanto, hay incumplimiento sin necesidad de precisar cuál ha sido la causa del mismo⁹⁸. Centrados ya en el remedio resolutorio, el artículo 7.3.1, bajo la rúbrica “derecho a dar por terminado el contrato”, no hace depender la resolución de la imputabilidad del incumplimiento al deudor, sino de que éste tenga carácter esencial. En el artículo 7.1.7 que define la “fuerza mayor”, que hace que el incumplimiento sea excusable, se dice expresamente que no afecta al derecho a resolver el contrato⁹⁹.

Algo similar sucede en los PECL, que definen el incumplimiento (*non-performance*) como cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato sea o no excusable (art. 1:301 de los PECL). Hay incumplimiento, cualquiera que sea la causa que lo provoque¹⁰⁰. Para ver los presupuestos

⁹⁸ Salvo que el mismo haya sido causado por una acción u omisión del propio acreedor o por un acontecimiento del que éste haya asumido el riesgo (art. 7.1.2 de los Principios UNIDROIT).

⁹⁹ Artículo 7.1.1 (4) de los Principios UNIDROIT.

¹⁰⁰ Según se resalta en los comentarios, el término ‘non-performance’ claramente se distingue del término *Breach of contract* que sólo abarca el incumplimiento no excusable (por ejemplo, conforme a las reglas de la *frustration*). LANDO and BEALE (n. 35), p. 124.

específicos de la resolución por incumplimiento, hay que acudir al artículo 9:301 que regula el denominado derecho de resolución por incumplimiento (*Right to terminate the contract*) y exige que el incumplimiento sea esencial, pero no que sea subjetivamente imputable al deudor (véase infra III.3). Sólo se establece una especialidad en cuanto a la forma de operar la resolución cuando se está en presencia de una imposibilidad de cumplimiento que es excusable conforme a lo previsto en el art. 8:108 de los PECL¹⁰¹. En estos casos, no opera la regla según la cual la resolución tiene lugar mediante declaración del acreedor sino que, en virtud de lo previsto en el artículo 9:303 (4) de los PECL, el contrato queda automáticamente resuelto en el momento de producirse la imposibilidad.

El DCFR, en III.-1:102 (3) define el incumplimiento de una obligación como cualquier falta de cumplimiento de la misma, sea o no excusable. El carácter o no excusable del incumplimiento lo determina el III.-3:104; y tanto si éste es excusable como si no, el acreedor dispone del remedio resolutorio¹⁰². Ahora bien, en el caso de que el impedimento excusable sea permanente, se extingue la obligación y su recíproca III.-3:104 (4).

C. La futura regulación del incumplimiento resolutorio en los códigos civiles de España y de Chile

Tanto la doctrina y la jurisprudencia española mayoritarias como la doctrina chilena más moderna conciben el incumplimiento resolutorio al margen de la imputación subjetiva del mismo al deudor; el recurso al remedio resolutorio no depende de la existencia de un incumplimiento culpable. Con ello, aun admitiendo que se distancian en cierta medida del modelo que previsiblemente inspiró a los legisladores decimonónicos, aproximan mucho los derechos

¹⁰¹ Article 8:108: *Excuse Due to an Impediment*.

“(1) A party’s non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.

(3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice”.

¹⁰² En caso de incumplimiento excusable, el acreedor puede valerse de cualquiera de los remedios excepto de la pretensión de cumplimiento y de la indemnización de daños y perjuicios.

español y chileno al modelo que nos ofrece el nuevo Derecho de Contratos. Esto significa que, en este aspecto, la modernización de los derechos español y chileno ya se ha producido.

Aunque es cierto que el tenor literal de los artículos 1124 del *CC* español y 1489 del *CC* chileno admiten una relectura en este sentido, también es cierto que, de cara a una revisión de la regulación de la resolución, parece conveniente dejar patente que la resolución por incumplimiento no tiene como presupuesto la imputación subjetiva del mismo al deudor. Esto supone que el ámbito que tradicionalmente se reservaba a la teoría de los riesgos quede hoy absorbido por la resolución por incumplimiento (la imposibilidad sobrevenida no imputable constituye una manifestación más del incumplimiento resolutorio) y significa la revisión de normas como los artículos 1452 del *CC* español o 1550 y 1820 del *CC* chileno, pues sus soluciones claramente difieren de las que hoy se consideran más razonables.

Un ensayo de lo que se acaba de apuntar lo encontramos nuevamente en la Propuesta de Modernización del *Código Civil* Español. Este texto, siguiendo el modelo que proporciona el moderno Derecho de Contratos, contempla una noción unitaria y neutra de incumplimiento en torno a la cual se presentan todos los remedios de los que dispone el acreedor (véase supra II.2.C), aunque cada uno de ellos presente sus propias especialidades. Según el artículo 1188 de la Propuesta de Modernización, hay incumplimiento “cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”¹⁰³. En esta definición, la causa por la cual haya dejado de cumplir no afecta a la existencia del incumplimiento¹⁰⁴ y tampoco es relevante para el ejercicio del remedio resolutorio¹⁰⁵ (en la propuesta de reforma del *CC*, el carácter excusable del incumplimiento sólo es relevante para excluir el remedio indemnizatorio: art. 1209).

Esta construcción objetiva del incumplimiento resolutorio elimina la distinción entre incumplimientos imputables a los que se les aplicaría la doctrina del incumplimiento y aquéllos no imputables a los que se les aplicaría la doctrina de los riesgos. Ahora bien, siguen siendo necesarias normas que,

¹⁰³ FENOY PICÓN (n. 67), p. 69, pone de relieve que esta definición del incumplimiento es similar a la de los PECL y a la que proporciona DIEZ-PICAZO (n. 16), p. 654.

¹⁰⁴ Ahora bien, aun existiendo incumplimiento, según declara el artículo 1088 segundo párrafo: “(n)adie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”. Véase FENOY PICÓN (n. 67), pp. 93-98.

¹⁰⁵ Tratándose de la resolución por incumplimiento, la especialidad que se establece para poder valerse de dicho remedio es que el incumplimiento en cuestión revista el carácter de “esencial” o, bien, tratándose de un retraso o de falta de conformidad, si el deudor no cumple en el plazo adicional otorgado por el acreedor (véase infra III.3).

en determinados contratos (*v.gr.*, compraventa) establezcan en qué momento se produce la traslación de los riesgos al otro contratante. En este sentido, la Propuesta de Modernización del *CC* Español contiene una nueva redacción para el artículo 1452, que elige como momento de transmisión de riesgos al comprador, el momento de la entrega, teniendo en cuenta que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega según la modalidad de entrega prevista¹⁰⁶.

III.3. La entidad del incumplimiento

Una vez aclarado que el incumplimiento resolutorio no exige la imputación subjetiva del mismo al deudor, queda por determinar qué tipo de manifestaciones del incumplimiento están cubiertas por el remedio resolutorio y si dicho incumplimiento tiene que reunir algún tipo de requisito en cuanto a su entidad.

A. Las manifestaciones del incumplimiento resolutorio

a. En el Derecho español y chileno

La falta de delimitación del incumplimiento en los códigos civiles español y chileno ha permitido fundar la demanda de resolución en cualquier manifestación del mismo¹⁰⁷. Esto significa que la resolución se está aplicando no sólo en los casos de incumplimiento total o definitivo sino, también, en los supuestos de retraso, de cumplimiento defectuoso o de cumplimiento parcial. Así lo ha reconocido desde siempre, de forma unánime, la doctrina y jurisprudencia de ambos países, y parece que en este punto no hay discusión¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Artículo 1452 Propuesta de Modernización: “El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla.

A partir del momento en que se pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros”.

Más detalles sobre la incorporación de la teoría de los riesgos al incumplimiento en la Propuesta de modernización del *CC*, en FENOY PICÓN (n. 67), p. 76 y ss.

¹⁰⁷ ZWEIFERT/KÖTZ (n. 46), § 36. III, consideran este aspecto una de las notas características de los códigos civiles de familia romanista.

¹⁰⁸ SAN MIGUEL (n. 49), p. 239; DÍEZ-PICAZO (n. 16), p. 828.

La cuestión que se plantea es si resulta necesario o no, en la futura modernización de nuestros códigos civiles, aclarar que el incumplimiento resolutorio puede revestir dichas manifestaciones y que todas ellas son susceptibles de provocar la resolución.

b. En el moderno Derecho de Contratos

Los textos del moderno Derecho de Contratos se han decantado por un concepto unitario de incumplimiento, que incluye cualquier manifestación que éste pueda revestir. Además, todos ellos han optado por la solución de especificar qué formas o tipos de incumplimiento existen y que todos ellos quedan cubiertos por el concepto de incumplimiento. Así, los Principios UNIDROIT (art. 7.1.1) afirman que el incumplimiento

“consiste en la falta de ejecución por una de las partes de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

Algo similar sucede en los PECL, cuyo artículo 1:301 define el incumplimiento (*non-performance*) como cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato incluyendo expresamente el cumplimiento tardío o defectuoso¹⁰⁹. Por lo que respecta al DCFR, en el III.-1:102 se procede a definir el incumplimiento de una obligación como cualquier falta de cumplimiento de dicha obligación, incluyendo el cumplimiento y cualquier otra forma de cumplimiento que no se corresponda con los términos que regulan la obligación.

c. En la modernización del Derecho español y chileno

Cuando los legisladores español y chileno se enfrenten a la modernización de la regulación del remedio resolutorio, si optan por el esquema propuesto de establecer una noción unitaria de incumplimiento a partir de la cual se plantea el recurso a los diferentes remedios, debe quedar claro que éste contempla todas las manifestaciones que puede revestir el incumplimiento. En mi opinión, no es necesario que enuncien las distintas manifestaciones que puede revestir el incumplimiento, puesto que esta cuestión no plantea problemas en los Derechos español y chileno desde los primeros años de aplicación de sus respectivos códigos civiles.

¹⁰⁹ Además, se incluye en la noción del incumplimiento la negativa a colaborar para permitir que el contrato produzca plenos efectos.

Por esta solución se decanta también la Propuesta para la Modernización del *CC* Español. En su artículo 1188 establece una noción unitaria de incumplimiento y lo define como

“aquellos casos en los que el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”¹¹⁰.

B. El incumplimiento que puede provocar la resolución del contrato

Para perfilar el incumplimiento resolutorio, no basta con determinar que no es necesario que la falta de cumplimiento se deba a la culpa del deudor, ni que se admita cualquier manifestación que pueda revestir la falta de cumplimiento, sino que también es necesario precisar si cualquier incumplimiento es suficiente para provocar la resolución o si, por el contrario, se exige que el mismo revista cierta entidad. Los comparatistas afirman que constituye un elemento común a todos los sistemas legales la exigencia de que el incumplimiento revista cierta entidad para poder provocar la resolución del contrato¹¹¹. Tanto el artículo 1124 del *CC* español, como el artículo 1489 del *CC* chileno se limitan a decir “el que no cumpliere lo que le incumbe” o una fórmula similar, que no cualifica el incumplimiento.

a. El incumplimiento resolutorio en el Derecho español

A pesar de que no lo exige expresamente el artículo 1124 del *CC* español, nunca se ha cuestionado que no basta con cualquier incumplimiento para dar lugar a la resolución. Por el contrario, existe consenso en la jurisprudencia y en la doctrina en afirmar que la resolución sólo resulta procedente cuando se está en presencia de un incumplimiento importante o significativo; si bien se han empleado fórmulas muy diferentes para expresarlo.

En este sentido, una reiterada jurisprudencia ha puesto de manifiesto que, para provocar la resolución, es necesario que el incumplimiento sea significativo. En este sentido, el TS ha tenido en cuenta diversos factores a la hora de calificar un incumplimiento como resolutorio¹¹². Así, hay sentencias que distinguen entre obligaciones principales y accesorias, para afirmar que no

¹¹⁰ Nieves Fenoy Picón considera que la opción por la que se ha decantado la propuesta es la más correcta. FENOY PICÓN (n. 67), p. 75.

¹¹¹ Por todos, ZWEIGERT, KÖTZ (n. 46), § 36. VI; TREITEL (n. 8), N° 259 y Díez-PICAZO, ROCA, MORALES (n. 59), p. 350.

¹¹² CLEMENTE MEORO (n. 82), p. 18.

procede la resolución por incumplimiento de estas últimas¹¹³. Ahora bien, hay ocasiones en las que el TS declara la resolución cuando el incumplimiento de una obligación accesoria provoca el incumplimiento de la principal, o cuando dicho incumplimiento provoca “graves” consecuencias en el contrato¹¹⁴. En otros momentos, el TS se ha referido a un incumplimiento “grave”, lo cual tenía ciertas connotaciones culpabilísticas; pero últimamente ha abandonado este término y emplea otros que tienen un carácter más objetivo. Así, por un lado, tratándose de incumplimientos totales y definitivos, cuando el cumplimiento ya no es posible o ya no es útil para satisfacer el interés del acreedor, el TS acuerda la resolución y afirma que se está en presencia de un incumplimiento esencial. El carácter esencial del incumplimiento se determina atendiendo al resultado que el incumplimiento provoca en la relación contractual¹¹⁵. El propio TS reconoce que el concepto de incumplimiento esencial que maneja tiene una clara inspiración en la CISG, en los PECL y en los Principios UNIDROIT (véase infra III.3.C)¹¹⁶. Por otro lado, en los casos de incumplimientos que plantean dudas respecto a su entidad (mero retraso, cumplimiento parcial o defectuoso), el TS recurre a fórmulas muy variadas para determinar la importancia del incumplimiento. Así, en ocasiones, afirma que es necesario que exista “propio y verdadero” incumplimiento, que sea “esencial” o “de importancia y trascendencia para la economía del contrato”. Otras veces, el TS declara que el incumplimiento ha de suponer “la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes a través del contrato”; o “la quiebra de la finalidad económica del contrato”, “la frustración del fin práctico perseguido” o, bien, la frustración de un “interés legítimamente atendible”¹¹⁷.

Por lo que respecta a la doctrina, ésta se muestra unánime a la hora de afirmar que la resolución sólo procede cuando se está en presencia de un incumplimiento que revista cierta importancia, al que se denomina “incumplimiento resolutorio”¹¹⁸. Para ilustrar esta afirmación, se hace referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto¹¹⁹. Quizá ha sido Fernando Pantaleón

¹¹³ Véase, por ejemplo, SSTS de 31 de julio de 2002, en *RJ*, 2002, p. 8.435 y de 14 de mayo de 2007, *RJ*, 2007, p. 3.404.

¹¹⁴ CLEMENTE MEORO (n. 82), p. 20.

¹¹⁵ CLEMENTE MEORO (n. 82), p. 22. Véase más detalles sobre el incumplimiento esencial en la jurisprudencia, DíEZ-PICAZO (n. 16), pp. 857-863.

¹¹⁶ Sentencias del TS de 5 de abril de 2006, en *RJ*, 2006, p. 1.921), 30 de octubre de 2008, en *RJ*, 2008, p. 5.806 y 3 de diciembre de 2008, en *RJ*, 2009, p. 525.

¹¹⁷ SSTS de 10 de octubre de 2004, en *RJ*, 2004, p. 6.571, de 3 de marzo de 2005, en *RJ*, 2005, p. 4.731 y 20 de septiembre de 2006, en *RJ*, 2006, p. 8.401, entre otras.

¹¹⁸ DíEZ-PICAZO (n. 16), p. 842.

¹¹⁹ *Op. cit.*, pp. 842-846.

uno de los autores que con más acierto se ha enfrentado a esta cuestión y ha declarado que, según sus propias palabras, el presupuesto de la resolución es

“un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que razonablemente, teniendo en cuenta el deber infringido y las exigencias de la buena fe, no quepa exigir al acreedor que continúe vinculado por el contrato”¹²⁰.

b. El incumplimiento resolutorio en el Derecho chileno

La cuestión de la entidad del incumplimiento resolutorio no se ha desenvuelto de la misma manera que en Derecho español, pues han existido autores chilenos que han defendido que la resolución procede ante cualquier incumplimiento. En este sentido, Fernando Fueyo Laneri recuerda que tanto la doctrina como la jurisprudencia chilena, durante mucho tiempo, han sostenido que lo único que elimina la posibilidad de recurrir a remedio resolutorio es el pago íntegro de la obligación. En consecuencia, cualquier otro incumplimiento es susceptible de provocar la resolución, al margen de cuál sea la entidad, gravedad o trascendencia del incumplimiento¹²¹.

Sin embargo, no han faltado voces que han denunciado que, a pesar del silencio del *Código Civil* chileno, es inaceptable defender que cualquier incumplimiento es apto para provocar la resolución¹²². Según Fernando Fueyo Laneri, es Luis Claro Solar quien, en 1936, sostiene que es contrario a la equidad permitir la resolución ante cualquier incumplimiento¹²³. Hoy parece que ha prevalecido la idea de que el incumplimiento ha de ser importante o de cierta entidad para provocar la resolución del contrato. Para ello, se hace mención a la exigencia de un incumplimiento “suficientemente grave”¹²⁴, pero es mejor evitar un término que puede tener connotaciones culpabilísticas y optar por referirse a un incumplimiento “esencial”¹²⁵ o “importante”¹²⁶.

¹²⁰ PANTALEÓN (n. 26), pp. 1.732-1.733.

¹²¹ FUEYO LANERI (n. 28), pp. 308 y 311. Como excepción de esta interpretación clásica del incumplimiento resolutorio, cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 12 de noviembre de 1920, cuya doctrina no prosperó, pero que defendía que hay que ir caso por caso para determinar si según las circunstancias, la equidad impide el recurso a la resolución.

¹²² VIDAL OLIVARES (n. 28), p. 355.

¹²³ FUEYO LANERI (n. 16), p. 312.

¹²⁴ Así lo recoge VIDAL OLIVARES (n. 28), pp. 350-351.

¹²⁵ Álvaro Vidal Olivares se refiere a un incumplimiento “esencial” del deudor como único presupuesto de la resolución. VIDAL OLIVARES (n. 28), p. 352. Enrique Barros, habla de “esencialidad”. BARROS (n. 6), p. 423.

¹²⁶ Señala Enrique Barros que el requisito de la esencialidad impide que la resolución devenga en un pretexto para deshacerse de contratos inconvenientes, desnaturalizando su función de remedio que protege el legítimo interés contractual del acreedor. BARROS (n. 6), p. 423.

Son muchos los criterios que se han manejado para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento resolutorio (atender a si la obligación incumplida es principal, forma parte de la esencia del contrato, el impacto del incumplimiento en el contrato...) ¹²⁷. En este punto, algún autor ha denunciado que hace falta una mayor claridad acerca de cuándo se entiende que existe un incumplimiento esencial y que es conveniente elaborar una tipología de los incumplimientos resolutorios ¹²⁸.

c. Conclusión

He mostrado cómo la evolución que se ha producido en el Derecho español (tanto en el plano doctrinal como en la aplicación del Derecho realizada por los tribunales) ha planteado la exigencia de que el incumplimiento sea “esencial” o “importante”. En el caso chileno, aunque existe un importante sector doctrinal que aboga por la solución contraria, parece que la doctrina más moderna denuncia que se trata de una equivocación y que el incumplimiento que provoca la resolución debe reunir ciertos requisitos que lo conviertan en un incumplimiento “esencial”.

Ahora bien, además de exigir que se esté en presencia de un incumplimiento esencial, es necesario determinar en qué consiste el carácter esencial del incumplimiento. No es conveniente que los códigos civiles español y chileno sigan como hasta ahora, sin delimitar qué constituye incumplimiento a efectos de la resolución. Por eso es necesario entrar a analizar las características del incumplimiento esencial.

C. El incumplimiento esencial y la resolución por incumplimiento en el moderno Derecho de Contratos

Como no podía ser de otra manera, todos los textos del denominado nuevo Derecho de la Contratación admiten el recurso al remedio resolutorio cuando

¹²⁷ VIDAL OLIVARES (n. 28), pp. 355-356.

¹²⁸ VIDAL OLIVARES (n. 28), p. 356. De *lege lata*, propone construir una tipología del incumplimiento resolutorio en el actual Derecho chileno (pp. 358-363). Sostiene que, en Derecho chileno, el incumplimiento que autoriza el recurso al remedio resolutorio es el incumplimiento esencial que concurre: (1) cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre que tal resultado resulte previsible para el deudor al momento de contratar; (2) cuando las partes así lo hayan pactado expresamente; y (3) cuando la conducta del deudor dé motivos al acreedor para desconfiar de un cumplimiento futuro.

Recientemente, Claudia Mejías Alonzo ha realizado una propuesta de construcción dogmática de la noción de incumplimiento resolutorio que toma en cuenta los criterios analizados. MEJÍAS ALONZO (n. 90), pp. 183-252.

se está en presencia de un incumplimiento importante o “esencial”. En este caso, el acreedor perjudicado por el incumplimiento dispone inmediatamente de la resolución por incumplimiento.

Las diferencias las encontramos a la hora de establecer los criterios para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial.

En este punto, como en tantos otros, resulta imprescindible hacer una mención a la CISG, cuyos textos han servido de inspiración a los redactores de los Principios UNIDROIT y de los PECL.

En primer lugar, hay acudir al artículo 49 de la CISG, que contempla la posibilidad de que el comprador opte por la resolución. Según este texto, la resolución por incumplimiento resulta procedente cuando el incumplimiento del vendedor constituya un incumplimiento esencial.

Dicho incumplimiento esencial aparece definido en el artículo 25 de la CISG como aquél que

“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”.

Esta definición, que es común para vendedor y comprador, es independiente de la forma que revista el incumplimiento (falta total de cumplimiento, retraso, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial...) y gira en torno a dos requisitos:

- (1) debe privar sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato¹²⁹ y
- (2) dicho resultado debe resultar previsible para el deudor¹³⁰.

Para que el recurso al remedio resolutorio sea procedente, los Principios UNIDROIT, con clara inspiración en la CISG, exigen que la falta de cumpli-

¹²⁹ El interés protegido no es el interés subjetivo del perjudicado por el incumplimiento, sino el interés que se deriva de los concretos términos del contrato; es decir, de los fines perseguidos por ambas partes tal y como concibieron el contrato al concluirlo.

¹³⁰ Cuando se discutió la redacción de este precepto, no se llegó a un acuerdo en cuanto al momento en el cual la parte incumplidora tenía que prever tal resultado. Véase John O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., Hague, Kluwer, 1999, § 183. Hay dos momentos posibles: el momento de la conclusión del contrato y el momento en que tiene lugar el incumplimiento. En mi opinión, atendiendo a los intereses de las partes y a la distribución de los riesgos del incumplimiento que se realiza en el momento de celebración del contrato, éste debe ser el momento relevante para determinar la previsibilidad.

miento del deudor constituya un “incumplimiento esencial” [art. 7.3.1 (1)]¹³¹. A continuación, en este mismo precepto se establecen ciertos criterios para determinar cuándo la falta de cumplimiento constituye un incumplimiento esencial. En concreto, se mencionan cinco aspectos que deben tenerse en cuenta [vid. art. 7.3.1 (2)]¹³². El primero de ellos, es muy similar al artículo 25 de la CISG, pues se refiere a un incumplimiento que priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever de manera razonable ese resultado. Este criterio no atiende a la concreta obligación incumplida, sino a las consecuencias que tiene su incumplimiento, y tiene en cuenta la previsibilidad de las mismas. El segundo criterio hace referencia al hecho de que la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato. Este criterio atiende, no tanto a las consecuencias del incumplimiento sobre el contrato, cuanto al carácter esencial que las partes del contrato han atribuido al cumplimiento de una obligación. El tercer criterio hace mención a un incumplimiento intencionado o temerario. El cuarto criterio se refiere al hecho de que el incumplimiento dé razones al acreedor para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro. Y el quinto criterio toma en cuenta el hecho de que la resolución del contrato haga sufrir al deudor una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

Los PECL también exigen la presencia de un incumplimiento esencial (*Fundamental Non-Performance*) para que el acreedor disponga del remedio resolutorio [art. 9:301 (1)]¹³³. La definición del incumplimiento esencial no se ubica en el artículo sobre resolución por incumplimiento, sino que se contiene en los artículos introductorios al capítulo sobre incumplimiento y remedios

¹³¹ Art. 7.3.1 (1): “Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial”.

¹³² Art. 7.3.1. (2): “Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

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

¹³³ Artículo 9:301 (1): “A party may terminate the contract if the other party’s non-performance is fundamental”.

en general; concretamente, en el artículo 8:103¹³⁴. Según este último precepto, para determinar si un incumplimiento es esencial, hay que tener en cuenta tres criterios que ya resultan familiares, pues coinciden, salvo alguna omisión, con los previstos en los Principios UNIDROIT. El primero de ellos se refiere al hecho de que la estricta observancia de la obligación incumplida forma parte de la esencia del contrato. El segundo de los criterios contempla el caso en que el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no lo haya previsto o no haya podido razonablemente prever tal resultado. Y el tercer criterio contempla los casos en los que el incumplimiento es intencionado y da al acreedor motivos para creer que no puede confiar en el futuro cumplimiento.

A la vista de esto, parece que el texto de los PECL presenta una mejor redacción. En primer lugar, porque simplifica todo en tres criterios que abarcan los cuatro primeros mencionados en los Principios UNIDROIT y suprime, a mi juicio, con acierto, el quinto de los criterios previstos en el artículo 7.3.1 (2), porque, más que un criterio para delimitar un supuesto de incumplimiento esencial, se trata de un criterio que establece un límite al ejercicio del remedio resolutorio.

En los últimos años, el DCFR sigue la línea marcada por sus predecesores. Así, el II.-3:503 (1) declara que el acreedor puede resolver el contrato si el incumplimiento del deudor es esencial (fundamental non-performance)¹³⁵. A continuación, el párrafo (2) especifica cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial¹³⁶.

Según el DCFR, el incumplimiento es esencial

- (a) cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, aplicado a la totalidad o a una parte

¹³⁴ Artículo 8:103: “A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or

(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or

(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party’s future performance.”

¹³⁵ III.-3:502 (1): “A creditor may terminate if the debtor’s non-performance of a contractual obligation is fundamental”.

¹³⁶ III.-3:502 (2): “A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:

(a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of the conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or

(b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on”.

importante del cumplimiento, a menos que, en el momento de la conclusión del contrato, el deudor no hubiera previsto ni podido prever razonablemente dicho resultado o

- (b) cuando es intencional o temerario y da razones al acreedor para creer que no se producirá el cumplimiento futuro del deudor¹³⁷.

D. El incumplimiento esencial y la resolución por incumplimiento en la modernización de los derechos español y chileno

Como ya he anunciado, la revisión de la figura de la resolución por incumplimiento resolutorio en los códigos civiles español y chileno necesariamente debe llevar aparejada la especificación de los requisitos que debe reunir el incumplimiento para poder provocar la resolución. Hay consenso en exigir que se trate de un incumplimiento “esencial” y así debe ser; a partir de ahí, sin embargo, la tarea está por realizar.

En primer lugar, hay que decidir dónde debe ir ubicada la definición del incumplimiento esencial. Aunque la mayoría de los textos se decantan por incluirla en los preceptos relativos al remedio resolutorio, me parece preferible el sistema seguido por la CISG y por los PECL. Estos últimos contemplan un capítulo dedicado al incumplimiento y a los remedios en general, en el que se contienen aspectos relevantes para todos los remedios y, entre ellos, se encuentra la definición de “incumplimiento esencial”. Creo que esta segunda ubicación es preferible, puesto que la noción de incumplimiento esencial no sólo afecta al remedio resolutorio sino, también, puede resultar relevante de cara a otros remedios frente al incumplimiento (por ejemplo, para poder optar por la sustitución del bien en caso de cumplimiento defectuoso).

Ahora bien, la solución que definiendo no es la que ha seguido la Propuesta para la Modernización del *Código Civil* Español. En ella, el incumplimiento esencial aparece definido en los preceptos dedicados al remedio resolutorio. Concretamente, el artículo 1199 de la Propuesta, que inicia la sección dedicada al remedio resolutorio, declara:

¹³⁷ En el comentario A del III.-3502, se hace notar las diferencias que presenta con el artículo 8:103 PECL. Los autores del DCFR consideran que el criterio de la estricta observancia de la obligación incumplida como esencia del contrato, para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial, no constituye un criterio que merezca ser aplicado como una regla general a todos los contratos, y por tanto lo suprime. Además, la definición del incumplimiento esencial se hace en los preceptos relativos a la resolución por incumplimiento. Véase DCFR (n. 36), p. 853.

“cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial”¹³⁸.

De la lectura de este precepto inmediatamente se extrae la conclusión de que la Propuesta, a diferencia de lo que hacen los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR, no establece un elenco de criterios que determinan cuándo un incumplimiento es esencial, sino que únicamente hace referencia un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, haya de considerarse esencial. Además, suprime toda referencia a la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento, como sucede en todos los textos mencionados.

Por todo ello, en este punto, tanto por la ubicación de la definición del incumplimiento resolutorio como por los criterios empleados en la misma, creo que la regulación de los PECL es preferible y que constituye un buen modelo a tener en cuenta por los legisladores español y chileno.

E. La resolución del contrato tras el transcurso infructuoso del plazo adicional de cumplimiento concedido al deudor

Hasta aquí podría llegar la revisión de la normativa sobre la resolución por incumplimiento en los derechos español y chileno en cuanto al incumplimiento resolutorio se refiere, pero se quedaría incompleta. En todos los textos de lo que denominamos moderno Derecho de Contratos se plantea el recurso al remedio resolutorio tras la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla. Esta segunda modalidad de resolución no está reconocida en los derechos español y chileno y recibe un tratamiento muy similar en los textos que la contemplan.

Frente a ello, la CISG es uno de los primeros textos modernos que contempla la posibilidad de acudir a la resolución del contrato por incumplimiento tras el transcurso infructuoso del plazo adicional de cumplimiento otorgado por el acreedor al deudor. Sólo admite esta posibilidad en los casos de falta de entrega de las mercaderías o del precio. Esto significa que, además de los casos de incumplimiento esencial, según el artículo 49 de la CISG, el comprador puede valerse del remedio resolutorio cuando, existiendo una falta de entrega de las mercaderías, el vendedor haya dejado transcurrir el plazo adicional fijado por el comprador para que procediera a la entrega o, bien, el vendedor haya manifestado que no efectuará la entrega en dicho plazo¹³⁹. De

¹³⁸ Artículo 1199 (1) de la PM.

¹³⁹ El artículo 47 de la CISG regula la figura del plazo adicional otorgado por el comprador al vendedor.

forma análoga, el artículo 64 de la CISG contempla la facultad resolutoria en beneficio del vendedor, tratándose del incumplimiento de la obligación de pagar el precio, si el comprador no cumple en el plazo adicional fijado por el vendedor en virtud del artículo 63 de la CISG o, bien, si este último declara que no va a cumplir. En ambos supuestos se exige que el plazo adicional que se fije tenga una duración razonable y se establece que, durante su vigencia, el acreedor no puede valerse de los remedios frente al incumplimiento, salvo que el deudor le comunique que no procederá al cumplimiento¹⁴⁰.

En los Principios UNIDROIT, el artículo 7.1.5 regula la posibilidad de que, ante el incumplimiento, el acreedor conceda al deudor un plazo suplementario para que cumpla. Durante ese plazo, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su prestación y reclamar la indemnización de daños y perjuicios, pero no puede ejercitar ningún otro remedio, incluida la resolución por incumplimiento. En el párrafo tercero del artículo 7.1.5, se hace una mención específica al caso de que el retraso en el cumplimiento no constituya un incumplimiento esencial, y establece que, si el acreedor concede un plazo adicional al deudor, de una duración razonable, y éste transcurre de forma infructuosa, el acreedor puede resolver el contrato. Además, en la misma notificación de la concesión del plazo, el acreedor puede fijar que el contrato quedará automáticamente resuelto si el deudor no cumple. Finalmente, el artículo 7.1.5 (4) aclara que esta posibilidad de resolver el contrato no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo de una mínima parte de la obligación asumida por el deudor. Posteriormente, al ocuparse del remedio resolutorio, el artículo 7.3.1, tras la resolución por incumplimiento esencial, hace mención a la resolución en caso de retraso o demora, según lo previsto en el artículo 7.1.5.

Una regulación similar se plantea en los PECL, cuyo artículo 9:301 contempla dos supuestos de resolución. El primero, en caso de incumplimiento esencial (véase supra III.3.C) y el segundo, en caso de retraso, según lo previsto en el artículo 8:106 (3). Este último precepto se ocupa de la comunicación del acreedor al deudor concediendo un plazo adicional para el cumplimiento, y establece que, ante un retraso en el cumplimiento que no revista carácter esencial, si el acreedor concede a la otra parte un plazo suplementario de duración razonable para cumplir, aquélla puede resolver el contrato cuando transcurra infructuosamente el plazo adicional. Además, en la misma comunicación del plazo adicional, el acreedor puede establecer que el contrato quedará automáticamente resuelto si el deudor no cumple en el plazo señalado.

¹⁴⁰ Más detalles, véase SAN MIGUEL (n. 49), pp. 462-464.

El DCFR, en la sección general del capítulo dedicado a los remedios frente al incumplimiento, dedica el III.-3:103 a la notificación de un plazo adicional para el cumplimiento¹⁴¹. Después, en la regulación de la resolución, tras la resolución por incumplimiento esencial, se contempla una resolución después del plazo adicional de cumplimiento. Concretamente, el III.-3:503 permite que el acreedor declare la resolución en caso de retraso en el cumplimiento que no es en si mismo esencial, cuando notifica al deudor la concesión de un plazo adicional de una duración razonable y el deudor no cumple durante dicho plazo¹⁴².

F. ¿Por qué dos modalidades de resolución?

A estas alturas, queda patente que el moderno Derecho de Contratos se ha decantado por permitir la resolución del contrato en dos supuestos distintos: en caso de incumplimiento esencial (en que el cumplimiento posterior no es posible o no es útil para satisfacer los intereses del acreedor) y para los incumplimientos que permiten subsanación (el cumplimiento posterior todavía es posible y útil)¹⁴³. En el primero de los casos, se reconoce un derecho de resolución inmediato; es decir, producido el incumplimiento, el acreedor puede valerse directamente del remedio resolutorio. En el segundo, la resolución sólo está disponible tras el transcurso infructuoso del plazo adicional fijado por el acreedor. Ésta es, a mi juicio, una buena decisión.

Así, en caso de incumplimiento esencial, una correcta ponderación de los intereses en juego lleva a reconocer que el acreedor tiene un derecho inmediato de resolución (puesto que el cumplimiento ya no es posible o útil). Por lo que respecta a los casos de incumplimiento no esencial, nos encontramos con un conflicto entre el interés del deudor en el mantenimiento del contrato y el interés del acreedor en ponerle fin. Una correcta ponderación de ambos intereses en juego lleva al establecimiento del requisito del otorgamiento

¹⁴¹ Según este precepto, en cualquier caso de incumplimiento de una obligación, el acreedor puede notificar al deudor la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento. Durante la vigencia de dicho plazo, el acreedor puede oponerse a cumplir su propia obligación y reclamar la indemnización de daños y perjuicios, pero no puede valerse de ningún otro remedio.

En el caso de que el acreedor reciba una notificación del deudor anunciando que no cumplirá durante dicho plazo, o si expira el plazo sin que el deudor haya cumplido, el acreedor puede valerse de cualquier remedio.

¹⁴² Si el plazo que ha fijado el acreedor resulta excesivamente corto, el acreedor sólo puede proceder a la resolución por incumplimiento cuando haya transcurrido un plazo razonable desde la notificación del plazo [III.-3:503 (2)]

¹⁴³ Hoy parece asentada la idea de que el recurso al remedio resolutorio sea diferente según se esté en presencia de un incumplimiento esencial o no, véase Díez-PICAZO (n. 16), p. 867.

al deudor de una última oportunidad para cumplir y evitar la resolución¹⁴⁴. Además, la figura de la concesión de un plazo adicional al deudor puede tener otra utilidad importante; en concreto, puede servir al acreedor para disipar dudas acerca de la procedencia del remedio resolutorio cuando no está seguro de que éste revista carácter esencial (pues nada impide al acreedor otorgar al deudor una última oportunidad de cumplir, a pesar de existir un incumplimiento esencial).

G. ¿Una resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional en el futuro Derecho español y chileno?

Todo lo anterior me lleva a recomendar a los legisladores español y chileno que, en la revisión y modernización de la resolución por incumplimiento, incluyan, junto a la resolución por incumplimiento esencial, la posibilidad de acudir a la resolución tras el transcurso infructuoso del plazo adicional que el acreedor concedió al deudor¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Peter SCHLECTRIEM, “Terminations of contracts under the Principles”, in Michael JOACHIM Franco BONELL, *Contratti Commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano, Guiffré, 1997, p. 265 (p. 249).

¹⁴⁵ Peter Schlechtriem pone de manifiesto que existen dos tipos de regulaciones que han sido adoptadas por los diferentes sistemas legales. SCHELCHTRIEM (n. 144), p. 264. Un primer grupo de sistemas legales toma como punto de partida el carácter esencial del incumplimiento, que en sí mismo es suficiente para justificar la resolución inmediata del contrato. A continuación, admiten que la resolución tenga lugar como consecuencia de incumplimientos que no son esenciales (el cumplimiento posterior es todavía posible y útil), siempre que previamente se haya concedido un plazo al deudor otorgándole una última oportunidad de cumplir y salvar el contrato (así sucede en la CISG, en los Principios UNIDROIT y con anterioridad en el *BGB* de 1900); más detalles en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 454-467. Frente a esto, otros sistemas legales toman el punto de partida contrario; establecen con carácter general la necesidad de que se conceda un plazo adicional al deudor antes de acudir al remedio resolutorio, si bien dicho requisito queda dispensado cuando resulta evidente que la concesión de plazo carece de sentido (*v.gr.*, porque el cumplimiento es imposible, porque el deudor ha declarado que no cumplirá) [*Código de las Obligaciones Suizo*, el art. 1454 del *CC* italiano, el *BGB* tras la reforma de 2001; más detalles en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 467-477.

En cualquier caso, todos los sistemas jurídicos llegan a los mismos resultados. En todos ellos se establece un mecanismo distinto para los incumplimientos esenciales (aquellos en los que el cumplimiento posterior no es posible o no es útil para satisfacer los intereses del acreedor) y para los incumplimientos que permiten subsanación (el cumplimiento posterior es posible y útil), y la concesión de un plazo representa en ellos el mismo papel: permitir al deudor que cumpla cuando el cumplimiento posterior es posible y útil. Poco importa que la regulación de la resolución tome como punto de partida la resolución inmediata y que, a continuación, establezca los casos de resolución tras el transcurso infructuoso del plazo; o que la regulación de la resolución tenga como eje central los incumplimientos susceptibles de subsanación y la

En la Propuesta de Modernización del *CC* español se prevé una regulación del remedio resolutorio claramente inspirada en los textos mencionados. Ya he tenido ocasión de presentar el artículo 1199 de la Propuesta, que establece que el acreedor dispone del remedio resolutorio en caso de incumplimiento esencial. A continuación, el artículo 1200 añade que, en caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor puede resolver el contrato si el deudor no cumple o subsana la falta de conformidad en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado. Si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones, no es necesario que el acreedor fije el plazo adicional.

La Propuesta de Modernización elaborada por la Comisión General de Codificación, a mi juicio merece ser revisada en dos aspectos, si se toma como modelo. Si bien me parece correcto que la Propuesta aparentemente amplíe el supuesto a los casos de retraso propiamente dicho y de falta de conformidad (existe cumplimiento, pero es defectuoso)¹⁴⁶, creo que es conveniente especificar, como hacen los Principios UNIDROIT, que la resolución no resulta procedente en los casos en los que el incumplimiento es poco relevante, porque, aunque es cierto que la resolución no es un remedio excepcional que exige un incumplimiento esencial, es necesario que tampoco se considere procedente ante cualquier incumplimiento, sino que se exija que el mismo revista cierta entidad¹⁴⁷.

El otro aspecto tiene que ver con la regulación más detallada de la figura de la notificación de un plazo adicional al deudor. Creo que en los derechos español y chileno la incorporación de esta figura supone una novedad y, por tanto, merece que el legislador sea especialmente cuidadoso con ella. Su ubicación ideal estaría en unas reglas generales que iniciaran el capítulo dedicado al incumplimiento (no sólo en la regulación del remedio resolutorio). Sería muy conveniente que se especificara cuáles son las consecuencias que tiene la fijación de dicho plazo adicional respecto a los remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento. Concretamente, que se estableciera que, durante la vigencia del plazo, el acreedor mantiene la posibilidad de suspender el cumplimiento de su propia obligación y exigir una indemniza-

necesidad de conceder un plazo adicional al deudor antes de proceder a la resolución y que, a continuación, establezca los casos en los que el derecho de resolución tiene carácter inmediato en virtud del incumplimiento que ha tenido lugar (incumplimiento esencial).

¹⁴⁶ En los trabajos preparatorios de la CISG se contempló la posibilidad de extender la resolución no sólo a los supuestos de falta de entrega, sino también a los casos de entrega de mercaderías no conformes. Finalmente, se abandonó esta posibilidad ante el miedo del abuso por parte del comprador. Véase HONNOLD (n. 130), § 288.

¹⁴⁷ Sobre el carácter no excepcional de la resolución, véase Díez-PICAZO (n. 16), p. 814.

ción de daños, pero que no dispone del resto de remedios. En este sentido, es importante aclarar que, transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla, el acreedor dispone de los remedios frente al incumplimiento, y que puede acudir de ellos sin esperar a que transcurra el plazo cuando el deudor anuncia que no cumplirá. Respecto al plazo, creo que la mejor solución consiste en que la ley exija que se trate de un plazo de duración razonable.

Ya en la regulación del remedio resolutorio, sería conveniente que se aclara que si la duración del plazo fijado por el acreedor no es razonable, éste no dispondrá del remedio resolutorio hasta que no transcurra un plazo razonable desde que notificó la concesión de un plazo adicional de cumplimiento¹⁴⁸.

IV. ¿CÓMO HAY QUE PROCEDER PARA RESOLVER EL CONTRATO?: MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN

Para completar la revisión de la disciplina de la resolución por incumplimiento en los códigos civiles español y chileno, es imprescindible plantear la cuestión relativa al diseño del procedimiento que el acreedor ha de seguir para que tenga lugar la resolución; hay varios modelos posibles y es necesario decidir por cuál se opta. En este proceso de elección, se pone claramente de manifiesto que la regulación sobre la resolución por incumplimiento tiene que alcanzar un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor. Según el modelo que se elija, los mecanismos de protección del deudor frente a posibles abusos del acreedor que resuelve se distribuirán de una u otra manera.

En primer lugar, voy a exponer los modelos que existen, después el modelo por el que optaron los legisladores español y chileno en el siglo XIX, para terminar haciendo una referencia a la evolución que se ha experimentado en este campo y a las opciones que se pueden plantear en un futuro los legisladores español y chileno.

IV.1. Los modelos posibles

Los estudios de Derecho Comparado sobre la forma de ejercicio de la resolución suelen contraponer dos modelos: de resolución mediante sentencia

¹⁴⁸ Un ensayo de cómo podría ser esa nueva regulación en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 477-480. En Derecho español, Rafael Álvarez Vigaray fue uno de los primeros en denunciar la falta de una figura de este tipo en el ordenamiento español; ÁLVAREZ VIGARAY (13), p. 260. También lo ha hecho CLEMENTE MEORO (n. 26), N° 62. Más contundente, PANTALEÓN (n. 26), p. 1.733. En Derecho chileno se hace eco de esta figura BARROS (n. 6), pp. 426-427.

judicial y de resolución mediante declaración de voluntad del acreedor¹⁴⁹; el mecanismo de protección que se arbitra a favor del deudor que se expone a una resolución del contrato es diferente en cada uno de ellos. El modelo judicial exige una sentencia que declare la resolución, de tal manera que es el juez quien controla que el acreedor no abusa del remedio resolutorio. En cambio, el modelo de declaración unilateral de resolución, para proteger al deudor de un ejercicio abusivo, impone al acreedor notificar al deudor su voluntad de resolver el contrato y, en ciertos casos, le exige que previamente otorgue al deudor una última oportunidad de cumplir el contrato y evitar la resolución. Además, si posteriormente se demuestra que el remedio resolutorio resultaba improcedente, se considerará que el acreedor ha incumplido el contrato y que debe responder por ello.

Los comparatistas afirman que las diferencias entre ambos modelos de ejercicio de la resolución son de naturaleza más o menos técnica¹⁵⁰. Sostienen que las únicas cuestiones prácticas realmente importantes son las relativas a la disponibilidad del *ius electionis* (entre el remedio de la resolución y la pretensión de cumplimiento) y las relativas al plazo durante el cual el acreedor puede abandonar la elección de remedios abierta (*ius variandi*)¹⁵¹. Para comprobar esto, voy a analizar cada uno de los modelos en sus líneas fundamentales y, para ello, voy a acudir a dos ordenamientos que han influido en el resto.

A. El modelo judicial de resolución: la resolución por incumplimiento en el Derecho francés

Como representativo de este modelo se menciona el Derecho francés¹⁵², que ha sido, además, el que ha servido de inspiración a los legisladores español y chileno. Es importante perfilar sus líneas fundamentales.

a. Los rasgos principales de la resolución judicial del *Código Civil* francés

La regla general es que el acreedor que pretende la resolución del contrato tiene que demandarla judicialmente y obtener una sentencia estimatoria de su pretensión. Por tanto, los elementos necesarios para que tenga lugar

¹⁴⁹ ZWEIGERT/KÖTZ (46), § 36. III; TREITEL (n. 8), Nº 242; SCHLECHTRIEM (n. 144), p. 249. En España, ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), p. 215 y ss; SAN MIGUEL (n. 49), pp. 36-38 y en Chile, FUEYO LANERI (n. 28), p. 298; BARROS (n. 6), p. 423.

¹⁵⁰ SCHLECHTRIEM (n. 144), p. 249.

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 253.

¹⁵² Véase TREITEL (n. 8), p. 323; SCHLECHTRIEM (n. 144), p. 251; ZWEIGERT/KÖTZ (n. 46), § 36.III; LANDO/BEALE (n. 35), p. 415.

la resolución por incumplimiento son tres: el incumplimiento, la solicitud de resolución por parte del acreedor y la sentencia judicial que declare la resolución¹⁵³.

El hecho de que la resolución del contrato sea consecuencia de la decisión judicial y de que ésta no tenga lugar hasta que no haya sentencia tiene consecuencias muy importantes. La primera de ellas tiene que ver con la posibilidad de cambiar de remedio una vez que ya se ha optado por uno de ellos; es el denominado *ius variandi*. En Derecho francés, el *ius variandi* es muy amplio, pues el acreedor que ha presentado una demanda de resolución puede cambiar de opinión y solicitar el cumplimiento o, bien, a la inversa, pretender la resolución cuando inicialmente optó por el cumplimiento.

La segunda consecuencia importante es que, puesto que el contrato subsiste hasta la sentencia que declara la resolución, el acreedor sigue obligado a realizar su propia prestación a pesar de haber presentado una demanda exigiendo la resolución del contrato. Para evitar los inconvenientes que esto supone, los tribunales franceses han permitido el recurso a la *exceptio non adimpleti contractus*, de forma que el acreedor puede negarse a cumplir lo que le corresponde en virtud del contrato sin que su actitud pueda ser calificada de incumplimiento.

La tercera consecuencia es que, paralelamente, el deudor tiene la posibilidad de ofrecer el cumplimiento de la prestación a lo largo del proceso. Es el juez quien decide si, atendidas las circunstancias, procede rechazar la resolución solicitada y aceptar el cumplimiento tardío ofrecido por el deudor o, por el contrario, declarar la resolución¹⁵⁴.

La cuarta consecuencia importante del sistema diseñado por el legislador francés es que, conforme al artículo 1184 del CC francés, a pesar de la demanda de resolución, el juez dispone de un poder soberano para apreciar si resulta oportuno conceder un plazo adicional al deudor para que cumpla¹⁵⁵.

¹⁵³ Según advierte Christophe Paulin, la resolución resulta de la decisión judicial, no de la voluntad del acreedor, que únicamente dispone del poder de solicitar al juez que ponga fin a la situación litigiosa mediante la aplicación de las normas legales. Christophe PAULIN, *La clause résolutoire*, Paris, LGDJ, 1996, p. 178.

¹⁵⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, LGDCU, 1994, tome IV: Les obligations, N° 187; TERRÉ, SIMPLER et LEQUETTE (n. 11), N° 630; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN (n. 45), N° 429.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud afirman que esta solución no es satisfactoria; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1987, N° 330.

¹⁵⁵ Ambroise Colin y Henri Capitant afirman que una resolución subordinada a la sola opción del acreedor habría tenido el inconveniente de privar demasiado rápidamente al deudor –a caso de buena fe– del beneficio del contrato, y que, con la exigencia de una sentencia, se concede al juez la facultad de otorgar al deudor un plazo para que cumpla. COLIN et CAPITANT (n. 10), p. 691.

b. La resolución consentida o convencional

En el ámbito de este modelo, cabe plantearse la viabilidad de una resolución consentida o convencional que vendría a permitir que, en el marco de un modelo de resolución judicial, una resolución sin intervención judicial, cuando ambas partes la acuerdan o cuando el contratante incumplidor acepta la declaración de resolución efectuada por el acreedor¹⁵⁶.

La razón última que lleva a exigir una sentencia judicial que declare la resolución es el temor que suscita el hecho de que, por voluntad exclusiva de una de las partes (el perjudicado por el incumplimiento), se ponga fin al contrato. Por ello, la intervención judicial va dirigida a evitar posibles abusos. El recurso al juez garantiza el control y verificación del alcance del incumplimiento y, por tanto, la justificación de la procedencia de la resolución. Pues bien, si hay acuerdo entre las partes respecto a la resolución del contrato por incumplimiento de una de ellas, no hay riesgo de abuso y el recurso al juez es prescindible¹⁵⁷. Por ello, cuando existe acuerdo de las partes respecto de la resolución, si, eventualmente, se produce una intervención posterior del juez (por ejemplo, por discrepancias en cuanto a la interpretación del acuerdo o a los efectos derivados del mismo), ésta se limitará a constatar o declarar correctamente producida la resolución (sentencia declarativa)¹⁵⁸.

Esta forma de resolución encaja perfectamente en un modelo de resolución judicial, puesto que no es más que el allanamiento del contratante incumplidor a la pretensión resolutoria de la otra parte; no se trata, pues, de un nuevo modelo de resolución, sino de una consecuencia de la resolución judicial. La admisibilidad de esta forma de resolución implica simplemente que en el modelo de resolución judicial no es necesaria una sentencia que la declare, cuando el deudor se allana a la pretensión resolutoria del acreedor. Supone reconocer la posibilidad de que sea el propio deudor, y no el juez, quien controle y verifique que concurren los presupuestos necesarios para que tenga lugar la resolución que pretende el acreedor¹⁵⁹. Esta posibilidad

¹⁵⁶ ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), pp. 250-253, se refiere a una resolución convencional. V.L. Vicente Montés Penadés la denomina resolución por acuerdo de las partes o aceptada por una a iniciativa de la otra (art. 1124, pp. 1.225-1.227). Este último autor es el máximo exponente de los defensores de esta forma de resolución como única alternativa a la resolución judicial. V.L. VICENTE MONTÉS PENADÉS, "Artículo 1124 CC", en Manuel ALBALADEJO (dir), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1989, XV-1º, pp. 1.225-1.227 y 1.198-1.199, respectivamente.

¹⁵⁷ Un análisis detallado del significado de esta modalidad de resolución en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 308-355.

¹⁵⁸ MONTES PENADÉS (n. 156), p. 1.228.

¹⁵⁹ Así, en Derecho francés, no parece plantear dudas el reconocimiento de una resolución por acuerdo de las partes, sin necesidad de convalidación del juez. Ya Jean Charles Demolombe,

es perfectamente admisible, porque la resolución del contrato por incumplimiento se concibe como una materia disponible por las partes¹⁶⁰.

c. Excepciones a la resolución mediante sentencia judicial

Para hacer una exposición completa del Derecho francés y de su modelo de resolución por incumplimiento, es necesario hacer referencia a la admisión de importantes excepciones a la regla general según la cual es necesario acudir al juez para obtener la resolución del contrato por incumplimiento.

La primera excepción a la resolución mediante sentencia judicial se plantea cuando el contrato contempla una “cláusula resolutoria expresa”. En ocasiones, las partes que celebran un contrato incorporan al mismo una cláusula que especifica, por un lado, las características que debe reunir el incumplimiento resolutorio y, por otro lado, la posibilidad de que la resolución se efectúe mediante declaración del acreedor (*de plein droit*). Cuando así se pacte, la resolución puede tener lugar sin una sentencia que la declare, siendo suficiente la declaración de voluntad del acreedor.

Un segundo supuesto de resolución al margen del proceso judicial aparece en el artículo 1657 del *CC* francés, que, en el marco del contrato de compraventa, señala que, tratándose de una compraventa de bienes muebles que han de ser recogidos por el comprador en una fecha concreta, si el comprador no se presenta en la fecha pactada, la resolución puede operar por simple declaración del vendedor.

Un tercer y último supuesto de resolución extrajudicial proviene del reconocimiento por los tribunales franceses de la denominada “ruptura unilateral del contrato”. Se trata de casos en los que una de las partes del contrato ha

después de calificar la resolución por incumplimiento del artículo 1184 francés como judicial, en el sentido de que es el juez quien crea y aplica la resolución del contrato, admite que la resolución del contrato por incumplimiento sea obra de la voluntad de las partes. Según afirma este autor, el artículo 1184 del *CC* francés no se opone al reconocimiento de una resolución “convencional” que tenga los mismos efectos que la resolución judicial, siempre y cuando la resolución proceda de un incumplimiento anterior y suficiente (de forma que, de haber sido demandada, el juez la habría declarado), y siempre que haya sido lealmente consentida por las partes. Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, imprime rie Générale de ch. Lahure, 1877, vol. XXV: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome II, N° 514 y 517 bis y 518.

¹⁶⁰ No se trata de una cuestión que afecta al interés general o al orden público. Si el deudor se allana extrajudicialmente a la pretensión del acreedor, no existe ningún interés en acudir al proceso, teniendo en cuenta los costes en tiempo y dinero que ello supone. Véase SAN MIGUEL (n. 49), pp. 341-342.

incumplido gravemente sus obligaciones y en los que el mantenimiento del contrato supondría un grave perjuicio para la otra parte. Originariamente, esta posibilidad se admitió en casos en los que un empleado había cometido un incumplimiento de tal entidad que se consideraba injustificado que el empleador no pudiera despedirlo y tuviera que esperar a una sentencia judicial. De ahí, se ha ampliado a otros contratos, así como a los supuestos en los que una de las partes del contrato ha declarado su negativa a cumplir¹⁶¹. En todos estos casos, el acreedor que procede a la ruptura unilateral del contrato actúa a su propio riesgo, pues se expone a que, con posterioridad, los tribunales consideren que no existía un incumplimiento suficiente que justificase la resolución declarada por él.

En los tres supuestos mencionados se considera que, dadas las circunstancias, no es necesario proteger al deudor frente a un posible ejercicio abusivo de la resolución por parte del acreedor.

B. El modelo de resolución mediante declaración unilateral: la resolución en el Derecho alemán

El otro modelo al que se hace referencia como alternativa al modelo judicial se caracteriza porque la resolución del contrato se produce fuera del proceso, por simple declaración de voluntad del acreedor perjudicado por el incumplimiento. Como paradigma de este tipo de resolución, los comparatistas suelen citar el Derecho alemán¹⁶². Sabido es que el *Código Civil* alemán fue objeto de una importantísima reforma en materia de obligaciones que tuvo lugar en 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002, pero ya en su redacción originaria de 1896, el *BGB* era representativo de esta modalidad de resolución.

El § 349 *BGB*, que se ha mantenido tras la reforma, considera la resolución como el ejercicio de un derecho de configuración jurídica del acreedor que se lleva a cabo mediante una declaración de voluntad dirigida al deudor. Se trata de una declaración de voluntad que produce sus efectos cuando llega al destinatario y que tiene carácter irrevocable. Una vez que la declaración de resolución ha llegado al deudor, no hay *ius variandi* posible¹⁶³.

El § 349 *BGB* se limita a exponer cómo opera la resolución, pero no establece cuándo puede declarar la resolución el acreedor. Esto último se

¹⁶¹ TREITEL (n. 8), N° 244.

¹⁶² TREITEL (n. 8), p. 327. En España, se refieren a esta otra forma de concebir la resolución ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), p. 46 y de forma más detallada, SAN MIGUEL (n. 49), p. 43 y ss.

¹⁶³ § 349. Declaración de la resolución: “La resolución se produce con la declaración frente a la otra parte”. Todas las citas del *Código Civil* alemán, provienen de Albert LAMARCA MARQUÈS (dir), *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código civil*, Barcelona, Bosch, 2008.

determina en atención al tipo de incumplimiento, y es relevante a la hora de comprender el diseño de este modelo, en el que es el acreedor quien pone fin al contrato sin que haya un control judicial previo. El mecanismo de protección al deudor que supone la intervención judicial se sustituye por otro mecanismo cuando es el acreedor quien unilateralmente declara la resolución. Sobre este punto, la reforma del Derecho de Obligaciones alemán ha dado un importante giro.

a. Antes de la reforma de 2001

En la versión inicial del *BGB*, no existía un concepto unitario de incumplimiento, sino que éste giraba en torno a dos manifestaciones: la imposibilidad (*Unmöglichkeit*) y la mora (*Verzug*). En los casos de imposibilidad, sólo se admitía la resolución por incumplimiento (*Rücktritt*), cuando dicha imposibilidad era imputable al deudor (*vom Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden*)¹⁶⁴, en cuyo caso, producida la imposibilidad, el acreedor disponía inmediatamente del derecho a resolver el contrato (*Rücktrittsrecht*)¹⁶⁵. La doctrina alemana amplió la aplicación de las normas de la imposibilidad a los denominados negocios a fecha fija absolutos¹⁶⁶.

En la otra manifestación del incumplimiento contemplada en el *BGB*, la mora –definida como retraso imputable–, el acreedor no podía, por regla general, proceder de modo directo a declarar la resolución del contrato (§ 326 *BGB* antiguo). Para que el acreedor pudiera declarar la resolución por incumplimiento, previamente tenía que realizar un requerimiento de cumplimiento al deudor otorgándole un plazo para cumplir, acompañado de una amenaza

¹⁶⁴ Cuando la prestación de una de las partes devenía imposible por una circunstancia que no era imputable ni al deudor ni al acreedor (*nicht zu vertretendes Unmöglichwerden*), el deudor quedaba liberado de su deber de prestación (§ 275 (1) antiguo) y perdía la pretensión a la contraprestación (§ 323 antiguo). Se producía una desvinculación contractual que la doctrina denominó *ipso iure Auflösung*.

¹⁶⁵ Junto a la resolución, el acreedor perjudicado por la imposibilidad disponía de otros remedios de los que podía valerse. Así, conforme al antiguo § 325, podía optar entre: (1) mantener el contrato y solicitar una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento (*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*); (2) declarar la resolución del contrato (*Rücktritt*) y provocar los efectos restitutorios de la resolución (previstos en los antiguos §§ 346 a 348); (3) invocar la extinción del derecho del deudor a exigir la contraprestación conforme a lo previsto en el antiguo § 323 (1) del *BGB*, que tiene unos efectos distintos a los de la resolución, pues las restituciones que puedan surgir se rigen por las reglas del enriquecimiento injusto (§§ 812 y ss) y (4) reclamar el *commodum* sustitutivo del § 281.

¹⁶⁶ Más detalles en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 207-210.

de rechazar el cumplimiento¹⁶⁷. El acreedor sólo podía resolver el contrato cuando transcurría dicho plazo adicional sin que el deudor hubiera ejecutado su prestación, aunque también podía optar por exigir una indemnización de daños y perjuicios (ambos remedios eran incompatibles). La resolución se producía con la declaración del acreedor dirigida al deudor¹⁶⁸.

El sistema descrito, si bien permite al acreedor resolver unilateralmente el contrato, también ofrece cierta protección al deudor. En primer lugar, le permite disfrutar de un plazo “adicional” para cumplir y, en segundo lugar, tiene la certeza de que, una vez que el plazo ha transcurrido infructuosamente, el acreedor no le va a poder exigir el cumplimiento (optará entre la resolución y la indemnización de daños y perjuicios)¹⁶⁹.

Esta última ventaja de la que disfrutaba el deudor parece excesiva y no es contemplada por otros sistemas jurídicos que acogen este modelo de resolución¹⁷⁰. Así, el *Código Civil* austriaco (*ABGB*), en su artículo 918, no dice que el acreedor pierda la pretensión de cumplimiento, y el *CO* suizo, en su artículo 107, en forma expresa declara que, transcurrido infructuosamente el plazo adicional otorgado por el acreedor para que el deudor cumpla, el acreedor todavía dispone de la opción de reclamar el cumplimiento o de resolver el contrato. Esto significa que el acreedor puede exigir el cumplimiento tardío, pero que no está obligado a aceptarlo.

b. Después de la reforma de 2001

La nueva regulación de la resolución por incumplimiento sigue acogiendo la modalidad de la resolución mediante declaración unilateral del acreedor –se mantiene inalterado el § 349 del *BGB*–, pero las diferencias con el texto de 1896 son notables.

¹⁶⁷ Véase SAN MIGUEL (n. 49), pp. 455-457.

¹⁶⁸ La regla general en los casos de mora conoce dos tipos de excepciones, en las que se le permite al acreedor acudir a la resolución sin necesidad de conceder previamente un plazo adicional al deudor. La primera excepción estaba prevista en el § 326 (2); se trataba de supuestos en los que como consecuencia de la mora, el acreedor ya no tenía interés en el cumplimiento. Más detalles en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 204-207 y 457-458). La segunda excepción se encontraba en el § 361, que regulaba los denominados negocios a fecha fija relativos (*relative Fixgeschäfte*). Más detalles en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 203-207.

¹⁶⁹ Transcurrido el plazo adicional otorgado por el acreedor, se extingue la pretensión de cumplimiento de éste y también la pretensión a la contraprestación de la otra parte. La relación obligatoria se transforma en una situación de pendencia hasta que el acreedor decida cuál de los dos remedios (resolución o indemnización) elige.

¹⁷⁰ Véase TREITEL (n. 9), N° 245.

En la nueva redacción del *BGB* se siguen regulando de forma separada la resolución por incumplimiento en los casos en los que todavía es posible cumplir y la resolución por incumplimiento en caso de imposibilidad. El nuevo § 323, bajo la rúbrica “resolución por incumplimiento de la prestación o por falta de cumplimiento según contrato” (*Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemä erbrachter Leistung*), es el precepto central de la resolución. Según la nueva regulación de la resolución por incumplimiento, como regla general, el acreedor puede proceder a declarar la resolución cuando el deudor sigue adeudando la prestación después de que haya transcurrido infructuosamente el plazo adicional para el cumplimiento fijado por el acreedor. A continuación, en el apartado (2) de este mismo precepto se contempla una serie de supuestos en los que el acreedor puede prescindir de fijar un plazo y únicamente tiene que realizar un aviso¹⁷¹.

El régimen de la resolución se completa con el nuevo § 326 del *BGB*, que se ocupa de los casos en los que el deudor queda liberado de su prestación en virtud del nuevo § 275 (bien por imposibilidad, bien por otros motivos), en cuyo caso decae el derecho del deudor a reclamar la contraprestación y el acreedor puede declarar la resolución del contrato conforme a lo previsto en el § 323, sin necesidad de fijar un plazo al deudor (§ 326 (5) del *BGB*).

IV.2. *El ejercicio de la resolución en España y en Chile*

Tanto el *Código Civil* español como el chileno son deudores en este punto del *Código Civil* francés. Ambos códigos se han decantado por el modelo de resolución judicial. Así se desprende claramente del tenor literal de los respectivos preceptos de ambos códigos, como reconoce la doctrina de ambos países¹⁷². Por un lado, el artículo 1124 del *CC* español establece “el tribunal decretará la resolución que se reclame” y, por otro, el artículo 1489 del *CC*

¹⁷¹ Según el § 323 (2): “La fijación de un plazo es innecesaria si: 1. el deudor deniega seria y definitivamente la prestación; 2. el deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la tempestividad de la prestación, o 3. existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución ponderando los intereses de ambas partes”.

¹⁷² ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), p. 220; DíEZ-PICAZO (n. 16), pp. 810-812.

Por si cupiera alguna duda, Florencio García Goyena, refiriéndose al art. 1042 del Proyecto de *CC* de 1851 –cuya redacción es muy similar a la del artículo 1124–, declara: “Aun cuando la condición resolutoria haya sido estipulada formalmente, es necesario acudir a los tribunales, poner en claro la inejecución, examinar sus causas, distinguirlas de un simple retardo; y en el examen de estas causas puede haberlas tan favorables, que el juez se vea forzado por la equidad para conceder un plazo (...)”. GARCÍA GOYENA (n. 22), p. 561.

Para Chile, PEÑAILILLO (n. 43), 415, afirma que así lo sostiene la doctrina ampliamente dominante y la jurisprudencia, p. 415; BARCIA LEHMANN (n. 27), p. 65 y BARROS (n. 6), p. 424.

chileno declara que el contratante perjudicado por el incumplimiento “podrá (...) pedir”, lo cual implica que la resolución la declara el juez.

A. Peculiaridades de la resolución judicial en Derecho español y chileno

A pesar de la clara inspiración francesa de ambos textos, tanto el Derecho chileno como el español presentan importantes diferencias respecto al diseño francés de resolución judicial.

a. El *ius variandi* del acreedor

En el caso español, la principal diferencia estriba en el hecho de que el denominado *ius variandi*, que aparece en el modelo francés reconocido con amplitud, en el texto español es un *ius variandi* limitado. Sólo se admite un cambio de pretensión cuando inicialmente el acreedor ha exigido el cumplimiento y éste deviene imposible¹⁷³; en ese caso, el acreedor puede optar por exigir la resolución. En cambio, si inicialmente ha optado por demandar la resolución, no puede después pretender el cumplimiento¹⁷⁴. Ahora bien, si la otra parte se opone a la resolución, el perjudicado puede pretender el cumplimiento del contrato¹⁷⁵.

Por su parte, el *Código Civil* chileno no establece nada respecto a la posibilidad de un *ius variandi*. Esto no ha impedido a la doctrina admitir este derecho, pero la cuestión no ha quedado resuelta respecto al alcance que debe tener (véase supra II.2.A). Así, hay autores que defienden un *ius variandi* muy amplio¹⁷⁶, o bastante amplio¹⁷⁷ y algunos que únicamente se pronuncian para el caso en el que se ha optado por el cumplimiento y éste no ha tenido lugar¹⁷⁸.

b. La oferta de cumplimiento del deudor una vez presentada la demanda de resolución

Comenzando por el Derecho español, aunque el *Código Civil* no lo establezca expresamente, presentada la demanda de resolución, el deudor no tiene

¹⁷³ Según la STS de 18 de mayo de 1993, en *RJ*, 1993, p. 3.564, esta imposibilidad no se ha de entender en sentido absoluto.

¹⁷⁴ DÍEZ-PICAZO (n. 16), p. 809.

¹⁷⁵ SAN MIGUEL (n. 49), pp. 403-405.

¹⁷⁶ FUEYO LANERI (n. 28), pp. 320-321; PEÑAILILLO (n. 43), pp. 432-433.

¹⁷⁷ ELGUETA ANGUITA (50), pp. 76-77.

¹⁷⁸ Rodrigo Barcia Lehmann admite el recurso a la resolución cuando el cumplimiento ha resultado imposible o inconveniente. BARCIA LEHMMAN (n. 27), p. 70. BARROS sólo se refiere al caso en el que inicialmente se ha optado por el cumplimiento y con posterioridad se opta por la resolución, al no materializarse el cumplimiento. BARROS (n. 6), p. 408.

derecho a cumplir. Una vez que el acreedor ha presentado una demanda solicitando la resolución del contrato, el deudor no puede enervar la acción resolutoria ofreciendo el cumplimiento, a no ser que una norma especial se lo permita. Cosa distinta es que, en determinados casos, los tribunales tengan en cuenta el ofrecimiento de cumplimiento realizado por el deudor con posterioridad a la presentación de la demanda para valorar la trascendencia del incumplimiento¹⁷⁹.

Pasando al Derecho chileno, sobre este punto el legislador tampoco se pronunció. Como reconoce Fernando Fueyo Laneri, la doctrina y jurisprudencia chilenas, casi con total unanimidad, han admitido que el deudor que se enfrenta a una demanda de resolución pueda cumplir durante el juicio y evitar la resolución tanto en primera instancia (antes de la citación para oír sentencia) como en segunda instancia (antes de la vista de la causa), dentro de los límites procesales del artículo 310 del *Código de Procedimiento Civil* chileno¹⁸⁰. Sin embargo, en los últimos tiempos esta solución se ha revisado. Augusto Elgueta, en una monografía sobre el tema, realiza un interesante estudio en el que demuestra que una interpretación de este tipo es contraria a lo previsto en el artículo 1489 del *CC* chileno, que otorga al acreedor la opción por la resolución, pues se estaría permitiendo al deudor impedir la resolución hasta el último momento del proceso. Por el contrario, sostiene que hay que entender que el artículo 310 del *CPC* chileno únicamente establece que la excepción de pago puede oponerse en cualquier momento del juicio, que no es lo mismo que decir que se puede pagar en cualquier momento del juicio, sino que únicamente significa que si el deudor había pagado antes de la interposición de la demanda en la que se solicita la resolución, puede oponer la excepción de pago durante todo el litigio. Esta interpretación permite afirmar que el deudor no puede enervar la acción resolutoria ofreciendo el pago, la sentencia judicial es, pues, declarativa de la resolución ejercitada por el acreedor en su demanda¹⁸¹.

¹⁷⁹ SAN MIGUEL (n. 49), pp. 324 y 516.

En otros ordenamientos, se declara en términos expuestos la imposibilidad de que el deudor cumpla una vez presentada la demanda de resolución. Así, el artículo 1453 del *CC* italiano establece expresamente que desde la fecha de la demanda el deudor no puede cumplir; y el artículo 6:269 del *CC* holandés declara que el ofrecimiento de cumplimiento realizado por el deudor, una vez interpuesta la demanda de resolución, no tiene efecto si se declara la resolución.

¹⁸⁰ FUEYO LANERI (28), pp. 317-318. También se refiere a la opinión dominante y la comparte, BARCIA LEHMANN (n. 27), pp. 65-66.

¹⁸¹ ELGUETA ANGUITA (n. 50), especialmente, p. 97 y ss. Le sigue PEÑAILILLO (n. 43), pp. 416-418. A favor de esta solución: BARROS (n. 6), pp. 425-426 y VIDAL OLIVARES (n. 28), pp. 353-355. Sin llegar tan lejos, Fernando Fueyo Laneri, que en principio acogía la solución mayoritaria, hoy sostiene

c. El poder de apreciación del juez y la concesión de un plazo adicional al deudor

Por lo que respecta a la posibilidad de que el juez otorgue un plazo adicional al deudor, el *Código Civil* francés parece otorgar al juez plena discrecionalidad para decidir si procede la concesión de un plazo de gracia al deudor. Sin embargo, el *Código Civil* español limita el poder del juez y exige que existan “causas justificadas” que le autoricen a señalar un plazo al deudor para que cumpla. Aunque la norma francesa permite al juez tomar en consideración todo tipo de circunstancias, en su origen responde a razones humanitarias y trata de dar una última oportunidad de cumplir a los deudores que han sufrido circunstancias desgraciadas, es decir, aquéllos cuyo incumplimiento no era voluntario¹⁸². Algo muy similar sucede en el caso español, que, más explícitamente, exige al juez que valore si en el caso concreto existen causas justificadas para dar una oportunidad al deudor de cumplir y evitar la resolución.

A partir de aquí, hay autores que han querido ver una semejanza entre esta facultad reconocida al juez para que otorgue al deudor una última oportunidad de cumplir y la figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla antes de disponer del remedio resolutorio¹⁸³.

En el caso del *Código Civil* chileno la situación es muy diferente. El artículo 1489, a pesar de reconocer al juez el poder de apreciar la existencia de incumplimiento, no le reconoce la facultad de otorgar al deudor un plazo adicional¹⁸⁴. Y no sólo eso, sino que el artículo 1494 niega expresamente al juez la posibilidad de otorgar un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, salvo en aquellos casos excepcionales en los que una ley se lo permita. Sobre este punto no hay discusión.

B. La evolución del ordenamiento español:
el tránsito a una resolución mediante declaración unilateral

Lo más destacable del modelo de resolución español no está en el diseño que hizo el legislador de la resolución por incumplimiento, sino en la evolución

que puede dar lugar a soluciones injustas y defiende que todo ofrecimiento de pago retrasado debe ser examinado por el juez, que puede aceptarlo o rechazarlo. FUEYO LANERI (n. 28), p. 319.

¹⁸² DÍEZ-PICAZO (n. 16), p. 869.

¹⁸³ DÍEZ-PICAZO (n. 16), pp. 870-871. Quizá la mayor similitud entre el plazo adicional previsto en muchos ordenamientos y el Derecho español la encontremos en la práctica habitual en las compraventas de bienes inmuebles y el pacto de *lex commissoria* previsto en el artículo 1504 del *CC*, véase SAN MIGUEL (n. 49), p. 441 y ss.

¹⁸⁴ Lo mismo sucede en el diseño de la resolución judicial prevista en el artículo 1453 del *CC* italiano de 1942.

que ha sufrido dicho diseño por obra de la jurisprudencia y de la doctrina española. Ya en los años sesenta del siglo xx, el profesor Federico de Castro ponía de relieve que a pesar de la enorme similitud que existía entre el artículo 1124 del *CC* español y el artículo 1184 del *CC* francés, el TS español había interpretado el precepto de la resolución de forma más amplia, llegando a admitir la resolución sin intervención judicial¹⁸⁵.

El denominado debilitamiento del carácter judicial de la resolución por incumplimiento no se contempla en el Derecho español sólo para casos especiales, como sucede en el Derecho francés (véase supra IV.1.A.c), sino que la posibilidad de una resolución al margen del proceso judicial se plantea como una alternativa al ejercicio judicial de dicha resolución¹⁸⁶. Así, se afirma que la resolución por incumplimiento puede tener lugar mediante una declaración unilateral del acreedor dirigida a la otra parte. Este paso ha sido obra de la jurisprudencia¹⁸⁷, pues, en este punto, hasta hace muy poco, la doctrina prácticamente se ha limitado a recoger los avances de la jurisprudencia¹⁸⁸. Esto significa que, en Derecho español, es posible ejercitar la resolución por incumplimiento mediante una declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los tribunales, que habrán de declarar, en definitiva, que la resolución está bien hecha o que, por el contrario, no se ajusta a derecho. Por tanto, la resolución tiene lugar y produce sus efectos cuando el acreedor se hace la comunicación al deudor.

Como la superación del modelo judicial de resolución en España se ha llevado a cabo por los operadores jurídicos sin que haya ido acompañada de

¹⁸⁵ Federico de CASTRO Y BRAVO, “Rapport sur les sanctions attachées à l’inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial. Schéma sur le droit espagnol”, dans *Travaux de l’Association Henri Capitant*, tome xvii, Paris, 1964, pp. 99-100 (p. 95). Vicente Montés Penadés afirma: “cierto es que en la literalidad del art. 1124, a diferencia de lo que ocurre en los derechos francés e italiano, y a semejanza de lo dispuesto en el BGB, no exige demanda judicial”. MONTÉS PENADÉS (n. 156), pp. 1.198 y 1.224.

¹⁸⁶ Díez-PICAZO (n. 16), p. 813, se refiere a la “matización sobre el carácter necesariamente judicial”; MONTÉS PENADÉS (n. 156), p. 1.197, n. 25: “debilitamiento del carácter judicial de la resolución”; CLEMENTE MEORO (n. 26), N° 60.

¹⁸⁷ Díez-PICAZO (n. 16), p. 813; CLEMENTE MEORO (n. 26), N° 61.

Efectivamente, desde muy temprano, encontramos pronunciamientos del TS que admiten una resolución mediante declaración unilateral del acreedor dirigida al deudor. Como muestra se puede citar: STS de 24 de octubre de 1941, en *RJ*, 1941, p. 1.091; STS de 28 de enero de 1943, en *RJ*, 1943, p. 121 y todas las sentencias que han seguido esta línea. Véase SAN MIGUEL (n. 49), pp. 359-362.

¹⁸⁸ Por todos, PANTALEÓN (26), p. 1.731; CLEMENTE MEORO (n. 26), N° 62 y SAN MIGUEL (n. 49), p. 302 y ss.

una modificación de los textos legales sobre la materia, la nueva modalidad de ejercicio de la resolución no tiene expresamente arbitrados los pasos que debe seguir el acreedor que pretende declarar la resolución¹⁸⁹. El principal escollo que presenta la falta de previsión legal de esta modalidad de resolución es que, en ella, es el propio acreedor que toma la iniciativa de declarar unilateralmente la resolución el que valora el incumplimiento y el que decide si éste reúne las cualidades necesarias para acudir al remedio resolutorio. Este hecho provoca dos efectos negativos que están íntimamente relacionados: por un lado, el deudor se puede encontrar con un ejercicio abusivo del remedio resolutorio por parte del acreedor y, por otro lado, el acreedor que declara la resolución asume los riesgos de que el tribunal estime, en un proceso posterior, que la declaración de resolución no se ajustaba a derecho. Para evitar esto, es necesario determinar cómo queda protegido en estos casos el interés del deudor. Se deben establecer claramente qué pasos debe seguir el acreedor que decide resolver el contrato, ante el incumplimiento de la otra parte: si es o no necesario que le comunique su voluntad al deudor, y en caso de que así sea, si ha de hacerlo de una forma concreta; si antes de la declaración de resolución tiene que dar al deudor una última oportunidad de cumplir, o, finalmente, si tiene alguna trascendencia en la eficacia de la resolución el hecho de que el deudor no reconozca su incumplimiento o estime que no es causa de resolución¹⁹⁰.

IV.3. La elección de un modelo y su desarrollo legislativo

En definitiva, es evidente que ambos modelos presentan ventajas y desventajas. El modelo judicial de resolución proporciona la ventaja de la verificación judicial de su procedencia. Sin embargo, para que resulte eficiente es necesario que el sistema judicial sea ágil; de no ser así, la constatación judicial de la resolución resulta excesivamente lenta y costosa para el contratante que pretende la resolución.

El modelo extrajudicial de resolución, que sin duda es más rápido y, en principio, menos costoso, también presenta riesgos, pues el contratante que ejercita la resolución asume el riesgo de que posteriormente se declare infundada la resolución que practicó y se le condene a indemnizar los daños y perjuicios que este hecho ha provocado¹⁹¹.

¹⁸⁹ ÁLVAREZ VIGARAY (n. 13), p. 260 y SAN MIGUEL (n. 49), p. 367.

¹⁹⁰ Un intento de perfilar las características de la resolución mediante declaración del acreedor en Derecho español, en SAN MIGUEL (n. 49), pp. 369-514.

¹⁹¹ Enrique Barros sostiene que la resolución judicial resulta costosa en recursos y tiempo, además de llevar consigo los riesgos de un error procesal o judicial. Por su parte, en la resolución extrajudicial el riesgo radica en que el acreedor la ejerza de forma abusiva. BARROS (n. 6), p. 423.

Es importante hacer hincapié en que, en ambos modelos, resulta conveniente que el legislador especifique cuándo se está en presencia de un incumplimiento resolutorio, es decir, cuándo y bajo qué condiciones procede declarar la resolución; en el caso del modelo judicial, hasta ahora el legislador no lo había hecho, dejándolo a la apreciación judicial (véase *supra*, III).

Lo cierto es que el legislador tiene que optar por uno de ellos o, bien, por los dos, diseñar correctamente el sistema. Parece que la tendencia es a adoptar el modelo de resolución mediante declaración unilateral¹⁹². En el moderno Derecho de Contratos, la preeminencia de la resolución mediante declaración unilateral del acreedor es evidente. Así, la CISG declara en el artículo 26 que “la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”. Por su parte, los Principios UNIDROIT declaran en el artículo 7.3.2 (1): “(e)l derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercitará mediante comunicación a la otra parte”. En términos muy similares, los PECL establecen que el derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita a través de una comunicación a la otra parte [art. 9:303 (1)]. Como no podía ser de otra manera, el DCFR sigue la línea marcada por los textos mencionados (III.-3:507).

En el caso de España, parece evidente que los pasos dados hacia el reconocimiento de una resolución mediante declaración unilateral del acreedor son decisivos y que no hay marcha atrás. El principal escollo que encuentra hoy esta modalidad de resolución es su falta de previsión legal. De hecho, la PM claramente se decanta por esta modalidad de resolución. Así, su artículo 1199 establece: “la facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte”¹⁹³.

¹⁹² En el ámbito chileno, es interesante resaltar que Fernando Fueyo L. reconoce que hay muchas legislaciones que han optado por la resolución extrajudicial y que, incluso, algunos códigos tradicionales, que ni siquiera han sido reformados, admiten esta modalidad de resolución, refiriéndose expresamente al Derecho español. FUEYO LANERI (n. 28), p. 323 y ss., especialmente, pp. 327-331.

De forma más incisiva, Enrique Barros expone que la tendencia actual es a someter la resolución a requisitos elementales desde el punto de vista formal, favoreciendo un procedimiento rápido para el acreedor. Con corrección, expone que la cuestión definitiva reside en si se estima justo y eficiente que sea el acreedor quien tenga la carga de acudir a juicio para hacer valer la resolución. Si se reconoce que el acreedor puede declarar unilateralmente la resolución por incumplimiento, será el deudor quien deba acudir a los tribunales para reclamar el cumplimiento y la indemnización por ejercicio abusivo del remedio resolutorio. En cambio, si se establece que sea el acreedor quien inicie el juicio, obtendrá la sentencia cuando su interés contractual esté agotado y probablemente haya asumido el costo de obtener de un tercero su satisfacción. BARROS (n. 6), p. 420 y pp. 423-424.

¹⁹³ No obstante, no parece descartarse una resolución judicial, puesto que en los preceptos relativos a los efectos de la resolución, se hace referencia a la acción resolutoria (art. 1202 del CC).

En Derecho chileno, en cambio, parece que se ha optado por mantener el sistema de resolución judicial. Son muy escasas las voces que se muestran claramente partidarias de abandonarlo y optar por una resolución mediante declaración unilateral del acreedor. Un claro defensor de la resolución mediante declaración extrajudicial es el profesor Enrique Barros, quien advierte de la urgente necesidad de repensar la cuestión en Derecho chileno¹⁹⁴. Según este autor, el artículo 1489 del *CC* chileno admite una lectura conforme a la cual el remedio resolutorio del que dispone el acreedor sólo da lugar a un procedimiento contencioso si es discutida por el deudor¹⁹⁵.

Aun así, el sistema de resolución judicial puede ser un sistema apropiado, siempre y cuando las cuestiones más relevantes de este modelo queden claramente resueltas. Si se mantiene el modelo de resolución judicial en Chile, es importante que, al revisar su regulación, se aclaren puntos esenciales de este sistema de resolución. Me refiero a que quede claramente establecido que la sentencia es meramente declarativa de la resolución ejercitada por el acreedor con la demanda; ya he tenido ocasión de defender que la solución más razonable es prever un *ius variandi* limitado a los casos en los que el acreedor inicialmente ha optado por exigir el cumplimiento y no lo recibe. Igualmente, sería muy positivo que, dada la falta de unanimidad en la doctrina, la legislación chilena sobre resolución por incumplimiento estableciera de forma expresa que no es posible enervar la acción resolutoria una vez que el deudor ha recibido la notificación de la demanda. La excepción de pago sólo debe operar respecto al pago de la deuda que fue anterior a la notificación de la demanda¹⁹⁶.

Con esta conclusión espero haber cumplido con el objetivo inicial de este trabajo, reflexionar sobre el papel que le corresponde a la resolución por incumplimiento como remedio del acreedor y qué líneas sería conveniente seguir si, en un futuro no muy lejano, los legisladores español y chileno decidieran modernizar los códigos civiles en esta materia. He planteado las principales cuestiones que tiene que resolver el legislador que se enfrente a la revisión de unos textos decimonónicos para adaptarlos a las nuevas necesidades del tráfico.

¹⁹⁴ Este autor pone de manifiesto que la resolución judicial, según ha sido interpretada en Derecho chileno, coloca al acreedor en una situación de completa asimetría respecto al deudor, puesto que las ventajas de la resolución frente a la pretensión indemnizatoria se desvanecen en el sistema judicial de resolución, sobre todo porque las normas procesales tampoco permiten obtener pronunciamientos de urgencia, en forma de medidas cautelares anticipatorias (BARROS, p. 424).

¹⁹⁵ BARROS (n. 6), pp. 425-426.

¹⁹⁶ ELGUETA ANGUITA (n. 50), p. 121.

EL INCUMPLIMIENTO QUE FACULTA A RESOLVER EL CONTRATO A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES DEL *CÓDIGO CIVIL*

Claudia Mejías Alonzo*

I. INTRODUCCIÓN

La facultad de resolver el contrato se encuentra prevista en el artículo 1489 de nuestro *Código Civil*. La referida disposición confiere al acreedor lesionado, por el incumplimiento, una opción: demandar la ejecución forzada del contrato o su resolución; en ambos casos le asiste, además, el derecho a ser indemnizado de los perjuicios.

A pesar de la ubicación de esta disposición, a propósito de una clase de obligaciones, las condicionales, se advierte consenso en la doctrina en considerar que no estamos en presencia de una verdadera condición sino ante un efecto que produce el incumplimiento¹. No existe consenso, en cambio, al momento de precisar en qué casos de incumplimiento operaría la facultad resolutoria. Es posible sí advertir, en la doctrina nacional y comparada, la tendencia a apreciar esta dificultad tratándose de cumplimientos defectuosos

* Profesora de Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Chile.

¹ Si bien tradicionalmente nuestra doctrina ha situado el estudio de esta facultad dentro de las condiciones resolutorias ha hecho presente las peculiaridades de esta “condición” que las aleja de las de su género. La doctrina, más moderna, derechamente pone énfasis en que no estamos en presencia de una verdadera condición sino ante una facultad más que detenta el acreedor lesionado. Las principales diferencias que se han esbozado se relacionan con su origen, la forma en que opera, la opción que concede, a los elementos del contrato [art. 1444], forma en que produce sus efectos, posibilidad de demandar junta con una indemnización de perjuicios, no es posible elevar a verdadera condición el incumplimiento. Sobre el particular véase: Luis CLARO SOLAR, “Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio (notas para alegar)”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, vol. VII, Santiago, 1911, p. 184 y ss.; Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Teoría de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 198-199; Jorge GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, Reus, 1928, vol. IV, pp. 209-210; Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Editorial Civitas, 2008, vol. II, p. 811 y ss.; Mario CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998, p. 40 y ss.

(ya sea en cuanto al tiempo, forma o cantidad), ya que en las hipótesis de no cumplimiento *per se* se estiman que revisten la entidad suficiente para conferir esta facultad.

El vacío que es posible advertir en la regulación de la resolución por incumplimiento, al no precisar en qué casos es procedente, puede ser colmado de diversas maneras. Por nuestra parte, creemos que son de especial utilidad las propias normas del *Código Civil* que reglan supuestos particulares de resolución, ubicadas principalmente a propósito de los contratos en particular, que nos permiten enunciar tres criterios que facilitarán, al operador jurídico, precisar en qué casos el incumplimiento es resolutorio, es decir, que reúne la entidad necesaria para hacer procedente la resolución: la voluntad expresa o implícita de las partes, las consecuencias del incumplimiento y la pérdida de confianza del acreedor. Previo a ello, nos parece de utilidad pasar revista a los principales criterios que hasta ahora a proporcionado nuestra doctrina

II. EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO EN LA DOCTRINA NACIONAL

La doctrina nacional, de manera similar a lo que acontece con la doctrina extranjera², ha proporcionado una serie de criterios que, en principio, permi-

² Sobre el particular y a modo de síntesis en lo que respecta a la doctrina italiana, española, francesa y de *Common Law* podemos afirmar que las principales líneas de discusión son:

a) En la doctrina italiana, ésta se ha centrado en precisar la solución que proporciona el artículo 1455 de su *CC* según el cual no se puede resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra, norma que permite integrar lo dispuesto por el artículo 1453 que consagra la facultad resolutoria. En la determinación del incumplimiento resolutorio la ha empleado criterios subjetivos y objetivos. Conforme a los primeros, la gravedad del incumplimiento se determina en consideración a la presumible voluntad de las partes y a los intereses y valores de carácter subjetivo. Conforme a un criterio objetivo se afirma la necesidad de valorar su entidad objetivamente, en vistas a su repercusión en el equilibrio de la prestación y en el interés del acreedor. No obstante estas oscilaciones, en la actualidad hay consenso en la doctrina en estimar que debe prevalecer un criterio objetivo.

La jurisprudencia italiana, por su parte, ha empleado tanto criterios objetivos y subjetivos como un criterio que fusiona a ambos, a partir de la buena fe objetiva, para precisar el contenido del artículo 1455 sin que pueda advertirse consenso al respecto. Sobre el particular véase Angelo LUMINOSO, “Risoluzione per inadempimento”, in Antonio SCIOLOJA e Giuseppe BRANCA, *Commentario del Codice civile Scioleja-Branca*, Roma, Zanichelli editore, 1990, vol. IV: *Obbligazioni*, arts. 1453-1454; María Giovanna, CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995; Giorgio BIANCHI, *Rescissione e risoluzione del contratti* [con riferimenti al diritto civile del XXI secolo], Milano, Cedam, 2003; Luigui MOSCO, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, DUX, 1950.

ten precisar qué incumplimiento es resolutorio. Sin embargo, como se verá a continuación, un análisis más profundo de ellos permite advertir su difícil apli-

b) En la doctrina española. El artículo 1124 del *CC* prevé la facultad resolutoria para el caso “de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”. La tarea de la doctrina ha sido dilucidar el alcance de esta expresión para determinar la procedencia de la resolución, partiendo de la premisa de que el remedio resolutorio es excepcional en pos de la conservación del contrato. Los criterios que se han empleado, para definir el incumplimiento resolutorio, han sido extraídos de la evolución jurisprudencial en esta materia y que en líneas generales podemos sintetizar en los siguientes: a’) Distinguir entre obligaciones principales o accesorias. b’) La voluntad deliberadamente rebelde del deudor y el hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento. c’) El mero retraso no constituye incumplimiento, diferenciándolo de la mora como verdadero y propio incumplimiento. d’) La gravedad del incumplimiento. Criterio que ha sido empleado por el TS. primordialmente de forma objetiva. e’) Incumplimiento esencial, es decir, aquel que no permite al contratante obtener aquello que se le debía, alcanzar la finalidad perseguida por el contrato o su finalidad o fin económico y social. En esta noción destaca la vinculación que, en los últimos años, ha realizado el TS. entre el artículo 1124 del *CC* español y la regulación contenida en la *CVCIM*, en particular su artículo 25, al punto de afirmar que esta disposición permite integrar el artículo 1124. Ello además, es recogido en el artículo 1199 de la reciente propuesta de modernización del *Código Civil* en materia de obligaciones y contratos. Sobre el particular véase CLEMENTE MEORO (n. 1); Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Los incumplimientos resolutorios*, Navarra, Civitas, 2005.

c) La doctrina y jurisprudencia francesa consideran que la resolución no procede frente a cualquier incumplimiento, a pesar de que el artículo 1184 del *CC* francés prevé esta facultad para que el caso de que uno de los contratantes no de cumplimiento a sus compromisos. Tratándose del incumplimiento resolutorio, existe consenso en estimar que en los casos de incumplimiento total y definitivo la gravedad del incumplimiento no reviste ninguna dificultad. La situación es diferente tratándose de los incumplimientos tardíos, parciales o defectuosos, ya que en estos casos la resolución debe conciliarse con el principio de la fuerza obligatoria del contrato, debiendo favorecerse la preservación del vínculo contractual. La mayoría de la doctrina para dotar de contenido a la noción de incumplimiento resolutorio, aprehende de la jurisprudencia las líneas directrices. Cabe sí precisar que ella carece de una definición general de incumplimiento resolutorio. Los principales criterios pueden sintetizarse en los siguientes: a’) Un criterio subjetivo del incumplimiento resolutorio. Conforme a él la resolución procederá en aquellos casos en que el acreedor habría preferido no comprometerse o celebrar el contrato si hubiese previsto el incumplimiento de su deudor. Parte de la doctrina incluye dentro este criterio la supresión de la causa de la obligación del deudor. b’) El incumplimiento grave lo es el incumplimiento de una obligación principal. c’) El criterio de la utilidad económica del contrato. Conforme a él el juez debe apreciar, una vez que ha acaecido el incumplimiento, si la ejecución tardía del contrato es aún útil para el acreedor o, bien, si la parte ejecutada reviste esta utilidad y conforme a ello determinar la procedencia de la resolución. Sobre el particular véase Thomas GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, LGDJ, 2007; François TERRÉ, Simler PHILIPPE, Lequette YVES, *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005; Yves-Marie LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l’inexécution du contract*, Paris, LGDJ, 2004; Christian LARROUMET, *Droit civil*, Paris, Economica, 2007, tome III; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, vol. II.

cación o, bien, su disparidad obstando, en la práctica, a la determinación de la procedencia de la facultad contenida en el artículo 1489³.

d) En el Derecho inglés se le reconoce a la parte lesionada por el incumplimiento el derecho a terminar el contrato en determinados casos: *repudiation*, imposibilidad y falta de cumplimiento sustancial (*substantial failure performance*). Sin embargo, este derecho se funda, en definitiva, en un incumplimiento que es sustancial, que revista la gravedad suficiente. En su determinación la doctrina y jurisprudencia se han centrado en los casos de incumplimiento parcial, si es total ha entendido que es grave.

La doctrina sostiene que la regla general que exige un incumplimiento sustancial admite excepciones. La primera está conformada por la clasificación entre *conditions*, *warranties* e *intermediate terms*. Si el incumplimiento es de una *conditions* la parte lesionada podrá terminar el contrato e, incluso, demandar el resarcimiento de los daños. En cambio, si se produce el incumplimiento de un *warranty* sólo tendrá derecho a demandar el resarcimiento de los daños. Los *intermediate term* son términos cuyo incumplimiento faculta para resolver el contrato siempre que sea lo suficientemente serio, si ello no acontece su incumplimiento sólo dará derecho a demandar el resarcimiento de los daños. La segunda excepción está conformada por aquellos casos en que existe una disposición contractual expresa que prevé que el incumplimiento de una o más obligaciones facultará a la parte lesionada para terminar el contrato. Una tercera excepción mencionada por la doctrina, aunque puede ser subsumida en las anteriores, lo constituye el incumplimiento de un término esencial, es decir, si el tiempo es expresamente considerado de la esencia del contrato o, bien, si por las circunstancias en que el contrato ha sido celebrado o la naturaleza de su objeto, el plazo fijado deba ser estrictamente respetado.

En el Derecho estadounidense, a diferencia del Derecho inglés, el incumplimiento grave sólo confiere a la parte lesionada el derecho a suspender la ejecución de la prestación, el derecho a terminar el contrato estará disponible en el evento que el incumplimiento no haya sido subsanado. Sobre el particular véase Edwin PEEL, *Treitel The Law of contract*, London, Sweet & Maxwell, 2007; Stephen SMITH, *Atiyah's introduction to the Law of Contract*, New York, Clarendon Press, Oxford, 2005; Jack BEATSON, *Anson's law of contract*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

³ Por nuestra parte creemos que el único requisito de procedencia de la facultad, que confiere el artículo 1489, es un incumplimiento resolutorio. En este sentido véase Claudia MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento que faculta a resolver el contrato* [artículo 1489 del Código civil], en prensa.

La doctrina nacional, en cambio, suele establecer como requisitos la constitución en mora y la imputabilidad del incumplimiento, por todos véase Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones: teoría general y clasificaciones, la resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 388 y ss. Es necesario tener presente que el tratamiento que la doctrina brinda en materia de obligaciones, incumplimiento y sus efectos lo hace sobre la base de un modelo de obligación, aquél en que se basó el legislador decimonónico: la obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto. Modelo de obligación plenamente coherente con las condiciones del tráfico imperante en la época de promulgación del CC, una sociedad principalmente agraria y fabril caracterizada por el intercambio de elementos vinculados con la agricultura, un mercado muy reducido, de bienes escasos y limitado número de operadores. Las actuales condiciones del tráfico han cambiado, nos encontramos frente a un amplio mercado caracterizado por intercambio de bienes en masa, una diversificación de los servicios

Los principales criterios que han sido sostenidos por nuestra doctrina son:

*1. Distinguir entre obligaciones esenciales o principales
y accesorias o secundarias*

Éste es uno de los criterios frecuentemente empleados por nuestra doctrina, distinguir, para determinar la procedencia de la resolución, entre incumplimiento de obligaciones esenciales o principales e incumplimiento de obligaciones secundarias o accesorias, acudiendo para ello a los parámetros que proporciona el legislador en el artículo 1444 del *CC*. La referida disposición preceptúa:

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degeneran en otro diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

que han conllevado a una modificación de la obligación relevante, ya no es una obligación de objeto específico sino la obligación de objeto fungible. Fungibilidad –como afirma Álvaro Vidal Olivares– que puede serlo con relación a la cosa o actividad objeto de la misma y cuya calificación atiende a la función económica de estas obligaciones en el tráfico jurídico. En ellas el interés del acreedor queda satisfecho con cualquier objeto o actividad que coincida con el programa de prestación prometida al constituirse la relación obligatoria; esta fungibilidad denota el carácter sustituible o intercambiable de la cosa o la actividad de la que pende la satisfacción del interés del acreedor. Es desde esta perspectiva que se justifica calificar a la resolución por incumplimiento como la facultad que detenta el acreedor para desvincularse del contrato, una vez que se dé su presupuesto, con la finalidad de poder dirigirse al mercado para buscar la forma más adecuada para satisfacer su interés lesionado –realizando una operación de reemplazo–. Esta facultad de configuración jurídica permite al acreedor, operando como un mecanismo de tutela y protección, optar entre la resolución del contrato o su ejecución forzada, en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios. En este sentido, PEÑAILILLO, *op. cit.*, pp.40-41. Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del código civil sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (edit.), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, LexisNexis, 2007, p. 508 y ss. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (n. 1), p. 72 y ss. CLEMENTE MEORO (n. 1), p. 89 y ss. Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, p. 24 y ss.

A partir de la distinción, que hace la norma, se afirma que sólo la infracción de obligaciones de la esencia y de la naturaleza da lugar a la resolución⁴, privilegiándose la subsistencia del contrato. En cambio, tratándose de la infracción de obligaciones accesorias o secundarias, se sostiene que no procede la resolución si se ha dado cumplimiento a las obligaciones principales, ya que atendida la esencia de esta institución ella sólo tiene lugar ante el incumplimiento de obligaciones que son recíprocas; que constituyen la bilateralidad del contrato, mencionándose como ejemplos: el precio y la cosa en la compraventa, la renta y el goce en el arrendamiento, etcétera⁵.

Un análisis, con mayor detención, de este criterio nos conduce a no compartirlo. Si atendemos a las denominadas obligaciones de la esencia, en las que se afirma siempre la procedencia de la resolución ante su incumplimiento, ellas al tenor del artículo 1444 del *CC* han sido objeto, por parte de la doctrina, de una usual distinción: elementos de la esencia generales y elementos de la esencia particulares⁶. Los primeros son aquéllos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno, vinculándose con sus requisitos de existencia. Por esto necesariamente deben concurrir, pues la resolución presupone un contrato bilateral válidamente celebrado; si no concurren, éste adolecerá de nulidad o será inexistente, dependiendo de la postura que se adopte y el problema se traslada del incumplimiento y sus remedios a uno de eficacia del acto jurídico. Los segundos son aquéllos sin los cuales el contrato degenera en uno diferente; por ejemplo, el caso de la compraventa con relación a las obligaciones de pagar el precio y entregar la cosa. Si entendemos que es el incumplimiento de estas obligaciones el que necesariamente conduce a la resolución, el criterio adoptado no permite dar respuesta adecuada a los casos de cumplimientos imperfectos, ya que se centra sólo en el no cumplimiento de la prestación, de las obligaciones recíprocas y es precisamente respecto de esta clase de incumplimientos donde parece estar centrada la discusión acerca de la entidad del mismo que da lugar a la resolución.

A lo anterior se suman todas aquellas obligaciones que, sin ser esenciales a la luz del artículo 1444, revisten para las partes una real trascendencia y que han sido incorporadas al contrato por la vía de los elementos accidentales; en éstos usualmente está contenido el propósito que las partes pretendieron satisfacer con la celebración y posterior ejecución del contrato. Conforme

⁴ Hernán LARRAÍN RÍOS, *Teoría general de las obligaciones*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2003, p. 86.

⁵ René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983, vol. II, pp. 344-345.

⁶ Por todos, Antonio VODANOVIC, *Manual de derecho civil*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2003, vol. II, pp. 53-54.

al criterio seguido por esta doctrina, su incumplimiento jamás conduciría a la resolución. Sin embargo, podría acontecer que se dé cumplimiento a las obligaciones que al tenor del artículo 1444 del *CC* tienen el carácter de esenciales, mas no lograr satisfacer el interés del acreedor plasmado en los elementos accidentales, por ejemplo, piénsese en un cumplimiento tardío de la prestación de entregar la cosa si se había fijado un plazo, transcurrido el cual la prestación ya no será útil para el acreedor.

Finalmente, tratándose de las obligaciones de la naturaleza, siguiendo los parámetros que proporciona el artículo 1444 del *CC*, serían aquéllas que integran la declaración de voluntad de las partes por la vía del Derecho Supletorio y que permiten precisar el contenido de la obligación del deudor⁷. Conforme al criterio enunciado, su incumplimiento siempre dará lugar a la resolución aun cuando, atendido el objeto del contrato, su incumplimiento no revista la gravedad suficiente para privar al acreedor del interés que aspiraba satisfacer con la ejecución del contrato.

Incluimos también, dentro de esta corriente doctrinal, a aquellos autores que acogen la distinción que proporciona el artículo 1444 del *CC* como norma preponderante dentro de sus argumentos. Así, Pablo Rodríguez Grez, siguiendo en este punto a Enrique Alcalde Rodríguez, ha postulado que para determinar la procedencia de la resolución

“ha de estarse a la determinación del caso concreto, si atendidas las particulares circunstancias, la obligación infringida sea de tal entidad que sea presumible que, sin ella, las partes no habrían contratado”⁸.

Por su parte, Enrique Alcalde Rodríguez plantea evaluar la relación entre las obligaciones correlativas a la luz de la intención o finalidad perseguidas por las partes al tiempo contratar, lo que conduce a la consideración de la causa en cuanto motivo que las partes tuvieron en vistas al momento de asumir las diversas obligaciones que emanan del contrato, principalmente a través de la calificación que éstas puedan haber hecho respecto de la naturaleza o entidad de aquéllas⁹. Para efectos de identificar aquellas obligaciones que

⁷ Cfr. Federico DE CASTRO, *Derecho civil en España*, Madrid, Civitas, 1984, p. 117.

⁸ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, vol. 9, Santiago, 2004, p. 123. El autor señala que en este punto concuerda con Enrique Alcalde Rodríguez y la jurisprudencia en que para efectos de ejercer la acción que nace de la condición resolutoria tácita debe distinguirse entre prestaciones esenciales y prestaciones secundarias, dando lugar sólo la primera a la resolución.

⁹ Cfr. Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, vol. 8, Santiago, 2003, pp. 73-74; Enrique ALCALDE

revisten un carácter principal o secundario, el autor postula distinguir entre contratos nominados e innominados. En los contratos innominados, al no haber previsto el legislador una regulación especial, afirma:

“la determinación de prácticamente la totalidad del contenido negocial queda entregado [sic] al arbitrio de las partes; serán, pues, estas quienes configurarán directamente los elementos que constituyen la materia u objeto del contrato –entre ellos las obligaciones que son esenciales y secundarias– con la limitación de no contravenir el orden público, la moral y las buenas costumbres”¹⁰.

En los contratos nominados, afirma el autor,

“la propia ley, de un modo directo, explicita tanto sus elementos como efectos (obligaciones) esenciales y naturales, dejando entregado a la voluntad de las partes la especificación de sus elementos y efectos accidentales (art. 1444)”¹¹.

Precisa que para determinar la procedencia de la resolución, como sanción para el evento del incumplimiento de una obligación, será necesario indagar en la verdadera voluntad de las partes y, en especial, establecer si en un determinado caso quisieron asignar un efecto diverso para el caso de contravención (renuncia expresa o tácita de la acción resolutoria). El examen de la intención de los contratantes, la inclusión o exclusión de la acción resolutoria, exige determinar si la obligación se pactó como esencial o principal o con carácter accesorio o secundario; en los contratos innominados, atendido a que son las partes las que configuran tanto su contenido esencial como accidental, exige determinar si ante un caso concreto –y atendidas sus particulares circunstancias– la obligación infringida es de tal entidad que sea presumible que sin ella las partes no habrían contratado. Esto porque no resulta razonable para el intérprete concluir que la infracción de una obligación meramente accidental, salvo que las partes hubiesen pactado lo contrario,

RODRÍGUEZ, “Distinción entre obligaciones principales y secundarias y consecuencias de tal distinción en relación con la resolución de un contrato bilateral”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 2, Santiago, 2003, p. 389.

¹⁰ ALCALDE RODRÍGUEZ, “Acción...” (n. 9), p. 75; ALCALDE RODRÍGUEZ, “Distinción...” (n. 9), p. 390.

¹¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, “Acción...” (n. 9), p. 77; ALCALDE RODRÍGUEZ, “Distinción...” (n. 9), p. 389.

deba necesariamente sancionarse con la resolución del contrato¹². Finalmente Enrique Alcalde agrega, para hacer patente la excepcionalidad del remedio resolutorio, que en los contratos nominados la ley ha procedido en más de una ocasión a tomar en cuenta la relevancia de las obligaciones infringidas, a fin de admitir o rechazar la resolución,

“todavía más, cuando el legislador ha querido que el incumplimiento de obligaciones secundarias comprometan la subsistencia del contrato, así lo ha dicho de modo explícito y preciso. Tal es el caso, por ejemplo, de las hipótesis de evicción parcial de la cosa comprada o existencia de vicios ocultos en ella (art. 1852 inc. 4º y 1868), los supuestos de deterioros culpables o falta de cuidado de la cosa arrendada (arts. 1939 inc. 2º, 1972 inc. 2º y 1979); en todos los cuales se admite por vía de excepción calificada que la infracción de una obligación no esencial determine, no obstante, la rescisión o resolución del contrato, según el caso”¹³.

Sobre la postura recién descrita nos parece necesario efectuar un par de precisiones. Por una parte, como no consideramos que el criterio idóneo sea distinguir entre obligaciones esenciales y accesorias, no tiene relevancia determinar si estamos ante un contrato nominado o típico y uno que no lo es. Tampoco compartimos que a la resolución se le atribuya el carácter de sanción ante la infracción de ciertos deberes del deudor; el incumplimiento mismo es una noción objetiva desprovista de toda valoración de la conducta del deudor y la resolución es un mecanismo de tutela del acreedor lesionado, partir de la premisa contraria, es lo que conduce, a parte de la doctrina, a conclusiones erradas en cuanto a los requisitos de procedencia de la resolución, en particular, la necesidad de imputabilidad subjetiva en la conducta del deudor¹⁴.

¹² ALCALDE RODRÍGUEZ, “Acción...” (n. 9), pp. 76-77; “Distinción entre obligaciones principales y secundarias”, p. 391. El autor afirma [pp. 393-394] que no obstante lo expuesto es posible arribar a conclusiones similares si se aborda el asunto desde la óptica del consentimiento que da vida al negocio jurídico. Si se considera que el incumplimiento de la obligación que emana del contrato bilateral constituye, al menos para el legislador, una condición, sería necesario aplicar las normas legales que reglan la interpretación en esta clase de modalidades, art.1483. Esta norma exige al intérprete examinar si la concreta infracción de obligación que se reprocha por una parte a la otra, se ajusta o no a los criterios de racionalidad, proporcionalidad y adecuación tales que permitan entender cumplida la condición resolutoria. Por ello no sería razonable que el tribunal estimara que cualquier incumplimiento, por leve que fuera, o la infracción de cualquiera obligación, aun accesoria, hiciera procedente acoger una demanda de resolución de contrato.

¹³ ALCALDE RODRÍGUEZ, “Acción...” (n. 9), p. 81.

¹⁴ Acerca de una noción amplia y objetiva de incumplimiento, véase Claudia MEJÍAS ALONZO, “El incumplimiento contractual y sus modalidades”, en Alejandro GUZMÁN BRITO, *Jornadas Nacionales de derecho civil*, Valparaíso, Legal Publishing, 2007, p. 459 y ss.

Con relación al criterio que Enrique Alcalde Rodríguez circunscribe a los contratos innominados o atípicos, un incumplimiento de una obligación de tal entidad que sea de presumir que sin ella las partes no habrían contratado, es un criterio que, en cierta medida, se acerca más a aquél que entendemos da lugar a la resolución y que podemos calificar, por ende, de incumplimiento resolutorio. Sin embargo, no creemos que éste sea el único criterio ni que las obligaciones emanadas del contrato deban ser analizadas aisladamente, la resolución procede, a partir del propio tenor del artículo 1489, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; esto obliga a precisar el contenido del contrato, el contenido de la prestación del deudor, tarea que importa efectuar una labor de interpretación e integración de la declaración de voluntad de las partes. En ello cobra especial relevancia el interés que se propusieron satisfacer con la celebración del contrato. Es, por lo tanto, el incumplimiento de lo pactado lo que faculta al acreedor para resolver el contrato mas no la infracción de ciertas obligaciones consideradas aisladamente. Por lo anterior, descartamos que la procedencia de la resolución en los contratos típicos o nominados venga determinada sólo por el incumplimiento de aquellas obligaciones que, a la luz del artículo 1444, la doctrina califica de esenciales. Destaca en el criterio postulado por Enrique Alcalde Rodríguez el análisis de las obligaciones correlativas a la luz de la intención o finalidad perseguida por las partes al momento de contratar. Intención que es recogida por el legislador en ciertos casos especiales; para el autor, ellos sólo son reflejo de casos excepcionales en los que se autoriza la resolución ante el incumplimiento de obligaciones secundarias; nosotros, en cambio, creemos que estas disposiciones tienen un alcance mayor, como lo veremos en el apartado siguiente

Incluimos también dentro de esta corriente al profesor Jorge López Santa María, autor que, si bien no señala que deba distinguirse entre obligaciones esenciales o principales y secundarias o accesorias, niega expresamente la procedencia de la resolución si el incumplimiento es pequeño y relativo a una obligación secundaria; postula que, en definitiva, el problema debe zanjarse de manera casuística y flexible, pudiendo el juez negar la procedencia de la resolución si el estándar de la buena fe así lo aconseja¹⁵. El autor afirma que el juez puede negar la procedencia de la resolución fundado en la buena fe. De esta forma, la aplicación de este principio general de la contratación es empleado para excluir la procedencia de la resolución ante el incumplimiento de obligaciones que se consideran secundarias. Atendido el importante papel que la buena fe objetiva tiene en materia contractual nos parece que ella, en

¹⁵ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Contratos: parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, vol. II, pp. 564-565.

materia de resolución, no se circunscribe a limitar su procedencia en determinados casos sino a ser su fundamento directo, sin perjuicio de que no se trata del único criterio que puede inducirse de las disposiciones del *CC*.

Dentro de esta corriente situamos a Claus Krebs, quien sostiene que sólo el incumplimiento de una obligación esencial del contrato es motivo suficiente para demandar la resolución, lo que implica que habiéndose ejecutado estas obligaciones sólo cabe para la contraparte obtener el cumplimiento forzado. En sus esfuerzos por precisar el contenido de las obligaciones que considera esenciales, afirma que son aquéllas que permanente e invariablemente caracterizan el contrato, que lo hacen ser lo que es. Tiene en consideración los artículos 1439 y 1444 del *CC* para concluir que la reciprocidad es el aspecto propio y característico de las obligaciones esenciales, la reciprocidad en sentido de simetría y correlación y no de interdependencia. Junto a estas obligaciones esenciales están aquéllas que lo son por consentimiento expreso de las partes y aquéllas esenciales por consentimiento tácito si es el principal motivo de una de ellas para contratar y ha sido conocido por la otra parte¹⁶. El mayor aporte del autor, nos parece, es considerar la posibilidad de obligaciones esenciales por consentimiento expreso o tácito de las partes. Sin embargo, circunscribe la resolución a aquellas obligaciones que son recíprocas, si bien no interdependientes como señala, sí correlativas. En la práctica, el problema se reconduce a la o las obligaciones incumplidas y no al incumplimiento del contrato y su influencia en el propósito práctico que tuvieron las partes en vista al momento de la celebración del contrato.

2. Procedencia de la resolución sólo en caso de que sobrevenga en imposible o resulte inútil para el acreedor la prestación debida

Destaca entre las diversas posturas doctrinales, para determinar el incumplimiento resolutorio, la sostenida por Augusto Elgueta Ortiz, en el año 1947, porque el autor prescinde de la naturaleza de la obligación incumplida o del aspecto cuantitativo de lo incumplido para centrarse más bien en un aspecto cualitativo, teniendo en consideración la finalidad de la institución de la resolución. El autor precisa que no basta con que el interesado opte por la resolución sin más para que el juez deba pronunciarla, concluye que el derecho de opción entre la resolución y el cumplimiento no es absoluto. En efecto, la inexecución de las obligaciones no impide a veces que las prestaciones, que

¹⁶ Claus KREBS POULSEN, “La inexecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 4, Santiago, 1999, pp. 850-851.

constituyen el objeto de aquéllas, puedan aún realizarse con plena utilidad del acreedor; en tales hipótesis, a pesar del incumplimiento, las obligaciones correlativas no pierden su presupuesto y el contratante puede obtener todavía el resultado previsto en la convención. La ley, para asegurar al interesado la obtención del fin económico que mediante el contrato se ha propuesto alcanzar, le concede en estos casos la facultad de exigir el cumplimiento y el derecho de ser resarcido de los perjuicios. Lo contrario conduciría a desconocer el fundamento del artículo 1489 del *CC*. En los casos en que la inejecución suprime toda posibilidad de un ulterior cumplimiento o permita desprender que el acreedor no podrá ya conseguir la finalidad que perseguía, se produce una disconformidad entre el efecto querido y el resultado obtenido que crea en el acreedor un interés de obrar en demanda de la resolución del contrato para volver a quedar en libertad. De esta forma procederá la resolución si la inejecución ha destruido el interés que determinó al acreedor a contratar, esto es, si cree que ya no lo será posible obtener el pago de la prestación que se le prometió a cambio o estima que no le servirá el cumplimiento tardío para llenar la finalidad a la que aspiraba. Aclara el autor que el *CC* no otorga el derecho de resolución como una consecuencia necesaria de la infracción de los compromisos contraídos en la relación sinalagmática, sino para que se produzca precisa que a la inejecución sobrevenga la imposibilidad o la inutilidad de la prestación prometida; sin este requisito al acreedor sólo le asiste la facultad de demandar el cumplimiento de las obligaciones correlativas y la reparación de los daños a que hubiera lugar¹⁷.

Sin duda, la postura sostenida por Augusto Elgueta Ortiz constituye un avance en esta materia, especial énfasis da a la finalidad que el acreedor tuvo en consideración al momento de contratar y su satisfacción o insatisfacción, esta disconformidad entre “el efecto querido y el efecto producido”, ligando, así, dicha satisfacción con el contenido de la obligación del deudor. Sin embargo, no compartimos la reducción de supuestos de incumplimiento resolutorio que efectúa: imposibilidad sobrevinida de la prestación o inutilidad de la prestación debida.

3. *Gravedad del incumplimiento*

En la doctrina nacional, uno de los primeros autores que reconoce como necesario, para que proceda la resolución, que el incumplimiento revista una cierta significancia es Luis Claro Solar. El autor sostiene que, atendido el

¹⁷ Cfr. Augusto ELGUETA ORTIZ, *La resolución y el incumplimiento recíproco*, memoria licenciatura, Santiago, Universidad de Chile, 1947. Las conclusiones de sus tesis, pp. 121-124.

tenor del artículo 1489 del *CC*, habría que concluir que la resolución siempre debe ser pronunciada

“pero en una materia regida más bien por la equidad que por el rigor del derecho, esta solución podría ser demasiado absoluta, puesto que algunas obligaciones comprendidas en lo pactado por los contratantes pueden no tener sino un efecto relativo e insignificante y su inexecución no causar al otro contratante perjuicios apreciables”¹⁸.

Concluye:

“[n]o nos parece, por eso, admisible la opinión que no admite distinción alguna entre la inexecución total o parcial, ni entre la inexecución total o parcial de una obligación principal y una obligación accesoria o secundaria; y creemos que para declarar la resolución el juez debe determinar si no se ha cumplido *lo pactado*, es decir, lo que constituye el contrato en sí mismo y ante las estipulaciones de las partes que no habrían seguramente contratado de no ejecutarse por el demandado lo que éste quedó obligado a prestar”¹⁹.

Destaca la opinión de Luis Claro Solar, por ser una de las primeras que niega la resolución frente a cualquier incumplimiento y porque se centra ya no en la o las obligaciones incumplidas sino en la inexecución de lo pactado, mas el autor no proporciona otras directrices que permitan precisar los casos concretos en que procedería la resolución.

Reconociendo también la necesidad de una cierta entidad del incumplimiento, Augusto Elgueta Anguita sostiene que es necesario, para que prospere la acción resolutoria, que el incumplimiento de la obligación por parte del demandado incida en una parte significativa del contrato, ya que si el incumplimiento de la obligación es de escasa importancia, la demanda debe ser rechazada por faltar una condición general de toda acción: el interés de obrar²⁰.

En esta corriente situamos a aquellos autores que vinculan la gravedad del incumplimiento con la insatisfacción del interés del acreedor. En este sentido,

¹⁸ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, vol. x, pp. 190-193.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 193.

²⁰ Augusto ELGUETA ANGUITA, *Resolución de contratos y excepción de pago*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pp. 37-38.

Carlos Pizarro Wilson afirma que la facultad resolutoria queda reservada para aquellos incumplimientos que revistan una cierta gravedad según su efecto en el interés del acreedor, de manera que el supuesto de hecho de este remedio se identifica con un incumplimiento grave o esencial, siendo indiferente si es o no imputable al deudor que incumple²¹. Por su parte, Enrique Barros Bourie sostiene que cualquier incumplimiento es suficiente para desencadenar la resolución a condición de que sea significativo, restricción que cuida los intereses del deudor porque impide que la resolución sea un instrumento de la mala fe. Por lo tanto, cumplido el requisito de la esencialidad, que atiende al interés negocial del acreedor, es indiferente que el incumplimiento se deba a la ejecución parcial, defectuosa o extemporánea de la obligación. Afirma que la materia es del todo pacífica en el Derecho Contemporáneo de los Contratos²². Los dos autores mencionados coinciden en la necesidad de que el incumplimiento revista una cierta significancia, relevancia o esencialidad, según su efecto en el interés del acreedor. Sin embargo, no proporcionan criterios para determinarlo ni prevén otros supuesto de incumplimiento resolutorio.

El profesor Daniel Peñailillo avanza más en la materia y ofrece algunos criterios. El autor, a propósito del incumplimiento parcial, plantea la discusión de si basta cualquier incumplimiento, por leve que sea, para que nazca la opción que confiere el artículo 1489 del *CC*. Constata que hay autores que proponen y códigos, en especial del siglo *XX*, que expresamente facultan al juez para negar la resolución cuando concluyan que el incumplimiento carece de gravedad suficiente. En la doctrina nacional, afirma, el asunto es controvertido, mas se inclina porque debe haber un distingo en la materia; en aquellos casos en que el incumplimiento sea leve, de escasa envergadura, irrelevante, atendidas las características del contrato, sólo procedería pedir el cumplimiento y no la resolución. Señala que los fundamentos más mencionados para esta decisión son: la equidad, la falta de interés que tendría el acreedor en demandar la resolución, el abuso del derecho, actitud contraria a la buena fe y conservación del contrato²³. A vía ejemplar señala ciertos factores que permitirían determinar la trascendencia del incumplimiento: el valor del negocio, la función que por su naturaleza cumple el contrato, la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor vícti-

²¹ Carlos PIZARRO WILSON, “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, 2007*, Santiago, Legal Publishing, 2008, pp. 395-397.

²² Enrique BARROS BOURIE, “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, pp. 422-423.

²³ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), pp. 407-409.

ma del incumplimiento –lo que implica la interpretación del contrato–, etc. En definitiva, le parece razonable entregar al juez la decisión de rechazar la resolución cuando es inocua y aun cuando tiene escasa trascendencia, considerando aquellos factores debidamente probados. En todo caso, finaliza el autor, los elementos deben ser ponderados a la luz de la buena fe²⁴.

En este contexto el profesor Fernando Fueyo aborda el tema al responder la interrogante de si el incumplimiento de escasa importancia en la economía del contrato autoriza la resolución. Considera que ésta no puede proceder siempre, cualquiera que sea la importancia, trascendencia o entidad de lo incumplido. Plantea que no es posible dar una solución a priori por tratarse de un problema de casos, corresponderá, por ende, al juez apreciarlo con sujeción a las reglas sobre la reciprocidad de las obligaciones. Para ello debe atender principalmente a la repercusión económica y aun moral de lo que se ha dejado de cumplir, apreciándose el mérito y valor que para el acreedor tiene lo que se ha cumplido efectivamente en relación con aquello incumplido; considerándose tanto la intención presunta de los contratantes en el momento inicial como la situación relevante en el incumplimiento²⁵.

Estos dos últimos autores proporcionan criterios que permiten dilucidar aquellos incumplimientos que facultan la resolución de aquéllos que no. Sin embargo, desde una perspectiva práctica, la diseminación de estos parámetros, que consideran aspectos cuantitativos y cualitativos, así como la ausencia de una causal genérica, dificultan su aplicación. Para el profesor Fernando Fueyo, el criterio preponderante es la reciprocidad de las obligaciones, criterio del que prescindimos ya que no sólo el incumplimiento de las obligaciones recíprocas y no siempre su incumplimiento conducirán a la resolución; es necesario atender a lo que las partes hubiesen pactado, al contenido del contrato.

Finalmente, queremos consignar la tesis de Álvaro Vidal Olivares, autor que también vincula la gravedad del incumplimiento con la insatisfacción del interés del acreedor. Afirma que el supuesto de procedencia de la resolución es un incumplimiento lo suficientemente grave como para justificar la aniquilación del contrato, que denomina “incumplimiento esencial”. Le parece útil, para determinar esta noción, dar cuenta del incumplimiento resolutorio en el nuevo derecho de la contratación, comprendiendo desde la CV hasta la reciente propuesta de modernización del *Código Civil* español en materia de obligaciones y contratos²⁶. Concluye que en él

²⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), p. 410.

²⁵ Cfr. Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 307-313.

²⁶ Cfr. Álvaro VIDAL OLIVARES, “La noción de incumplimiento esencial en el Código civil”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, Valparaíso, 2009, pp.

“la resolución procede cuando el deudor incurre en un incumplimiento esencial del contrato, categoría que comprende distintas hipótesis y una de ellas, la más importante, alude al incumplimiento que priva sustancialmente al acreedor de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando tal resultado hubiere sido razonablemente previsible para el deudor al momento de su celebración. Se suman otras dos hipótesis que no atienden al perjuicio que el incumplimiento produce en la finalidad o propósito del acreedor, sino a otras razones, a saber: a) cuando las partes así lo han acordado en el contrato; y b) cuando la conducta del deudor incumplidor es tal que el acreedor pierde la confianza de que cumplirá en el futuro; el acreedor ya no tiene motivos para confiar en su deudor [...]. Se incluyen dos casos, el de los incumplimientos dolosos o con fraude del deudor; y aquel en que el acreedor afectado por el incumplimiento otorga al deudor un plazo adicional, de duración razonable, para que cumpla o bien corrija su prestación defectuosa y el deudor, o no cumple dentro del plazo o declara que no cumplirá”²⁷.

El autor se cuestiona si se puede construir una tipología similar a la del nuevo derecho de la contratación en el derecho civil. Considera que la respuesta es afirmativa. En algunas disposiciones aisladas del *CC* es posible inducir que el legislador reserva la resolución para incumplimientos importantes o graves. Entre estas disposiciones, la más destacada es el artículo 1926 sobre arrendamiento, precepto que permite engarzar la noción de incumplimiento esencial con la idea de propósito práctico o finalidad económica del acreedor, de guisa que el problema de los incumplimientos esenciales pasa a ser uno de interpretación de la regla contractual. Esta norma limita la facultad resolutoria sólo para incumplimientos que disminuyan notablemente la utilidad del acreedor por haber cesado las circunstancias que motivaron su celebración. De esta forma, considera los motivos que inducen a las partes a su celebración, ya no desde el ámbito de la validez del contrato, sino desde

240-245; Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento resolutorio en el Código civil”, en Carlos PIZARRO WILSON (dir.), *Estudios de derecho civil IV (jornadas nacionales de derecho civil, Olmué, 2008)*, Santiago, LexisNexis, 2009, pp. 356-358. En el análisis que el autor realiza tiene en consideración el art. 25 de la CV, el art. 7.3.1 de los PCCI, el art. 8:103 de los PECL, los §323 a 324 del *BGB* y el art. 1199 de la Propuesta Española de Modificación del *Código Civil* Español.

Previamente el autor esboza los contornos de la noción de incumplimiento esencial en VIDAL OLIVARES (n. 3), pp. 533-535.

²⁷ Cfr. VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento...” (n. 26), pp. 357-358. En sentido similar VIDAL OLIVARES, “La noción...” (n. 26), pp. 240-244.

sus efectos y de la satisfacción del interés del acreedor; motivos que tienen relevancia en la medida que las partes hayan incorporado de forma expresa o tácita al contrato. Estima que pese a estar ubicado el artículo 1926 en el título del contrato de arrendamiento, al no estar en contradicción con el artículo 1489 perfectamente serviría para integrarlo, llenando el vacío de que adolece en torno a la importancia del incumplimiento que hace procedente la resolución²⁸. El autor concluye que la infracción contractual apta para que proceda la resolución es el incumplimiento esencial que comprende tres tipos de incumplimientos:

- 1) Los que privan sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato siempre que tal resultado hubiere sido razonablemente previsible para el deudor al tiempo de contratar²⁹.
- 2) Los incumplimientos dolosos, deliberados o con culpa grave y en todo caso en que se concluya de modo inequívoco que el acreedor no tiene razones para confiar en el cumplimiento posterior de su deudor.
- 3) Cuando las partes así lo hubieran estipulado específica y claramente³⁰.

Destaca en esta postura la consideración del artículo 1489 no como una norma aislada, sino como una norma que presenta un vacío al momento de determinar en qué casos procede la resolución, vacío que es posible colmar a través de otras disposiciones que regulan la resolución y que permiten vincular la gravedad con la insatisfacción del interés del acreedor. Sus conclusiones son coherentes con una interpretación de éstas que concilia el interés del acreedor y del deudor, así como principios rectores de la contratación: buena fe objetiva y conservación del contrato.

²⁸ Cfr. VIDAL OLIVARES, “La noción...” (n. 26), pp. 246-253. El autor menciona también otras disposiciones que son manifestaciones de este principio, los artículos 1590, 1858, 1868 y 1928 del *CC*. Finalmente analiza una serie de sentencias que limitan la procedencia de la resolución a ciertos incumplimientos: afirma que, en no pocas de ellas, más que atender a la obligación incumplida, utilizan el criterio de la repercusión o impacto que el incumplimiento produce en la finalidad económica que llevó a las partes a contratar; en algunas, se atiende a la gravedad del incumplimiento en sí mismo, la resolución procedería debido a la conducta misma del deudor, una conducta renuente al cumplimiento, que desconoce deliberadamente el contrato; y en otras, la resolución sólo procede si así lo han estipulado las partes, previendo específica y claramente el incumplimiento como resolutorio o bien elevando la obligación incumplida a la calidad de esencial. En el mismo sentido VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento...” (n. 26), pp. 358-359.

²⁹ VIDAL OLIVARES, “La noción...” (n. 26), p. 253. Aquí distingue dos supuestos diferentes: a) aquél que frustra definitivamente el propósito del acreedor, sea porque la prestación se hace imposible o porque, aunque aún posible, deja de interesarle al acreedor. b) supuestos en que el acreedor sigue interesado en la prestación, sin embargo, el incumplimiento le priva del beneficio o resultado práctico que perseguía obtener con el contrato.

³⁰ VIDAL OLIVARES, “La noción...” (n. 26), pp. 253-254.

4. Breves conclusiones

Tras el análisis efectuado concluimos que en la actualidad la mayoría de la doctrina exige, para la procedencia de la facultad conferida el artículo 1489 del *CC*, que el incumplimiento revista una determinada entidad. De esta forma podemos sostener que no cualquier incumplimiento faculta al acreedor para resolver el contrato. Sin embargo, no es posible advertir el mismo consenso al momento de la determinación de la entidad del incumplimiento (el incumplimiento resolutorio). El artículo 1489 del *CC* generalmente es analizado como una norma aislada, no se acude a otras disposiciones contenidas en él que permitirían integrar y colmar el vacío que adolece la referida disposición.

La esencia del contrato bilateral descansa en las obligaciones recíprocas e interdependientes. Esto ha conducido a un sector importante de la doctrina nacional a limitar la procedencia de la resolución al incumplimiento de las obligaciones de la esencia y de la naturaleza, a partir del distingo que efectúa el artículo 1444 del *CC*. Otros, en cambio, vinculan el incumplimiento resolutorio con la imposibilidad o inutilidad de la prestación o, bien, con su gravedad, presentándose aquí nuevamente criterios que no son uniformes.

Consideramos que la resolución sólo procede ante el incumplimiento de lo pactado, por esto no compartimos todos aquellos criterios que atienden sólo al incumplimiento de obligaciones aisladas. En cambio, aquéllos que centran la problemática en el contenido del contrato y en la insatisfacción del interés del acreedor nos parecen más coherentes con el tenor del artículo 1489 del *CC* y con las otras disposiciones que reglan la resolución. Sin embargo, los supuestos de incumplimiento resolutorio no se reducen a la hipótesis de insatisfacción del interés del acreedor. Creemos que es posible arribar a una noción de incumplimiento resolutorio e intentar una tipología de él a partir de una relectura de las normas del *CC*, en ello ahondaremos en el apartado siguiente.

III. EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO IMPLÍCITO EN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL *CÓDIGO CIVIL*

Por nuestra parte consideramos que es posible proporcionar criterios que permitan determinar qué incumplimiento es resolutorio, a partir de las propias disposiciones del *CC* que reglan supuestos particulares de resolución³¹.

³¹ En la construcción de esta tipología, por cierto, se ha tenido a la vista los cuerpos normativos que conforman el nuevo Derecho de la Contratación, la interpretación de los autores y la aplicación que nuestra jurisprudencia ha hecho de las disposiciones legales sobre las cuales se construyen estos criterios.

Precisamos sí, como explícita o implícitamente se desprende de la doctrina nacional e, incluso, extranjera, que esta exigencia, para que proceda la resolu-

En lo que respecta al nuevo Derecho de la Contratación, es necesario considerar a la CV, que forma parte de nuestro Derecho vigente desde el 3 de octubre del año 1990. Además, ella ha influido en PECL, PCCI y en el MCR. Se trata de un conjunto de principios que tienen por finalidad proporcionar normas generales en la Unión Europea –PECL y MCR– y al comercio mercantil internacional –PCCI–, que se aplican cuando las partes hayan convenido incorporarlas a sus contratos o hayan establecido que tales contratos se regirán por ellos, como *lex mercatoria* o como usos del tráfico comúnmente aceptados. La influencia de la CV, incluso, se ha proyectado en los ordenamientos jurídicos internos, como es el caso de la reciente propuesta de modificación del *Código Civil* español del año 2009 y la reforma en materia de obligaciones en el Derecho alemán del año 2002.

En la CV, se consagra que el vendedor y comprador –artículos 49 número 1 a), 51-2, y 64 número 1 a), respectivamente– pueden declarar la resolución del contrato si el incumplimiento por la contraparte de cualquiera de las obligaciones que le incumbe constituye un “incumplimiento esencial” del mismo. Es el artículo 25 de la CV el encargado de precisar cuándo el incumplimiento es esencial: “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”. Cabe precisar que no es el único supuesto en que procede la resolución, puede un incumplimiento no esencial dar lugar a ella si el acreedor lesionado confiere un plazo suplementario para que se lleve a cabo el cumplimiento de la obligación y ésta no se verifica dentro de él o declara el deudor que no cumplirá dentro del plazo [artículos 49 número 1 b) en el caso de falta de entrega de las mercaderías por el vendedor; y, 64 número 1 b) en el caso de falta de pago del precio o no recepción de las mercaderías por el comprador]. También es procedente la resolución, artículo 71 número 1 de la CV, si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato.

Los PECL y los PCCI acogen la noción de incumplimiento esencial como requisito para que proceda la resolución, empleando una redacción análoga a la contenida en el artículo 25 de la CV, de manera similar acontece con en el MCR, con un cambio sí de denominación, procede la resolución si el incumplimiento de la obligación contractual es fundamental. En todos ellos se incluye, además, dentro de la noción de incumplimiento esencial o fundamental otros supuestos, por ejemplo, la pérdida de confianza del acreedor, los casos de inejecución estricta de la obligación.

Tratándose de los supuestos de incumplimiento no esencial [o fundamental], se sigue básicamente el modelo establecido por la CV: si ha habido un retraso en el cumplimiento por parte del deudor y éste no cumple dentro de la prórroga concedida por el acreedor y en aquellos casos de resolución por “incumplimiento anticipado”.

Cabe mencionar que los autores han considerado que noción de incumplimiento esencial en la CV es abstracta y han sostenido que los PCCI, los PECL, así como su aplicación práctica, permiten dotarla de contenido y explicar su texto. El modelo de los PECL, al prever una tipología de incumplimiento esencial, proporcionan importantes criterios en esta materia, integrando dicha noción. Conforme al artículo 8:103 el incumplimiento es esencial “(a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive

ción del contrato, es plenamente coherente con los principios que informan el Derecho de los Contratos, específicamente el principio de la fuerza obligatoria y la conservación del negocio jurídico, no debemos perder de vista que el artículo 1545 del CC. dispone:

“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Desde esta perspectiva, la resolución presenta un carácter excepcional³².

La primera orientación para determinar qué incumplimiento es resolutorio lo proporciona el propio artículo 1489 del CC, pues la resolución procede “en caso de no cumplirse por uno de los contratante lo pactado”. De esta forma la respuesta ha de encontrarse en el contrato celebrado por las partes, en concreto, en la regla contractual por la que se rigen (su declaración de voluntad debidamente interpretada e integrada)³³.

Desde ya, afirmamos que la noción de incumplimiento resolutorio no se limita a los supuestos de imposibilidad de la prestación ni a aquellos casos en que aún siendo objetivamente posible ya no resulta útil o adecuada para satisfacer el interés del acreedor, expresado o incorporado en el contrato, sin perjuicio de que pueda comprenderlos. Una interpretación diferente atenta contra el tenor del artículo 1489 que expresamente confiere al acreedor la opción entre la resolución del contrato o su ejecución forzada, opción que no sería viable en estos casos y que de reducirse a ellos el incumplimiento resolutorio la transformaría en ilusoria.

El legislador, en diversas disposiciones, establece criterios que permiten concluir que la resolución procede sólo ante incumplimientos que revisten una determinada gravedad o entidad; para esto emplea criterios cualitativos y no

sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”.

³² Nuestra doctrina de manera genérica también deduce esta exigencia del artículo 1546 –aplicación del principio de la buena fe objetiva– En este sentido José Antonio GALVÁN BERNABEU, “Conferencia Inaugural del II Congreso Chileno de Derecho Privado”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 19, Valparaíso, 1998, pp. 13-15.

³³ Precisamos desde ya, como veremos más adelante, que asumimos una concepción económica realista de contrato, no es sólo un instrumento jurídico creador de derechos y obligaciones sino un instrumento que, desde una perspectiva realista, permite a las partes satisfacer aquellos intereses que las motivaron a celebrarlo.

cuantitativos, lo que resulta coherente con el tenor del artículo 1489 del *CC*. En efecto, el artículo 1590 en materia de pago (cómo debe hacerse el pago), confiere al acreedor la facultad de resolver el contrato si la especie o cuerpo cierto debida presenta deterioros que provienen del hecho o culpa del deudor o de las personas de quien éste es responsable o han sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, pero “si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios”. La norma niega la procedencia de la resolución si el incumplimiento es de escasa importancia. Esto es reiterado en otras disposiciones del *CC*; en el contrato de compraventa, tratándose de la obligación de saneamiento, específicamente en materia de vicios redhibitorios, el comprador puede demandar la resolución si los vicios son graves, artículo 1858 número 2, es decir,

“ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso normal, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio”.

También en el contrato de compraventa, criterio que es reiterado en el contrato de arrendamiento, el legislador atiende a la privación o disminución del interés del acreedor a consecuencia del incumplimiento.

Del conjunto de estas disposiciones concluimos que el incumplimiento resolutorio ha de ser importante o grave. Lo anterior sólo nos permite afirmar que la resolución no procede ante cualquier incumplimiento. La respuesta a la interrogante, ¿cuándo un incumplimiento es resolutorio?, debe, en primer lugar, buscarse en la voluntad de los contratantes. Las partes, en virtud del principio de la libertad contractual, pueden haber previsto qué incumplimientos facultarán al acreedor para resolver el contrato. Si ello no acontece surgirá, en rigor, el problema de dilucidar qué incumplimiento es resolutorio ante el vacío que presenta el artículo 1489 del *CC* en esta materia; será el juez el encargado de interpretar la declaración de voluntad de las partes e integrarla para precisar si el incumplimiento tiene la entidad suficiente para dar lugar a la resolución. En esta determinación creemos que el juez debe atender a aquellos criterios que subyacen en disposiciones particulares del *CC* que reglan supuestos de resolución³⁴ y que, en definitiva, se reducen a

³⁴ En este sentido también se ha pronunciado nuestra jurisprudencia acudiendo a las normas sobre evicción. La Corte de Apelaciones de Talca ha sostenido que debe negarse la acción resolutoria si la poca o ninguna influencia de las obligaciones accesorias en los fines prácticos del contrato hacen presumir que aun sin ellas la parte que pide la resolución habría

dos. El primer criterio se vincula con el interés del acreedor, el propósito práctico que pretendió satisfacer con la ejecución del contrato y la incidencia que el incumplimiento y sus consecuencias producen en él. El segundo criterio, se vincula con la conducta desplegada por el deudor en la ejecución de la prestación que conduce a una pérdida de confianza del acreedor en su futuro cumplimiento; su conducta vulnera el principio de la buena fe objetiva, principio que actúa como fundamento directo que determina la procedencia de la resolución, y no como criterio para descartarla ante incumplimientos que son insignificantes.

A continuación, nos referiremos al incumplimiento resolutorio determinado por la voluntad expresa de las partes y a los dos criterios enunciados aplicables a falta de acuerdo entre ellas.

1. El incumplimiento resolutorio determinado por la voluntad expresa o implícita de las partes

a) Determinación de la gravedad

Las partes pueden, en virtud de su libertad contractual –artículo 1545 del CC–, prever de manera precisa en qué casos el incumplimiento será resolutorio, ya sea señalando específicamente la o las manifestaciones del incumplimiento que en concreto facultarán al acreedor para resolver el contrato, ya sea elevando de manera expresa o implícita el cumplimiento de una obligación a la calidad de esencial; lo anterior con independencia de las consecuencias que el incumplimiento pueda producir en el interés del acreedor.

Esta forma de determinación de la gravedad del incumplimiento da certeza a la relación contractual; se evitan así discusiones posteriores con

celebrado el contrato. Esta significación que así se atribuye al art. 1489 lejos de ser arbitrario y de desconocer el espíritu del legislador aparece confirmada por el legislador mismo en el caso de evicción de la cosa vendida y la parte evicta es tal que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, 12 de noviembre 1920, partes: W.R. Grace y Cía. con Raúl Bustos, en *GT*, 1920, s.142, pp. 610-617. Más recientemente la Corte Suprema ha concluido que no procede pedir la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes por incumplimiento de obligaciones accesorias, no condicionantes de escasa entidad, si se han cumplido las obligaciones principales. Así se desprende, además, de la interpretación del artículo 1489 del *Código Civil*, ya que el aparente mandato absoluto en que su tenor literal aparece concebido, no es tal porque es la misma ley la que le resta ese carácter en el inciso final del artículo 1852 del citado *Código*. De esta forma es dable concluir que no todos los incumplimientos llevan necesariamente a la resolución. Sentencia de la Corte Suprema, 31 de octubre 2007, rol: 4693-2006, partes: Alberto Jorge Raab Ilhareborde con Comercial Automotriz Expo Autos Limitada, en www.puntolex.com.

relación al incumplimiento resolutorio; sin perjuicio de que puede suscitarse controversias en torno al hecho mismo del incumplimiento.

Tratándose del contrato de compraventa y de la obligación del deudor de saneamiento, específicamente en materia de vicios redhibitorios, encontramos una manifestación de este criterio. El artículo 1858 del *CC* señala las calidades que deben reunir los vicios para ser considerados como redhibitorios; vicios que, de existir, dan derecho al comprador para exigir la resolución del contrato o rebaja del precio según mejor le pareciere. El legislador permite a las partes –artículo 1863– dar el carácter de vicios redhibitorios a aquéllos que naturalmente no lo son, quedando entregado a su voluntad determinar el o los vicios cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato³⁵.

También en materia de contrato de compraventa es posible encontrar otra manifestación de este criterio. El legislador expresamente prevé el pacto comisorio (artículos 1877-1880), sólo con relación al incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio, como un pacto accesorio al contrato de compraventa en virtud del cual las partes estipulan que en caso de que el comprador no pague el precio se resolverá el contrato³⁶. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que puede estipularse tratándose de las otras obligaciones emanadas del contrato de compraventa y no sólo en él sino en todos los contratos³⁷. Cabe tener presente además, con relación al contrato de compraventa, que el legislador en el artículo 1887 del *CC* consagra la facultad de agregar a este contrato cualquier otro pacto lícito que se regirá por las reglas generales de los contratos.

La doctrina usualmente distingue dos clases de pacto comisorio: el simple y el calificado³⁸. El primero es la facultad resolutoria del artículo 1489 expresada; el segundo, aquél por el cual los contratantes estipulan que de no cumplirse lo pactado el contrato quedará *ipso iure* resuelto, es decir, se entenderá resuelto el contrato de pleno derecho por el sólo cumplimiento del evento en que consiste la condición.

Respecto a los efectos del pacto comisorio, los autores tienen en consideración si se pacta en el contrato de compraventa con relación a la obligación

³⁵ El artículo 1863 dispone: “Las partes pueden por el contrato hacer redhibitorios los vicios que naturalmente no lo son”.

³⁶ El artículo 1877 dispone: “Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta.

Entiéndase siempre esta estipulación en el contrato de venta; y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse”.

³⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 15), pp. 562-564; CLARO SOLAR (n. 18), p. 198 y ss.; PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), p. 419 y ss.

³⁸ *Ibid.*

de pagar el precio o, bien, respecto del incumplimiento de otra obligación o en un contrato diferente. Si el pacto comisorio es simple, en el primer caso, en virtud de los artículos 1877 y 1878 se concluye que, para que produzca sus efectos, es necesaria una resolución judicial. En el segundo caso, la mayoría de la doctrina afirma que debe primar el principio de la libertad contractual, aplicándose supletoriamente las reglas de la condición resolutoria tácita³⁹. Si el pacto comisorio es calificado, en el primer caso, se rige por la regla especial que prevé el legislador en el artículo 1879 que faculta el deudor para hacer subsistir el contrato pagando dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda, no obstante haberse estipulado la resolución *ipso facto*. En consecuencia, la resolución no opera de pleno derecho, es necesario que se demande, sin perjuicio de la referida facultad del deudor⁴⁰. En el segundo caso, la mayoría de la doctrina afirma que debe primar la voluntad expresada por las partes procediendo la resolución *ipso facto*⁴¹.

³⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 15), pp. 562-564; Carlos PIZARRO WILSON, “Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Colección Derecho Privado, 2006, vol. III, p. 246.

Sosteniendo una opinión contraria afirmando que el pacto comisorio puede estipularse en cualquier contrato pero sus efectos se regirán siempre por los artículos 1877 a 1880 del CC ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 1), p. 477 y ss.

⁴⁰ La doctrina ha discutido acerca del momento en que se produce la resolución (en el evento de que no se pague dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda): para algunos es en el momento en que queda ejecutoriada la sentencia que declara la resolución; para otros, el día en que debió pagarse el precio y, finalmente, al transcurrir las veinticuatro horas. Parece primer la última alternativa. Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), p. 423; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 1)

⁴¹ Tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritariamente afirma que la regla del art. 1879 sólo se aplica al contrato de compraventa con relación a la obligación del comprador de pagar el precio. CLARO SOLAR (n. 18), pp. 207-220; LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 15), pp. 563-564; PIZARRO WILSON (n. 39), p. 249 y ss.; PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 3), pp. 424-425; ABELIUK MANASEVICH (n. 7), p. 480 y ss. En el mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema, 9 de abril de 2007, rol: 5869-2005, partes: Patricia Ramona Gavilán Avello con Genoveva Toro Toro; Humberto Bernasconi Apolonio, N° Legal Publishing: 36307; sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 2001, rol: 2549-1997, partes: Claudio Súper Neón S.A con Eurorenta Car S.A., en *GJ*, N° 251, Santiago, 2001, p. 86 y ss.; sentencia de la Corte Suprema, 4 de marzo 2004, rol: 3279-2003, partes: Carlos Alberto Acevedo Crisóstomo con Sociedad Combustibles Marítimos Sociedad Anónima, N° Legal Publishing: 29777; sentencia de la Corte Suprema, 9 de diciembre de 2008, rol: 5821-2007, partes: Banco Security con Sociedad de Transportes San Marcos, N° Legal Publishing: 41305.

Precisamos que parte de la doctrina exige que el acreedor manifieste su voluntad para que la resolución se produzca en el pacto comisorio calificado, no bastando el mero incumplimiento. Cfr. Carlos PEÑA GONZÁLEZ, “La resolución como ineficacia extrínseca”, en <http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/Resolucion.PDF>.

De conformidad a lo que hemos expuesto, las partes pueden, en virtud de un pacto expreso –pacto comisorio–, precisar las modalidades concretas de incumplimiento que conducirán a la resolución del contrato, cuyos efectos se producirán al comprobar el juez que ha acaecido el supuesto de incumplimiento previsto por las partes (pacto comisorio simple) o, bien, al momento de verificarse dicho supuesto (pacto comisorio calificado); sin perjuicio de la regulación especial prevista por el legislador en el contrato de compraventa para la obligación del comprador de pagar el precio.

Tratándose del contrato de arrendamiento, el legislador recoge también este criterio en el artículo 1938 del *CC*. El arrendatario está obligado a usar la cosa según los términos o espíritu del contrato, y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos; la contravención a esta regla faculta al arrendador para dar por terminado el contrato⁴².

Por lo tanto, las partes, en virtud de su autonomía privada manifestada en el principio de la libertad contractual y dentro de sus límites⁴³, podrán estipular las hipótesis en las que el incumplimiento de una o más obligaciones del contrato facultará el acreedor para resolverlo; lo mismo acontecerá ante el incumplimiento de una obligación cuyo cumplimiento sea elevada por las partes a la condición de esencial. Podrán, además, prever que la resolución del contrato se produzca *ipso iure* sin necesidad de que sea declarada judicialmente⁴⁴.

Nuestra jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha recogido la gravedad del incumplimiento resolutorio determinado por la voluntad de las partes, sea que estipulen expresamente, en una cláusula del contrato, que ciertos incumplimientos facultarán para resolverlo o que eleven el cumplimiento de una o más obligaciones a la calidad de esencial, con independencia de la entidad objetiva del incumplimiento⁴⁵.

⁴² La doctrina y jurisprudencia nacional ha entendido que la facultad resolutoria envuelta en todo contrato bilateral, en el contrato de arrendamiento, por su especial naturaleza de contrato de tracto sucesivo, opera como causal de término o expiración del mismo. En la doctrina nacional por todos véase LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 15), p. 566. En este sentido véase sentencia (n. 41); sentencia de la Corte Suprema, 2 de agosto de 2000, rol: 58398, partes: Petra Mineral Trading S.R.L. con Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda, en *RDJ*, N° 97, Santiago, 2000, II, secc.1ª, pp. 146-148.

⁴³ La doctrina nacional considera como límites al principio de la libertad contractual, manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, la ley, el orden público y las buenas costumbres. Por todos véase LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 15), p. 270.

⁴⁴ Este supuesto es recogido en el art. 8:301(a) de los PECL, el art. 7.3.1 (2) PCCI, art. 1456 del *CC* italiano. También en el *Common Law* en la distinción entre *conditions, warranties e intermediate terms*.

⁴⁵ En este sentido Carlos Pizarro Wilson afirma, a propósito del pacto comisorio, que debe privilegiarse la voluntad expresada en el contrato y cualquier incumplimiento sin importar

b) Límite a la gravedad del incumplimiento determinado por la voluntad de las partes

La aplicación de este criterio conduce a afirmar que debe primar la autonomía privada, en la delimitación del incumplimiento resolutorio, por sobre la entidad objetiva del mismo. Sin embargo, cabe preguntarse si debe arribarse a la misma conclusión en los casos en que las partes no especifiquen el incumplimiento resolutorio, sino que simplemente se limiten a estipular que el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato es elevado a la condición de esencial o que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones emanadas de él conduce a su resolución.

Consideramos que, sin perjuicio de quedar entregada a la voluntad de las partes precisar el incumplimiento resolutorio, su autonomía privada puede ser limitada en estas hipótesis por aplicación del principio de buena fe objetiva⁴⁶ (artículo 1546 del *CC*). Aceptar la procedencia de la resolución, en estos casos, sería equivalente a afirmar que ella tiene lugar ante cualquier incumplimiento sin que sea necesario que se verifique su presupuesto –un incumplimiento resolutorio–; lo que sí es exigido por el legislador.

La falta de especificidad que permita precisar las modalidades concretas de incumplimiento que facultarán al acreedor para ejercer el remedio resolutorio o la obligación cuyo cumplimiento es elevada a la calidad de esencial, elimina la certeza de la gravedad del incumplimiento, lo que suscitará una controversia entre las partes que deberá resolver el juez aplicando los criterios que hemos mencionado: el propósito práctico que el acreedor pretendió satisfacer con la celebración del contrato y la incidencia que el incumplimiento y sus consecuencias producen en él o, bien, la pérdida de confianza del acreedor en la ejecución de la prestación por parte de su deudor⁴⁷.

la gravedad debiera justificar la resolución. Así ha sido pactado en el contrato. Una cuestión distinta ocurriría si existe intención del acreedor de dañar a su contraparte en el ejercicio de la facultad de resolver el contrato. En este caso estaríamos en una hipótesis de responsabilidad civil que en nada afectaría la resolución del contrato. El juez sólo debe verificar si el incumplimiento se produjo. PIZARRO WILSON (n. 39), pp. 255-256.

⁴⁶ En este sentido, José L. de los Mozos afirma que la buena fe sirve para atenuar una norma demasiado rígida o para completar o llenar otra demasiada escueta; bien proceda de la ley o de los particulares. José Luis DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona, Bosch, 1965, pp. 46-47.

⁴⁷ En la doctrina española Mario Clemente Meoro, a propósito del pacto comisorio expreso y estas cláusulas de estilo, afirma: “la autonomía de los contratantes en este punto no sólo se encuentra limitada por la posible existencia de normas imperativas o de orden público, sino también por el principio de la buena fe, que preside la ejecución del contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil, de manera que los tribunales podrán moderar el rigor de las cláusulas

Darle eficacia a estas cláusulas, además, altera la distribución de riesgos que las partes efectuaron al momento de la celebración del contrato, dejando al deudor en una situación desfavorable. Las partes al contratar prevén ciertos riesgos asociados al incumplimiento, lo que incide en el ajuste económico que establecen⁴⁸, el que se verá sustancialmente alterado si, ante la falta de especificidad del incumplimiento resolutorio, la resolución procede ante cualquier incumplimiento, incluso, aquéllos insignificantes con relación a la finalidad perseguida con el contrato.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, negando la resolución, no obstante haberse pactado estas cláusulas de estilo, si el incumplimiento de algunas obligaciones del contrato tiene escasa importancia atendida la finalidad que las partes persiguieron con su celebración, fundado en el principio de la buena fe objetiva⁴⁹.

que establezcan la resolución por incumplimiento de una obligación de mínima importancia en la economía del contrato”. CLEMENTE MEORO (n. 1), p.419. Cabe sí precisar que el autor parece limitar la procedencia de la resolución ante incumplimiento que son insignificativos. Por nuestra parte creemos que sólo a falta de especificidad del incumplimiento resolutorio por estas cláusulas de estilo cobra sentido y da paso a la aplicación de los dos criterios propuestos.

En el Derecho Comparado: a) El *CC* italiano prevé la cláusula resolutoria expresa en el artículo 1456, mas la resolución procede ante el incumplimiento de obligaciones específicamente determinadas o que se cumplen de manera diversa a la establecida en el contrato, de esta suerte para evitar el establecimiento de cláusulas de estilo. b) En el *Common Law* en los casos de incumplimiento de una *conditions*, las cortes han decidido que, no obstante ser considerado un término como condición por las partes, su incumplimiento no les da el derecho a terminar el contrato si las pérdidas sufridas por la parte lesionada son insignificantes. c) En el nuevo Derecho de la Contratación, la doctrina para dar contenido a la noción abstracta de incumplimiento esencial prevista en el art. 25 de la CV ha empleado diversos criterios, dentro de ellos determinar si las partes expresa o implícitamente han previsto que el incumplimiento de cierta obligación facultará para poner término al contrato, su cumplimiento estricto pasa a ser fundamental. En los PCCI para determinar si el incumplimiento de una obligación es esencial se considera art. 7.3.1 2 (b) si la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; los PCCI además, establece el deber de las partes de actuar conforme a la buena fe y se constituye claramente un límite en esta materia [art.7.1.6]. En el mismo sentido el art. 8:103 de los PECL dispone “El incumplimiento de un obligación es esencial para el contrato (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato [...]”.

⁴⁸ Cfr. Jorge BARAONA GÓZALEZ, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 198-199.

⁴⁹ En este sentido puede mencionarse la sentencia de la Corte Suprema, 23 de marzo de 2009, rol: 6856-2007, partes: Sociedad Seguridad Vialher Chile Ltda. con Servicio de Salud Talcahuano, N° Legal Publishing: 41793. En este caso La Corte de Apelaciones de Concepción consideró, a partir de la prueba rendida, que hubo incumplimiento del punto 7 del contrato que prescribía: “[e]l contratista deberá disponer de un sistema de supervisión del personal destinado a cumplir con los servicios contratados, considerando como mínimo una visita

De esta forma concluimos que las partes en virtud de su libertad contractual pueden determinar, de manera expresa o implícita, el incumplimiento resolutorio, con independencia de la entidad objetiva del mismo. Sin embargo, su autonomía privada se encuentra limitada, por aplicación del principio de buena fe objetiva – artículo 1546 del *CC*–, en aquellos casos en que simplemente estipulen que el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato es elevado a la condición de esencial o que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones emanadas de él conduce a su resolución.

2. El incumplimiento resolutorio determinado por las consecuencias que produce el incumplimiento

Si las partes nada han previsto acerca de la gravedad del incumplimiento, se suscitará entre ellas una controversia, siendo el juez el encargado de establecer si el incumplimiento que se ha producido es resolutorio aplicando este criterio: las consecuencias que produce el incumplimiento en el interés del acreedor, que se dibuja a partir del propósito práctico que perseguía con la celebración del contrato.

Este criterio, nos parece, se encuentra recogido en el contrato de compraventa –artículos 1852, inciso final, 1854, 1858, 1860 y 1868– el contrato de arrendamiento –artículos 1925, 1926, 1928, 1930 y 1932– y en el artículo 25 de la CV.

inspectiva diaria a terreno. Esta visita deberá quedar registrada en el Libro de Novedades”. No obstante este incumplimiento, los sentenciadores concluyeron que la referida omisión incidía en aspectos secundarios y muy accesorios de las obligaciones contraídas por la actora, cuya obligación principal la constituía la prestación de servicios de vigilancia y seguridad de las instalaciones de la demandada. Por lo anterior, “a pesar de los términos absolutos en que aparece redactado el artículo 1489 del Código Civil, su correcta interpretación en el contexto del cuerpo legal en que se encuentra inserto, conduce a estimar que el incumplimiento de obligaciones de escasa entidad o importancia, que ninguna o nula influencia pueden tener en la normalidad del cumplimiento de las obligaciones principales, no puede autorizar la resolución de un contrato; ello implicaría el ejercicio abusivo de un derecho al afectar los principios de equidad natural y de buena fe, que exigen que los contratos se cumplan de un modo que alcancen la finalidad que ambas partes tuvieron en vista al celebrarlo, objetivo que se frustraría de aceptarse que las minucias tengan más trascendencia que aquello que es sustancial en la relación contractual, poniéndose de esta manera en jaque el principio de la ley del contrato (artículo 1545 del Código Civil) y, por ende, el normal desenvolvimiento de los negocios jurídicos. Por lo tanto, un incumplimiento como el examinado, que carece de trascendencia para la normalidad de las relaciones jurídicas entre las partes, no faculta para demandar la resolución del contrato, por lo que esta alegación debe desestimarse”.

Criterio que es recogido también en la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 24 de junio de 1906, partes: Cortés con López, en *RDJ*, N° 4, Santiago, 1906-1907, II, secc. 1ª, p. 39 y ss

Centrándonos en las consecuencias del incumplimiento y su incidencia en el propósito práctico, cabe preguntarse: ¿cuándo el incumplimiento es resolutorio? Ciertamente lo será en aquellos casos en que la prestación sea imposible. Sin embargo, como lo adelantamos, el incumplimiento resolutorio no puede limitarse a este supuesto. Incluimos, además, las hipótesis de privación sustancial o privación de todos los beneficios que el acreedor esperaba obtener con el cumplimiento fiel y oportuno del contrato.

A continuación, previo a ahondar en estos supuestos que son manifestaciones del criterio propuesto, nos referiremos al propósito práctico perseguido por el acreedor.

a) El propósito práctico perseguido por el acreedor

Al aludir al propósito práctico que persigue el acreedor con la celebración del contrato necesariamente debemos referirnos a él desde una perspectiva realista. En el contrato confluyen intereses que las partes pretenden conciliar y satisfacer con su ejecución y que se dibujan en el propósito práctico que determinó su celebración⁵⁰. El contrato es, desde esta perspectiva, no sólo un mecanismo generador de derechos y obligaciones, sino un instrumento que permite a las partes organizar y satisfacer sus intereses que inicialmente se manifiestan como contrapuestos o al menos no coincidentes⁵¹; y distribuir aquellos riesgos que obstan o impidan su consecución⁵².

En este sentido, Federico de Castro –al aludir a la “causa concreta” o a la “incorporación de los motivos”– afirma que el propósito práctico que mueve a las partes a contratar permite desentrañar de mejor manera su voluntad, hace plausible los motivos que han incorporado al contrato y que aspiran al-

⁵⁰ En este sentido, BARAONA GÓNZALEZ (n. 48), p. 190.

⁵¹ FRANCESCO MESSINEO, “Il Contratto II. Diritto privato, teoria generale”, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1968, vol. 9, p. 813.

⁵² Jorge Baraona afirma que una de las precisiones más importantes que se ha hecho en el Derecho contemporáneo es el énfasis puesto en el contrato como una realidad económica explicado como un acuerdo en torno a una determinada distribución de riesgos. La forma en que las partes prevean estos riesgos y se les imputen, determinará el ajuste económico que entre ellos se establezca. El equilibrio o economía contractual puede mirarse como una distribución de riesgos, a los efectos de aplicar las contingencias que con el tiempo se producirá en el entramado de derechos y obligaciones. Además de los riesgos externos las partes deberán considerar y valorar los riesgos internos del contrato generado por la eventualidad del propio incumplimiento de las partes. Cfr. BARAONA GÓNZALEZ (n. 48), pp. 198-199. En sentido similar PIZARRO WILSON (n. 21), p. 396, afirma: “el contrato es un instrumento destinado a satisfacer los intereses de las partes. Constituye una forma convencional de distribuir riesgos”. Reconoce también expresamente la función económica del contrato BARROS BOURIE (n. 22), p. 405.

canzar o satisfacer con su cumplimiento fiel y oportuno⁵³. De forma similar, Luis Díez-Picazo, con la expresión “fin del contrato”, alude al propósito a que el contrato sirve en la vida real, es decir, el resultado empírico o práctico que en orden a los propios y peculiares intereses las partes pretenden alcanzar⁵⁴. Ya había afirmado varios años antes Henri Capitant:

“todo el que consiente en obligarse hacia otro, lo hace por la consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación. La obligación de quien contrae está siempre y necesariamente dominada por el deseo de alcanzar un fin que él ha previsto. Obligarse sin tendencia a un fin es acto propio de locos”⁵⁵.

El propósito práctico, creemos, equivale a la noción de causa que proporciona el *CC* en su artículo 1467 inciso 2º: “[s]e entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato [...]”, motivo que cobra relevancia en la medida que se haya incorporado expresa o tácitamente al contrato, en la fase de su ejecución y no en el momento de determinar su validez⁵⁶. Desde esta perspectiva, la causa es el propósito o resultado práctico que las partes pretenden alcanzar con la ejecución del contrato⁵⁷.

⁵³ Cfr. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 29, 228-229. En el mismo sentido Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “El concepto de causa en el negocio jurídico”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, Nº 1, Madrid, 1963, p. 32.

Destacamos la labor de Antonio Manuel Morales Moreno para resaltar el aporte de Federico de Castro con la noción de propósito práctico, en este sentido véase Antonio Manuel Morales Moreno, “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, Nº 4, Madrid, 1983, pp. 1.529-1.546.

⁵⁴ Cfr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Prólogo de Espert Sanz, Vicente, La frustración del fin del contrat*, Madrid, Tecnos, 1968, pp. 10-11. El autor se encarga de precisar que este concepto de fin de contrato exige deslindar los conceptos de ‘causa’ si es tomada en sentido objetivo y ‘móvil’ o ‘motivo’. En sentido similar, Vicente Espert Sanz en la obra referida [Cfr. p. 178 y ss.].

⁵⁵ Henri Capitant, *De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux, legs*, Madrid, Góngora, 1930, p. 9.

⁵⁶ Vidal Olivares (n. 3), pp. 507-508. Vidal Olivares, “La noción...” (n. 26), p. 227; Jaime Alcalde Silva, “La causa de la relación obligatoria”, en Alejandro Guzmán Brito, *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, 2007*, Santiago, LexisNexis, 2008, pp. 368-369. Recoge en cierta medida esta noción Cfr. Ramón Domínguez Águila, *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pp. 15-17. Jorge Baraona, a propósito de la frustración del fin del contrato, liga a éste con el concepto de causa contractual que, en cuanto elemento estructural del contrato, tiene virtualidad para recoger la finalidad concreta y práctica perseguida por las partes, conforme a la cual se ha celebrado el contrato y organizado la economía del mismo y que es otra forma de referirse a los fines del contrato. Baraona (n. 48), p. 218.

⁵⁷ Desde esta perspectiva, José Melich Orsini señala que bastará con desarrollar la idea de *conditio sine qua non* bajo la cual ha prestado su aquiescencia al contrato quien promete a través del

Precisamos que la consideración al propósito práctico no implica introducir en el contrato simples deseos que quedan en el fuero interno de los contratantes o, bien, sus aspiraciones, lo que la doctrina tradicionalmente ha denominado motivos y que se ha encargado de deslindar y prescindir de ellos en la noción de causa, con la finalidad de proteger la confianza del co-contratante y de resguardar la seguridad del tráfico⁵⁸. Éstos son irrelevantes en el contrato⁵⁹. Tampoco basta, por cierto, la simple manifestación y conocimiento de estos motivos determinantes por uno de los contratantes sino que es necesario que formen parte del contenido de la prestación del deudor para que le resulte obligatoria su consecución. Con el propósito práctico nos estamos refiriendo a aquél que siendo impulso de la voluntad se manifiesta con ella y se incorpora expresamente al contrato, estando ambos contratantes en conocimiento de él, o que se deduce de su declaración de voluntad interpretada e integrada.

Nuestra jurisprudencia ha asignado expresamente importancia al propósito práctico, en algunos de sus fallos, en materia de resolución del contrato⁶⁰.

b) Manifestaciones de este criterio

b.1) Imposibilidad sobrevenida de la prestación

La imposibilidad sobrevenida, material o jurídica, de la prestación al obstar toda posibilidad de cumplimiento posterior, frustrando el propósito práctico

mismo, para llegar a subsumir en ellas todas las situaciones de hecho que, por acuerdo explícito entre las partes o por las circunstancias objetivas en las cuales se hizo la promesa y bajo los postulados de la buena fe pueda considerarse como fin perseguido por él y como tal causa de la obligación. Entiende que la causa en este sentido cumple el papel de fundamento subjetivo del deber jurídico de cumplimiento de la obligación del deudor José MELICH ORSINI, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 27, N° 1, Madrid, 1984, p. 23.

⁵⁸ En este sentido Federico de Castro denomina motivos o simples motivos a “todo lo que no afecte la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, a la del resultado práctico o social para el que aparece utilizado”. DE CASTRO (n. 53), p. 229.

⁵⁹ En Derecho, la voluntad para ser tutelada requiere ser manifestada, el silencio sólo excepcionalmente produce efectos. Ello acontecerá en aquellos casos en que el legislador expresamente así lo señala. La doctrina incluye, además, los supuestos de silencio circunstanciado y aquéllos en los que las partes acuerdan que el silencio envuelva una manifestación de voluntad. Cfr. VODANOVIC (n. 6), pp. 58-59.

⁶⁰ En este sentido puede consultarse sentencia de la Corte Suprema, 31 mayo de 2005, rol: 3558-2003, partes: Exportadora Río Bueno Ltda. con Angiolina Montroni Núñez, en *Fallos del Mes*, N° 533, Santiago, 2005-2006, pp. 853-866; sentencia de la Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, rol: 1287-2008, partes: Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A., N° Legal Publishing: 39372; sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, 11 de agosto de 2003, rol: 11.527-2002, partes: Inmobiliaria y Constructora Geval Ltda. con Sociedad comercializadora y distribuidora Gamar Ltda., en *GJ*, N° 278, Santiago, 2003.

que perseguía el acreedor con la celebración del contrato, se constituye en el primer supuesto de este criterio⁶¹.

La imposibilidad sobrevenida de la prestación es una manifestación más del incumplimiento, si lo consideramos como una noción amplia y objetiva⁶²; incumplimiento que, por regla general, facultará al acreedor para resolver el contrato⁶³. Si la prestación es sobrevenidamente imposible, el acreedor no podrá ver satisfecho el interés que lo motivó a celebrar el contrato; la resolución le permitirá liberarse de su obligación para acudir al mercado y celebrar una operación de reemplazo con la finalidad de satisfacer su interés lesionado. En este sentido, el profesor Fernando Fueyo señala que el fundamento de la resolución, en este caso, descansa en la necesidad de reciprocidad y, además, en permitir al contratante cumplidor desligarse de la relación contractual que dejó de ser idónea para satisfacer el fin que tuvo en vista al contratar y, seguidamente, darle oportunidad para celebrar lo antes posible un negocio jurídico útil para el fin perseguido y de momento frustrado⁶⁴.

La imposibilidad sobrevenida de la prestación no está establecida como tal en nuestro *CC*, su estudio es reconducido por los autores a las normas que reglan la pérdida de la cosa que se debe como modo de extinguir las obligaciones y a la teoría de los riesgos⁶⁵. El artículo 1567 enumera dentro de los modos de extinguir las obligaciones “la pérdida de la cosa que se debe”; para nuestro *CC*, el modo de extinguir las obligaciones lo constituye la pérdida fortuita de la cosa que se debe; si ella acontece por culpa o durante la mora del deudor, de conformidad al artículo 1672, la obligación subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

La regulación que brinda el legislador a la imposibilidad, como modo de extinguir las obligaciones, descansa en un modelo de obligación: la unilateral de

⁶¹ Acerca del concepto de imposibilidad, véase María Graciela BRANTT ZUMARÁN, *El caso fortuito en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código civil chileno*, tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2009, p. 191 y ss. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (n. 41), p. 688 y ss.

⁶² Sobre el particular MEJÍAS ALONZO (n. 14).

⁶³ Decimos por regla general porque en materia de riesgo, como se verá más adelante, el legislador prevé reglas especiales. En este sentido, Lis Paula San Miguel Pradera afirma que en un sistema en que el incumplimiento funciona con criterios de culpabilidad tiene sentido distinguir entre incumplimiento y atribución de riesgos, pero en un sistema que es objetivo parece perder justificación esta regla. Cfr. Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *La resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, pp. 127-136.

⁶⁴ FUEYO LANERI (n. 25), p. 333.

⁶⁵ Por todos véase Fernando FUEYO LANERI, *Derecho civil IV*, Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo, 1958, vol. II, p. 185 y ss.

dar una especie o cuerpo cierto. La doctrina nacional, sin embargo, admite su aplicación no sólo a estas obligaciones sino, también, a las de hacer o no hacer personalísimas⁶⁶. Cabe precisar que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no necesariamente provocará la extinción de la relación obligatoria; para ello se requiere la concurrencia de sus requisitos: imposibilidad de la prestación y que se deba a un caso fortuito⁶⁷. No debe perderse de vista que el modelo de obligación hoy imperante en el tráfico es la obligación con objeto fungible y en ellas las posibilidades de satisfacción del interés del acreedor son múltiples, razón por la cual la imposibilidad de la prestación provocará la extinción de la obligación en situaciones muy puntuales, aquéllas en las que el interés del acreedor sólo se satisface con la cosa, actividad o abstención específicamente estipulada en el contrato, es decir, si se trata de un obligación con objeto específico.

Extinguida la obligación por imposibilidad sobrevenida fortuita, cobra especial relevancia en los contratos bilaterales el problema de los riesgos de la contraprestación⁶⁸. El legislador prevé reglas expresas en los artículos 1550 y 1820 del *CC*; tratándose del riesgo de la especie o cuerpo cierto que se debe, éste es siempre de cargo del acreedor –*res perit creditori*–. De conformidad a estas disposiciones no es posible, sin alterar las reglas legales de distribución de riesgos, que el acreedor pueda demandar la resolución, pues a pesar de haberse extinguido la prestación del deudor por imposibilidad fortuita, el acreedor igualmente debe cumplir con su propia prestación. La mayoría de la doctrina nacional ha considerado esta solución errada por una parte, por no avenirse con el sistema de transferencia de la propiedad, ya que el acreedor de la cosa debida no es propietario sino hasta que se efectúe la tradición; y, por otra, por la injusticia de estas normas con relación al principio de la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales, postulándose que la situación más equitativa hubiese sido la aplicación del principio *res perit debitori*, es decir, que el riesgo sea de cargo del deudor⁶⁹.

⁶⁶ CLARO SOLAR (n. 18), p. 560; ABELIUK MANASEVICH (n. 5), p. 749.

⁶⁷ BRANTT ZUMARÁN (n. 63), p. 193.

⁶⁸ La doctrina distingue entre riesgos de la cosa y riesgos del contrato. El primero es el peligro a que están sujetas las cosas de deteriorarse o perderse por la ocurrencia de accidentes o siniestros, y que hace que sus dueños deban soportar esta pérdida o deterioro. El segundo es el peligro de perder los derechos derivados del contrato como consecuencia de la imposibilidad que afecta a una de las partes de darle cumplimiento. Se trata de observar la suerte que corre la obligación de una de las partes cuando la otra se ha hecho imposible por caso fortuito o fuerza mayor. Cfr. Fabián ELORRIAGA DE BONIS, “La teoría de los riesgos”, en AA.VV., *Estudios sobre reformas al Código civil y Código de comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, tomo II, pp. 13-17.

⁶⁹ Cfr. Por todos LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 15), pp. 567-578; Antonio VODANOVIC, *Derecho Civil - Tratado de las obligaciones, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile*

La regla que prevé el artículo 1550 no es absoluta sino que cuenta con numerosas excepciones, en las que se recoge que el riesgo contractual lo soporta el deudor, el propio artículo 1550 prevé dos: si el deudor se constituye en mora de entregar la cosa debida o si se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas. Fuera de esta disposición, la doctrina con apoyo legal menciona otras excepciones: en el contrato de arrendamiento (artículo 1950 N° 1), confección de obra material (artículo 1996), obligaciones condicionales (artículos 1486, 1820) y la estipulación de las partes⁷⁰. En este contexto, la mayoría de la doctrina afirma que la regla general en materia de riesgos es que éstos son de cargo del deudor –*res perit debitori*–, salvo que se trate de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto⁷¹.

En las obligaciones de género, en rigor, el problema de los riesgos no llega a originarse, ya que de conformidad al artículo 1510 la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación sin que se suscite, por ende, el supuesto básico para que opere la teoría de los riesgos, salvo que hubiese mediado una especificación o individualización del género⁷².

Tratándose de las obligaciones de hacer o no hacer, en el *CC* no existe una disposición expresa, concluyendo la doctrina que la solución a los riesgos, en estos casos, debe ser coherente con la interdependencia y reciprocidad de las obligaciones emanadas de un contrato bilateral, por esto se sostiene que el riesgo es de cargo del deudor – *res perit debitori*⁷³–.

Si los riesgos son de cargo del deudor – *res perit debitori*–, no podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida que se le adeuda, su deuda se extingue y la obligación correlativa del acreedor se extinguirá si hace uso del ejercicio de la facultad resolutoria⁷⁴.

Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, tomo III, p. 146 y ss.; Ramón MEZA BARROS, *Manual de Derecho civil, de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 131-132. ELORRIAGA DE BONIS (n. 68), pp. 34-35. ABELIUK MANASEVICH (n. 5), pp. 760-761.

⁷⁰ ABELIUK MANASEVICH (n. 5), pp. 760-762. ELORRIAGA DE BONIS (n. 68), pp. 35-60. El autor analiza también normas a propósito del contrato de sociedad, las obligaciones de género, cosas que se venden a peso, cuenta o medida, ventas al gusto o prueba, ventas sobre muestras, obligaciones alternativas, obligaciones de hacer y no hacer, compraventa mercantil.

⁷¹ ELORRIAGA DE BONIS (n. 68), p. 61; ABELIUK MANASEVICH (n. 5), pp. 762-763. Por todos véase FUEYO LANERI (n. 65), p. 222 y ss.

⁷² ABELIUK MANASEVICH (n. 5), p. 763; ELORRIAGA DE BONIS (n. 68), pp. 47-48.

⁷³ Por todos ELORRIAGA DE BONIS (n. 68), pp. 55-56; ABELIUK MANASEVICH (n. 5), pp. 763-764; LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 15), pp. 567-578.

⁷⁴ En este sentido Luis Díez-Picazo sostiene que no por el hecho de que se produzca la imposibilidad sobrevenida, incluso que ésta sea fortuita, pueden negársele al acreedor

El legislador expresamente reconoce esta hipótesis en el contrato de arrendamiento. El artículo 1925 del *CC* prevé el derecho del arrendatario de desistirse del contrato, con indemnización de perjuicios si el arrendador por hecho o culpa suya, de sus agentes o dependientes, se ha puesto en imposibilidad de entregarle la cosa. Si la imposibilidad ha sido conocida por el arrendatario o proviene de fuerza mayor o caso fortuito, el legislador excluye sólo la posibilidad de demandar la indemnización de perjuicios. Por su parte, el artículo 1932 del *CC* también se centra en la imposibilidad de la prestación, que en este caso es material y que obsta a la satisfacción del interés del acreedor; la norma dispone:

“[e]l arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario”.

que sufre la lesión en su derecho de crédito, los remedios posibles, como es en particular la facultad resolutoria en las obligaciones sinalagmáticas. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (n. 1), pp. 691, 854; SAN MIGUEL PRADENA (n. 63), p. 127 y ss.; Fernando PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44-3, Nº 3, Madrid, 1991, p. 1.048; MORALES MORENO (n. 3), p. 44; CLEMENTE MEORO (n. 1), p. 443. En la doctrina nacional ELGUETA ORTIZ (n. 17), p. 66 y ss.; plantea que si los riesgos son de cargo del deudor, como el deudor de la obligación incumplida no puede obtener la satisfacción de lo que por la contraparte se le debe, es necesario resolver el contrato porque de otra manera se invertiría el cargo del riesgo. Reproduciendo los mismos argumentos ELGUETA ANGUITA (n. 20). Reconocen que la cuestión de los riesgos ha sido planteada para un tipo preciso de obligaciones, no siendo óbice la imposibilidad fortuita a la facultad resolutoria. VIDAL OLIVARES (n. 3), p. 536; BARROS BOURIE (n. 22), pp. 420-421. En la doctrina nacional, con una opinión contraria, José A. Galván Bernabeu afirma que la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones y la buena fe obliga a concluir que la liberación de una parte provoca la liberación de la otra. Por ello, puede decirse que la temática no es un problema del riesgo sino un problema de liberación del acreedor. Si el fundamento de la solución del *res perit debitori* está en la buena fe, no se debería hablar en el caso de imposibilidad de ejecución de la resolución del contrato sino simplemente de la obligación de la contraparte que se extingue como consecuencia de la extinción de la otra; hay una proyección del sinalagma genético al sinalagma funcional. Cfr. José Antonio GALVÁN BERNABEU, “Comentario del Profesor don José Antonio Galván a la ponencia principal”, en AA.VV., *Estudios sobre reformas al Código civil y Código de comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, tomo II, pp. 169-170.

El *CC* italiano expresamente prevé este supuesto en sus artículos 1463 y 1464; lo mismo acontece en el *Common Law*; la doctrina que comenta el art. 25 de la *CVCIM*, el §326 del *BGB*.

Nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado en supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, ya material, ya jurídica⁷⁵.

b.2) Privación sustancial o total de los beneficios que el acreedor esperaba obtener con la ejecución del contrato

Producido el incumplimiento del contrato sus consecuencias pueden, por el impacto que ocasionan en el propósito práctico que perseguía el acreedor con la ejecución fiel y oportuna del contrato, privarle sustancialmente de los beneficios que esperaba obtener o, bien, privarle de todo beneficio, causándole la completa insatisfacción de su interés. Ello acontecerá en los supuestos de imposibilidad de la prestación, sin embargo, puede aún ser posible la prestación mas no idónea para satisfacer el interés del acreedor; en este sentido, Vicente Espert Sanz señala que la frustración por imposibilidad de alcanzar el fin perseguido es

“aquella situación sobrevenida que se produce cuando la prestación es aún perfectamente hacedera y la finalidad del contrato ya no puede cumplirse, haciendo del contrato inútil y carente de interés”⁷⁶.

En estos casos habrá que considerar la incidencia que tiene el incumplimiento en la finalidad perseguida por el acreedor; el impacto de sus consecuencias en su propósito práctico que ha sido incorporado, expresa o tácitamente, al contrato para que haya formado parte del contenido de la prestación del deudor y sea previsible para él esta privación. Los beneficios que el acreedor espera obtener usualmente lo serán de índole económica, mas nada obsta que sean de otro tipo; habrá que estar a la declaración de voluntad de las partes debidamente interpretada e integrada para determinar esto.

⁷⁵ Respecto a la imposibilidad jurídica, puede consultarse sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de diciembre de 1993, rol: 1171-1992, partes: Transportes Sierra Nevada Ltda. con María Luisa Dosque Contreras, N° Legal Publishing: 22097; sentencia de la Corte Suprema, 10 de mayo de 1910, partes: Eugenio Achirica con Manuela Chávez, en *RDJ*, N° 8, Santiago, 1911, II, secc. 1ª, p. 280 y ss.

Respecto a la imposibilidad material sentencia de la Corte Suprema, 12 de diciembre de 1941, partes: Ramón Salinas y otros con Ester Palma, en *RDJ*, N° 38, Santiago, 1941, II, secc. 1ª, pp. 377-383; sentencia de la Corte Suprema, 13 de diciembre de 1943, partes: Alicia Severín con Bernardo Montero, en *RDJ*, N° 41, Santiago, 1943, II, secc. 1ª, pp. 461-466.

⁷⁶ ESPERT SANZ (n. 54), p. 203. Jorge Baraona González entiende que la frustración del fin tiene lugar cuando la razón práctica del negocio ya no puede producirse o es imposible de alcanzar, sea porque el fin mismo es inalcanzable materialmente, o sólo pueda serlo a un costo no justificado por la economía del contrato (imposibilidad económica). BARAONA GONZÁLEZ (n. 48), p. 219.

En nuestro *CC* diversas disposiciones se refieren a este criterio. En el contrato de compraventa, tratándose de las obligaciones de la naturaleza, saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, que tienen por finalidad amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica, tranquila y útil de la cosa, el legislador atiende a la privación sustancial de aquellos beneficios que el acreedor esperaba satisfacer con la ejecución del contrato. El artículo 1852, inciso final, dispone:

“[s]i la evicción no recae sobre toda la cosa vendida, y la parte evicta es tal, que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la rescisión de la venta”⁷⁷.

Tratándose de los vicios redhibitorios, el legislador en el artículo 1858 del *CC* los define; son aquéllos que reúnen las calidades siguientes:

“1^a. Haber existido al tiempo de la venta;

2^a. Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiere comprado o la hubiere comprado a mucho menos precio;

⁷⁷ En caso de no ser de tanta importancia la parte evicta o de no pedirse la resolución, el comprador tiene derecho para exigir el saneamiento de la evicción conforme al artículo 1847 y ss. [art. 1854].

La Corte de Apelaciones de Rancagua expresamente ha acudido al artículo 1852 para integrar el vacío que presenta el art. 1489, ha sostenido: “No procede pedir la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes, por incumplimiento de obligaciones accesorias no condicionantes de escasa entidad, si se han cumplido las obligaciones principales. Así se desprende de la interpretación del artículo 1489 del Código Civil ya que su aparente mandato absoluto en que su tenor literal aparece concebido, no es tal porque es la misma ley que le resta ese carácter cuando en el inciso final del artículo 1852 del Código Civil dispone que si la evicción no cae sobre toda la cosa vendida y la parte evicta es tal que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la resolución de la venta. De esta forma es dable concluir que no todos los incumplimientos llevan necesariamente a la resolución y en la especie se da la situación”. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 8 de junio de 2001, rol: 2541-2001, partes: Benedicta Aliaga Contreras con Roberto Alguello Castillo, N° Legal Publishing: 25338.

La doctrina nacional entiende que en este caso (art.1852), no obstante referirse el legislador a la acción rescisoria se está ejerciendo la acción resolutoria. Raúl DIEZ DUARTE, *La compraventa en el Código civil chileno*, Santiago, El Jurista, 1988, p. 161; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 1), pp. 135-136. En sentido contrario Alejandro Guzmán Brito defiende la naturaleza rescisoria de la acción redhibitoria. Véase Alejandro GUZMÁN BRITO, “Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, Santiago, diciembre 2007, pp. 99-100.

3^a. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio”.

Por su parte, el artículo 1860 dispone que estos vicios dan derecho al comprador para exigir la rescisión o rebaja del precio, según mejor le pareciere; pero si los vicios no son de la gravedad señalada en el número dos del artículo 1858, el comprador sólo podrá pedir la rebaja del precio [artículo 1868]. Para nosotros, los supuestos de evicción y vicios redhibitorios quedan subsumidos en una noción amplia y objetiva de incumplimiento⁷⁸; la doctrina hace presente que en estos casos, al adolecer la cosa de ciertos vicios o defectos que aminoran las ventajas y utilidades que produce o que la hacen impropia para el uso a que se le destina, el comprador no obtiene de ellas el provecho que creyó, no la posee útilmente; el vendedor no ha cumplido la obligación de dar al comprador la posesión útil de la cosa⁷⁹.

En otras disposiciones del *CC*, a propósito del contrato de arrendamiento, nuestro legislador nuevamente vincula el impacto que produce el incumplimiento con el propósito práctico del acreedor para determinar la procedencia de la resolución. El artículo 1926 del *CC* prevé la facultad resolutoria si el retardo en la entrega de la cosa disminuye notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron. Le asiste, además, el derecho a ser indemnizado de los perjuicios, salvo que el retardo provenga de un caso fortuito o de fuerza mayor. Es la disminución notable de la utilidad del contrato lo que faculta al acreedor para desistirse de él; el legislador vincula el impacto del incumplimiento con el propósito práctico que perseguía el arrendatario⁸⁰; con independencia de que la causa del incumplimiento sea imputable o no al arrendador.

⁷⁸ Una noción amplia y objetiva de incumplimiento nos permite comprender y equiparar jurídicamente las diversas modalidades que el incumplimiento puede adoptar y aglutinar los distintos remedios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor lesionado, dentro de ellos los supuestos y remedios en casos de evicción y vicios redhibitorios.

⁷⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 1), p. 182.

⁸⁰ En la doctrina nacional especial importancia le ha dado a esta disposición para integrar el artículo 1489 VIDAL OLIVARES, “La noción...” (n. 26), pp. 246-247.

José A. Galván afirma que esta situación admitida por el legislador para una situación de carácter particular se asocia en el Derecho Comparado con pretensiones de generalidad en lo que se ha venido llamando pérdida de la finalidad prevista al contratar o frustración del fin del contrato. GALVÁN BERNABEU (n. 32), p. 131.

Por su parte, el artículo 1928 del *CC* regula la obligación del arrendador de liberar al arrendatario de toda turbación o embarazo. El arrendatario se encuentra obligado a sufrir aquellas reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse, pero si estas reparaciones recaen sobre gran parte de la cosa, que el resto no parezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el contrato. Lo mismo acontece si las reparaciones han de dificultar el goce de la cosa demasiado tiempo, de manera que no pueda subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio para el arrendatario.

Finalmente, el artículo 1930 del *CC* faculta al arrendatario para demandar la resolución del contrato si a consecuencia de los derechos que ha justificado un tercero se ve privado de tanta parte de la cosa arrendada que sea de presumir que sin esta parte no habría contratado.

Nuestra jurisprudencia también ha integrado el vacío que presenta el artículo 1489 del *CC* acudiendo a las disposiciones mencionadas, siendo posible distinguir una serie de supuestos⁸¹:

- i) privación sustancial al acreedor de los beneficios que le hubiese reportado el contrato⁸²;
- ii) entrega de una cosa distinta a la convenida –*aliud pro alio*⁸³– y
- iii) prestación tardía que no reporta utilidad al acreedor⁸⁴.

c) La pérdida de confianza del acreedor

El segundo criterio relevante para determinar la procedencia de la resolución, es la pérdida de confianza del acreedor en el futuro cumplimiento de su deudor ante la conducta por él desplegada en la ejecución de la prestación.

Lo mencionamos en segundo orden de prioridad porque para que opere la resolución, consideramos, no es necesario que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor; desde esta perspectiva basta que se produzca el hecho objetivo del incumplimiento, siendo indiferente la causa del mismo⁸⁵.

⁸¹ Un mayor análisis de los supuestos enunciados puede consultarse en MEJÍAS ALONZO (n. 3).

⁸² En este sentido pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: sentencia (n. 34), pp. 610-617; sentencia (n. 60); sentencia (n. 39); sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de julio de 2007, rol: 226-2007, en www.puntolex.com.

⁸³ En este sentido sentencia de la Corte Suprema, 27 de julio de 2005, rol: 5320-2003, partes: Cecinas La Preferida S.A. con sociedad Comercial Salinac Limitada, N° Legal Publishing: 32452.

⁸⁴ En este sentido sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, 7 de octubre de 1915, partes: Aníbal Briones con Alejandro Dussailant, en *GT*, 1915, s.595.

⁸⁵ Compartimos con aquella doctrina que considera que la imputabilidad subjetiva del deudor es sólo requisito, en nuestro sistema, de la indemnización de perjuicios. PIZARRO WILSON

Sin embargo, la conducta desplegada por el deudor en la ejecución de la prestación, su intencionalidad no es indiferente para configurar un incumplimiento resolutorio⁸⁶. Cabe preguntarse, ¿en qué casos el comportamiento del deudor determina un incumplimiento resolutorio? Creemos que en aquéllos en que exista un comportamiento doloso, deliberado o cometido con culpa grave por el deudor, que conduce a concluir de manera inequívoca que el acreedor ha perdido la confianza en la ejecución futura o posterior de su deudor.

En estas hipótesis no resulta razonable exigir al acreedor, atendida la conducta desplegada por el deudor, en la fase de ejecución del contrato, que mantenga la confianza en que ejecutará la prestación en los términos en que fue pactada, facultándosele para que le ponga término al contrato.

El fundamento de este supuesto de incumplimiento resolutorio es el principio de la buena fe objetiva consagrado en el artículo 1546 del *CC* que dispone:

“[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenece a ella”.

La aplicación de este criterio, a diferencia del anterior, conduce a que la resolución viene determinada no por las consecuencias que produce el incumplimiento y su impacto en el propósito práctico perseguido por el acreedor, sino que por la conducta desplegada por el deudor que se opone a la buena fe objetiva y que afecta la confianza del acreedor⁸⁷.

(n. 21), pp. 398-399; Álvaro VIDAL OLIVARES, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil. Una perspectiva más realista”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, Santiago, 2007, p. 41 y ss.; Enrique BARROS BOURIE, “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos”, en Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios de derecho civil II*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 728-729.

⁸⁶ En los PECL, PECEI y MCR se prevé el incumplimiento intencional como una manifestación del incumplimiento esencial. La jurisprudencia que ha aplicado la CV también ha considerado este criterio para dotar de contenido a la noción de incumplimiento esencial.

⁸⁷ En este sentido, Álvaro Vidal considera que en estos casos la gravedad es subjetiva y viene determinada por la conducta del deudor que se opone a la buena fe objetiva del art. 1546 *CC*. VIDAL OLIVARES, “La noción...” (n. 26), p. 253. Luis Díez-Picazo sostiene que se equipara al incumplimiento esencial aquel otro que es intencional y que permite a la parte que lo ha sufrido creer que ya no podrá confiar en un futuro cumplimiento, el autor afirma que esta idea proviene del Derecho inglés donde, a su vez, aparece recogido en el Sale of Goods Act de 1979. El incumplimiento es intencional, y por sí solo, no alcanza la categoría de sustancial, pero permite establecer la fundada idea de que el contrato no será cumplido en el futuro, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (n. 2), pp. 91-92.

Consideramos, además, que el artículo 1939 de nuestro *CC* recoge este criterio. El arrendatario está obligado a emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Si falta a esta obligación, es responsable de los perjuicios que ocasione al arrendador, quien podrá poner término al arrendamiento en caso de un grave y culpable deterioro. El legislador atiende a la conducta desplegada por el deudor –deterioros graves debido a su culpa– para determinar la procedencia de la resolución.

Este criterio ha sido recogido por nuestra jurisprudencia en ciertos fallos; en ellos se advierte que el incumplimiento resolutorio viene determinado por la pérdida de confianza del acreedor ante un incumplimiento intencionado de su deudor. A partir de estos casos resueltos por nuestra jurisprudencia distinguimos los siguientes supuestos⁸⁸:

- i) Incumplimientos dolosos, deliberados o cometidos con culpa grave⁸⁹.
- ii) Casos en que existe una reticencia del deudor al cumplimiento⁹⁰.
- iii) Incumplimiento de las obligaciones propias de los contratos *intuitu personae*⁹¹.

Por su parte, Jorge Baraona menciona que un segundo gran criterio para juzgar la gravedad de la lesión del interés en la prestación, frente a un incumplimiento por retraso, proviene de aspectos centrados en la lesión al principio de la confianza que informa la relación obligatoria. Agrega que la pérdida de confianza se puede producir por hechos de naturaleza puramente patrimonial o, bien, en aspectos relacionados con la actitud del deudor frente al cumplimiento. En este caso no se indaga tanto por aspectos propiamente culpabilísticos, sino, más bien, por una actitud frente al cumplimiento, más próxima a la idea de buena o mala fe. No es la actitud o comportamiento del deudor el elemento caracterizante del incumplimiento, pero sí contribuye a calificarlo. BARAONA GONZÁLEZ (n. 48), p. 233 y ss.

En la doctrina francesa, Thomas Genicon afirma que un examen de la jurisprudencia francesa denota que los jueces acuden fácilmente a la resolución para sancionar las faltas más variadas a la buena fe que se deben los contratante; en la inmensa mayoría de los casos se percibe que el comportamiento del deudor se relaciona con el contrato y conduce a determinar la gravedad del incumplimiento. El autor considera que en estos casos la resolución tiene por función sancionar al deudor culpable. GENICON (n. 2), p. 214 y ss.

⁸⁸ Para un análisis más detenido de estos supuestos, véase MEJÍAS ALONZO (n. 3).

⁸⁹ En este sentido puede consultarse sentencia de la Corte Suprema, 23 de mayo de 1996, rol: 4165, partes: Carlos Rozas Zapata con Servicio de Salud de Antofagasta, en *Fallos del Mes*, N° 450, Santiago, 1996, pp. 950-967; sentencia de la Corte Suprema, 24 de julio de 2007, rol: 4303-2005, partes: Corporación Habitacional Cámara Chilena de la Construcción con Inmobiliaria San Lorenzo S.A., N° Legal Publishing: 36693.

⁹⁰ En este sentido puede consultarse sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de noviembre de 1952, partes: Armando Jiménez con Cipriano Martel, en *RDJ*, N° 49, Santiago, 1952, II, secc. 2ª, pp. 153-157; sentencia de la Corte Suprema, 22 de mayo de 2006, rol: 5646-2004, partes: Juan Carlos Riveros Faúndez y otros con Jessica Fuentes Vinas, N° Legal Publishing: 35261.

⁹¹ En este sentido puede consultarse sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de marzo de 1908, partes: Arzón con Corbalán, en *RDJ*, N° 5, Santiago, 1908, II, secc. 2ª, p. 60 y ss.

IV. CONCLUSIONES

Tras el análisis efectuado concluimos que el artículo 1489 del *CC*, que consagra la facultad resolutoria, presenta un vacío al no precisar en qué casos ella es procedente. Sin embargo, a partir del tenor de esta disposición y de otras que regulan supuestos particulares de resolución es posible establecer cuándo un incumplimiento es resolutorio. Consideramos que no es posible comprender en una única causal sus diversos supuestos. Lo común en todos ellos es la gravedad del incumplimiento que puede ser determinado de manera objetiva o subjetiva. En el primer caso, el incumplimiento será resolutorio porque así lo han pactado expresamente las partes al señalar en específico la o las manifestaciones del incumplimiento que en concreto facultarán al acreedor para resolver el contrato, o bien, elevando el cumplimiento de una determinada obligación a la condición de esencial. El incumplimiento resolutorio es determinado objetivamente, también, si se consideran las consecuencias que produce el incumplimiento, su impacto en el propósito práctico que perseguía el acreedor con la celebración del contrato y que se manifiesta en la privación sustancial de los beneficios que razonablemente podía esperar de la ejecución de la prestación de su deudor o en la privación de todo beneficio. El incumplimiento resolutorio, además, puede ser determinado subjetivamente ante la pérdida de confianza del acreedor en la ejecución futura o posterior de su deudor que resulta ostensible por la conducta que despliega en la ejecución de la prestación, su intencionalidad: un comportamiento doloso, deliberado o cometido con culpa grave. Por lo anterior, afirmamos que el incumplimiento resolutorio es aquél que es grave, sea porque convencionalmente se le dio este carácter, sea porque así se manifiesta en las consecuencias que produce el incumplimiento en el propósito práctico perseguido por el acreedor o por la pérdida de confianza en la ejecución futura o posterior de su deudor.

EL CONCURSO ENTRE EL ERROR CON TRASCENDENCIA ANULATORIA Y EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Íñigo de la Maza Gazmuri

INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen me interesa presentar una situación de concurso de normas y su posible solución. Mi sugerencia es que resulta perfectamente posible –y nada infrecuente– que el supuesto de hecho del error con trascendencia anulatoria coincida con el supuesto de hecho del incumplimiento resolutorio. Cuando dicha coincidencia tiene lugar es necesario determinar cómo ha de resolverse el concurso entre ambas figuras. O, bien, se acepta que una norma desplaza a otra o, en cambio, se asume que existe la opción de elegir entre la acción de nulidad y la resolutoria.

El objetivo de este trabajo es, entonces, doble. Por una parte se trata de mostrar que es posible la coincidencia de los supuestos de hecho del error y la resolución y, por otra, presentar la forma en que debe resolverse dicho concurso.

El examen de la primera cuestión –la posibilidad de concurso– precisa prestar atención al supuesto de hecho del error con trascendencia anulatoria y de la acción resolutoria. Al hacerlo espero mostrar que, tratándose del error –al menos de los supuestos de error que me interesa considerar aquí–, lo determinante es la falta de ciertas cualidades presupuestas en la cosa. En lo que se refiere al incumplimiento resolutorio, mostraré que, al menos en ciertos casos, también resulta determinante la falta de determinadas cualidades. Si estoy en lo correcto, significa que la falta de estas cualidades determina la existencia de un concurso entre las acciones del error y aquéllas del incumplimiento resolutorio.

Aceptada la posibilidad de concurso, la segunda cuestión consiste en determinar cómo ha de resolverse. Las posibilidades son tres.

- es que las reglas del error desplacen a las de la resolución;
- es que las reglas de la resolución desplacen a las del error y
- es que el titular pueda elegir entre ambas acciones.

* Profesor-investigador Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

Mi sugerencia es que en el actual estado del Derecho de Obligaciones chileno existen mejores razones para optar por esta última solución. Sin embargo, en un derecho de obligaciones estructurado sobre una noción de incumplimiento amplia, unitaria y neutral a la manera de la CV (Derecho interno desde el año 1990), la respuesta debería ser otra: las reglas de resolución debiesen desplazar a las del error en aquellos casos en que los supuestos de hecho de ambas figuras coinciden.

I. LA POSIBILIDAD DE CONCURSO

Sugiere Karl Larenz que:

“Es posible que al mismo hecho (acontecimiento de la vida) se puedan aplicar los supuestos de hecho (formulados de modo general) de varias proposiciones jurídicas –H puede ser tanto S¹ como S²– que, o bien ordenan iguales consecuencias jurídicas o bien distintas”¹.

Presentada en estos términos, la situación del concurso no resulta nada infrecuente en el Derecho Civil. Así, por ejemplo, en el ámbito nacional se ha discutido con intensidad sobre el concurso entre el estatuto de responsabilidad contractual y aquél de responsabilidad aquiliana². Igualmente, aunque con menor intensidad, se ha debatido respecto de la coordinación de las acciones que confiere la normativa propia de Derecho del Consumo y la del Derecho Común³; la posibilidad de opción entre las acciones edilicias y la resolutoria⁴, la coordinación entre las acciones propias de evicción y la resolutoria⁵ o entre la acción de nulidad por error o las propias de la cabida *ex* artículo 1831⁶.

¹ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966, p. 188.

² Véase, por ejemplo, María ALONSO TRAVIESA, *El problema de la concurrencia de responsabilidades*, Santiago, LexisNexis, 2006.

³ Bruno CAPRILE BIERMANN, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el derecho comparado”, Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Carlos PIZARRO WILSON (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Santiago-Bogotá, Fundación Fernando Fueyo Laneri-Universidad del Rosario, 2008, pp. 566-574.

⁴ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo II, vol. 1, p. 369.

⁵ Véase, por ejemplo, José Hilario Arraigada Sepúlveda; con Ricardo Fernández Toloza, Corte Suprema, 2 de julio de 2002, rol N° 931-2002, N° identificador Legal Publishing 24768.

⁶ Véase, por ejemplo, Juan Orlando Rodríguez Rodríguez con Carlos Antonio Soto Cerda, Corte Suprema, 23 de enero de 2003, rol 4040-2002, N° Legal Publishing 30038.

En cualquiera de estos supuestos, la primera pregunta que se presenta refiere a la coincidencia –o no– del supuesto de hecho de las diversas figuras en juego. Tratándose del concurso entre la responsabilidad aquiliana y la contractual se ha señalado que existirá siempre que, suprimiendo hipotéticamente el contrato, su incumplimiento aún diere lugar a responsabilidad extracontractual⁷ o, bien, tratándose de la posibilidad de opción entre las acciones edilicias y la resolutoria, en algún caso, los tribunales chilenos se han referido –aunque inadvertidamente– a la doctrina del *aliud pro alio* para deslindar el campo de aplicación de ambas figuras⁸.

Siendo las cosas de esta manera, resulta evidente que para constatar la existencia de un concurso parece necesario comenzar determinando cuál es el supuesto de hecho del error con trascendencia anulatoria y cuál el de la acción resolutoria.

En materia de contratos, no cualquier error –entendido como “la falsa noción que se tiene de una cosa o de un hecho”⁹– posee trascendencia anulatoria, sino nada más aquéllos tipificados entre los artículos 1453 y 1455 del *Código Civil*. En este sentido, el error, como ha sugerido la doctrina más autorizada, resulta excepcional¹⁰.

El examen de los artículos 1453 a 1455 del *CC* indica que los supuestos de hecho del error que pueden determinar la nulidad del contrato son aquéllos que recaen sobre:

- a) la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata,
- b) la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato,
- c) otra cualidad de la cosa cuando
 - (i) esa calidad es el principal motivo de una de las partes y
 - (ii) ese motivo ha sido conocido por la otra parte y

⁷ Véase Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 1.057.

⁸ Véase CAPRILE BIERMANN (n. 3), p. 589. Sobre la doctrina del *aliud pro alio* puede consultarse José Ramón de VERDA Y BEAMONTE, *Saneamiento por vicios ocultos*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2009, pp. 313-317.

⁹ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo XI-2, p. 139.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Antonio Manuel MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, Editorial Ceura, 1988, pp. 218-219 explicando las maneras en que este carácter restrictivo se manifiesta en la jurisprudencia. En el mismo sentido puede consultarse Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2007, tomo I: Introducción, teoría del contrato, p. 209. De un enfoque de Derecho Comparado surge la misma conclusión, véase T. Konrad ZWEIGER and Heinz KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., traducción Tony Weir, New York, Oxford University Press, 1998, p. 424.

- d) la persona con quien se tiene intención de contratar y la consideración de ella es la causa principal del contrato.

Por lo que toca a la acción resolutoria, tal y como se la ha entendido generalmente en Chile, lo que se requiere es el incumplimiento resolutorio de un contrato bilateral, por lo tanto, las condiciones que deben concurrir de manera copulativa son las siguientes¹¹:

- a) que exista un contrato bilateral,
- b) que haya incumplimiento imputable de una obligación,
- c) que el incumplimiento sea esencial y
- d) que la parte que ejercita su acción haya cumplido con su obligación o esté llano a cumplirla.

Cruzando los supuestos de error y los requisitos de incumplimiento resolutorio la pregunta acerca del concurso se presentará en *contratos bilaterales en los cuales haya existido un error del titular de la acción sobre la sustancia o calidad esencial o, bien, sobre otra cualidad en los términos del inciso segundo del artículo 1454 de manera que, en abstracto al menos, la falta de dicha cualidad configure un desvío del programa contractual tal y como fue proyectado por las partes.*

Convendrá desarrollar esta idea. El punto de partida debe ser la noción de “cualidades” en el sentido del artículo 1454 del *CC*.

A. Las cualidades y el error con trascendencia anulatoria

Lo que, ante todo, parece necesario determinar es cuáles son aquellas cualidades cuya falta puede determinar la nulidad del negocio por error. En esta empresa es aconsejable prestar atención tanto a la opinión de la doctrina como a las decisiones de los tribunales superiores. Con todo, conviene advertir, desde ya, que el tema del error no ha recibido particular atención por parte de la doctrina¹²; por otra parte, las sentencias judiciales son más bien escasas.

En lo que se refiere al error substancial, el examen de la doctrina nacional más autorizada muestra, por una parte, que, de forma más bien pacífica, se ha aceptado la distinción entre substancia y cualidades esenciales y, por otra parte, que la determinación de cuáles calidades resultan esenciales suele realizarse acudiendo a una métrica de carácter más bien objetivo.

¹¹ Sigo en esto a Daniel PEÑAILLO ARÉVALO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 400 y ss. En términos relativamente similares puede consultarse Sergio GÁTICA PACHECO, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 63.

¹² Así, por ejemplo, en el ámbito nacional no existe una obra monográfica sobre el error y los artículos especializados sobre la materia son extremadamente escasos.

Luis Claro Solar enseña que el error sustancial no sólo puede recaer en la composición del objeto sino, además, sobre una cualidad estimada como esencial.¹³ En esta idea lo acompaña toda la doctrina relevante sobre la materia.¹⁴ La cuestión se presenta más bien respecto a cómo determinar qué cualidades resultan esenciales.

Se ha señalado que autores como Luis Claro Solar y Arturo Alessandri Besa habrían defendido una aproximación de carácter subjetivo, la métrica del carácter sustancial del error remitiría únicamente a las preferencias de las partes¹⁵. Sin embargo, tratándose del primero, la evidencia no parece completamente concluyente¹⁶. El problema, más bien, es que Luis Claro Solar se limita a exponer el panorama en el Derecho Comparado, pero no manifiesta cuál debería ser la solución en el ámbito nacional¹⁷. Por su parte, Arturo Alessandri Besa, siguiendo a Charles Beaudant, afirma que resulta esencial aquella calidad que

“según la intención del autor de un acto jurídico, ha determinado su voluntad en tal forma que no habría consentido si hubiera sabido que la cosa no tenía esa calidad”¹⁸.

No obstante estas autorizadas opiniones, la mayoría de la doctrina y, como se verá, la Corte Suprema han seguido una posición diversa, de carácter objetivo, defendida con especial vigor por Avelino León Hurtado¹⁹. Los argumentos de este autor son dos:

- si se empleara una métrica subjetiva no habría cómo distinguir el error sustancial del error accidental.
- que en el Proyecto de 1.853 existe una nota de Andrés Bello que cita como fuente el *Código de la Luisiana* y en los preceptos pertinentes de dicho *Código* el sistema de apreciación del error es objetivo.

¹³ CLARO SOLAR (n. 9), pp. 155-156.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Arturo ALESSANDRI BESA, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo II, pp. 29-30 y Avelino LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 170-171.

¹⁵ Véase LEÓN HURTADO (n. 15), p. 172.

¹⁶ El ejemplo que utiliza CLARO SOLAR (n. 9), pp. 156-157 es el del artículo 1554 del *CC*, es decir, la barra de metal que se cree de plata, pero realmente no es tal.

¹⁷ Lo que señala, sin embargo, es que la teoría subjetiva tiende a predominar en la doctrina francesa (CLARO SOLAR (n. 9), p. 163). No obstante, desliza una opinión en este sentido más adelante (*op. cit.*, p. 173).

¹⁸ ALESSANDRI BESA (n. 14), p. 31.

¹⁹ LEÓN HURTADO (n. 15), pp. 172-173.

Ésta parece ser, actualmente, la posición dominante en la doctrina²⁰, no basta que la cualidad sea determinante para una de las partes, es necesario que, además, se haya *incorporado* de alguna manera al contrato, ya sea por los criterios del tráfico jurídico, las exigencias de la buena fe, los usos sociales u otros criterios diversos de la sola voluntad de las partes²¹.

Por lo que toca al error accidental, la cuestión parece ser más pacífica. Entienden los autores que existirá esta especie de error toda vez que recaiga sobre una cualidad no esencial que satisfaga dos requisitos:

- constituir el motivo principal que determinó a una de las partes a contratar y
- que esta circunstancia haya sido conocida por la otra parte²².

Conviene prestar ahora atención a la importante sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2010²³, en la que el máximo tribunal se ocupa de ambas especies de errores. Los hechos que originaron esta sentencia son los siguientes. Con fecha 13 de abril de 2004 se celebraron, por escrito, dos contratos de compraventa correspondientes, cada uno a un camión marce Mercedes Benz. El comprador adquirió dos camiones que, a su solicitud, había importado el vendedor desde Holanda. En la cláusula primera de ambos contratos de compraventa se mencionaba una serie de características de los vehículos, entre ellas, su marca, modelo, color, número de chasis y motor, año de fabricación, número de patente única, etc. Respecto del año de fabricación se estableció que correspondía a 2000 en el caso de uno de los camiones, y a 2001 tratándose del otro. Los vehículos fueron entregados por el vendedor al comprador. Según consta en los contratos el demandante revisó detenidamente y a su entera satisfacción los camiones y los consideró conforme a lo pactado en el contrato. El comprador utilizó los camiones entre julio de 2004 y octubre de 2005 para labores propias de su rubro. El 16 de agosto de 2005 el comprador demandó la nulidad de ambos contratos de venta alegando que había padecido error. La fecha de fabricación de los camiones no correspondía a los años 2000 y 2001, sino a 1997 y 1998. La cuestión consistía, entonces, en determinar si la fecha de fabricación de los vehículos constituía o no una

²⁰ Véase, por ejemplo, Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 74 y Rodrigo BARCIA LEHMANN, *Lecciones de derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, tomo I, p. 55. Aparentemente, en una posición similar Víctor VIAL DEL RÍO, *Teoría general del acto jurídico*, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2000, p. 77.

²¹ Sobre estos criterios puede consultarse Antonio Manuel MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, Editorial Ceura, 1998, pp. 206-209.

²² CLARO SOLAR (n. 9), p. 174 y ALESSANDRI BESA (n. 14), p. 33.

²³ Rol N° 1.908-2008, N° Legal Publishing 43283.

calidad cuya ausencia justificaba la declaración de nulidad del negocio. El tribunal de primera instancia estimó que se trataba de un error accidental. La Corte de Apelaciones de Arica confirmó la sentencia. La Corte Suprema, sin embargo, fue de una opinión diversa. Se señala que la cuestión consiste en determinar si el año de fabricación de un vehículo constituye una calidad esencial o, en cambio, una característica accidental. Razona el tribunal señalando, en primer lugar, que la determinación del carácter esencial de una calidad puede realizarse acudiendo a un enfoque subjetivo o a uno objetivo. A este respecto, la Corte indica que, en sus decisiones sobre la materia, se ha optado por el segundo criterio²⁴ y cita las siguientes palabras de Avelino León Hurtado:

“la calidad esencial deberá fijarla en último término el juez, atendiendo a las circunstancias en que se celebró el acto jurídico y a lo que conforme con la noción común, con un criterio general, debe entenderse por tal calidad”.

Concluye el Tribunal:

“En el caso de autos, e incluso abstrayendo al contrato de compraventa de un vehículo motorizado en general, es manifiesto que el año de

²⁴ Aquí conviene tener presente Díaz Mora, Jorge H. c/ Inmobiliaria San Nicolás Ltda., Corte Suprema, 23 de junio de 2008, rol N° 751-07, MJCH_MJJ17585. Se trata de una nulidad de contrato de promesa de compraventa, en la que el promitente comprador alega: “creía estar comprando un departamento que le permitía a él y a su familia ocuparlo en condiciones de normalidad, en situación que el inmueble manifiesta innumerables problemas a consecuencia de la excesiva humedad que mantiene y transmite, lo que en definitiva lo torna inhabitable”. La Corte Suprema, al considerar la existencia de un error sustancial se pregunta acerca de la determinación de la calidad esencial en los siguientes términos:

“...deberá necesariamente reflexionarse si la calidad esencial de la cosa se determinará con un criterio subjetivo, es decir, ateniéndose sólo a la intención del contratante que padece el error, como estiman Arturo Alessandri R., Arturo Alessandri Besa y Claro Solar, entre otros, o si por el contrario, deberán ser consideradas las cualidades cuya reunión determina su índole específica distinguiéndola de acuerdo con la noción común, de todas las demás cosas. Esas cualidades que forman la sustancia de la cosa, serían determinadas, en este caso, conforme con la opinión general y las circunstancias del negocio y no por la sola intención particular del que invoca el error.

Que este Tribunal adscribe mas bien a la postura que propende a una interpretación contractual de carácter objetivo, puesto que si se atiende a la sola intención del contratante que reclama el error, no podría darse un índice seguro para distinguir las calidades esenciales de ‘otra cualquiera calidad de la cosa’, permitiendo con ello la prueba de que cualquier calidad accidental fue esencial en la intención del contratante, lo que conllevaría a la confusión entre el error sustancial y el accidental”.

fabricación es una cualidad esencial, pues no obstante esta circunstancia no hace que un vehículo sea lo que es –es decir, no constituye su esencia– ni altera aquello de que se compone –su materia–, evidentemente le da una fisonomía propia, desde que es determinante, ni más ni menos, para la fijación del precio que se paga por él. Este último es, en efecto, un criterio objetivo al que puede recurrirse para calificar la naturaleza del error. Así, si existe error acerca del color del vehículo ello no influirá en el monto del precio que se pague por él y, en este entendido, puede afirmarse que esa circunstancia es meramente accidental. Mas si para una de las partes el color del vehículo es motivo principal para contratar y ese motivo ha sido conocido de la otra, el error viciará consentimiento de conformidad al inciso 2º del artículo 1454”.

Pues bien, en lo que es de interés a este trabajo, la aproximación al error vicio por parte de la doctrina y los tribunales muestra que:

- (1) el error con trascendencia anulatoria es excepcional y
- (2) el error no se refiere a la falta de cualquier calidad, sino nada más aquéllas que, de alguna manera, se han incorporado al contrato²⁵.

B. La falta de cualidades y el incumplimiento resolutorio

Luis Díez-Picazo indica que el fenómeno del incumplimiento contractual puede contemplarse desde dos perspectivas: la del deudor y la del acreedor. Desde la perspectiva del primero, el énfasis se encuentra en la antijuridicidad y culpabilidad del incumplimiento; desde la perspectiva del acreedor lo importante es, más bien, la satisfacción o insatisfacción del programa contractual²⁶.

Al cargar el énfasis en la posición del acreedor, el incumplimiento se configura cada vez que el deudor no realiza exactamente su prestación principal o cualquier otro deber que surja de la relación obligatoria. La noción de incumplimiento que se perfila de esta manera resulta neutral, amplia y unitaria²⁷.

²⁵ Me he detenido sobre esto en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Comentario. Contrato de compraventa y error”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre 2007, pp. 211-223.

²⁶ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008, vol. II: Las relaciones obligatorias, pp. 647-649.

²⁷ Véase Nieves FENOY PICÓN, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, en *ADC*, vol. 63, N° 1, Madrid, 2010, pp. 72-81.

Que sea neutral significa que la culpabilidad del deudor no constituye un requisito del incumplimiento²⁸.

El carácter amplio de la noción de incumplimiento y su carácter unitario se refieren a que todas las desviaciones del programa contractual (así, por ejemplo, junto a los supuestos más evidentes de incumplimiento contractual se considera como tal el cumplimiento retardado, los problemas de cabida, de vicios redhibitorios, de evicción o de imposibilidad sobrevenida) quedan cubiertos por la noción de incumplimiento.

Esta noción, que es la propia de la CV²⁹, los PCCI³⁰ y de los PECL³¹, no necesariamente encuentra un cómodo encaje en el ámbito nacional³². Así, por ejemplo, respecto del carácter neutral del incumplimiento, los autores más tradicionales tienden a considerar lo contrario: que el incumplimiento resolutorio es imputable. En este sentido Fernando Fueyo Laneri define el incumplimiento como

“aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta”³³.

²⁸ Al respecto puede consultarse Antonio Manuel MORALES MORENO, “Evolución del concepto de obligación en derecho español”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2006, pp. 32-33.

²⁹ Al respecto puede consultarse Antonio Manuel MORALES MORENO, “Comentario artículos 35 a 40”, en Luis Díez-PICAZO (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 1997, pp. 286-312.

³⁰ Véase el Comentario del artículo 7.1.1. de los Principios UNIDROIT, p. 200, señalando que las dos características de la noción de incumplimiento que adoptan dichos Principios son su amplitud y neutralidad.

³¹ Véase Luis Díez-PICAZO, Encarnación ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 317-322.

³² No obstante, Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor”, en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 163, la ha defendido señalando: “En su sentido más amplio [el incumplimiento] se confunde con la no realización de la prestación o, en otros términos, con cualquier desviación del programa, o plan ideal de prestación inicialmente acordado por las partes”.

³³ Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed. actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 256.

Igualmente exigen un reproche a la conducta del deudor Luis Claro Solar³⁴, Sergio Gatica Pacheco³⁵ y René Abeliuk Manasvevich³⁶. No obstante, junto a estos autores, otros han defendido –en mi opinión, con mejores argumentos– la neutralidad del incumplimiento³⁷.

Con respecto al carácter amplio y unitario la cuestión tampoco resulta pacífica. El sistema de remedios en el ámbito nacional parece más bien fragmentario, distinguiendo el incumplimiento que justifica la acción resolutoria de otros desvíos del programa contractual como la presencia de vicios reheditorios³⁸, evicción³⁹ o de discrepancias en la cabida del predio.

Pues bien, en lo que interesa a este trabajo, por el momento, conviene considerar si la falta de ciertas cualidades que determinarían la nulidad del contrato por error podría, a la vez, configurar un incumplimiento resolutorio.

Un par de casos resueltos por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago servirán a este cometido. En el primero de ellos⁴⁰ se trata de un contrato de arrendamiento sobre un predio urbano. La cláusula segunda del contrato estipulaba que el arrendatario dedicaría el predio a una cancha de minigolf. Con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, la arrendataria se enteró de que no era legalmente posible darle ese uso al terreno, toda vez que no se encontraba urbanizado, no contaba con permiso de edificación ni con recepción final, además, parte del predio tenía una franja sujeta a utilidad

³⁴ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo X-1, p. 164.

³⁵ GATICA PACHECO (n. 11), p. 63.

³⁶ René ABELIUK MANASVEVICH, *Las obligaciones*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo I, p. 517.

³⁷ Respecto de opiniones que prescinden de este requisito puede consultarse Álvaro VIDAL OLIVARES, “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en Harnán CORRAL TALCIANI y Sara RODRÍGUEZ PINTO (coords.), *Estudios de Derecho Civi II*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 517 y ss.; Enrique BARROS BOURIE, “El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 305 y Carlos PIZARRO WILSON, “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”, en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 396.

³⁸ Véase CAPRILE BIERMANN (n. 8), pp. 587-592.

³⁹ Véase supra (n. 5).

⁴⁰ Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A., rol N° 1287-2008, N° Legal Publishing 39372. Con comentario Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Comentario Contrato de arrendamiento, artículos 1932 y 1933 del CC., buena fe, propósito práctico, deber de informar”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, Santiago, diciembre 2009, pp. 249-256.

pública. En lo que importa aquí, la arrendataria demandó la terminación del contrato e indemnización de perjuicios justificó su pretensión, en conformidad al artículo 1932 del *CC*. El mal estado o calidad de la cosa le impidió hacer de ella el uso para el que había sido arrendada. Su pretensión fue acogida.

En el segundo caso⁴¹ se celebró un contrato de arrendamiento sobre inmueble. En su primera cláusula se estableció que el destino del inmueble arrendado sería cobijar oficinas comerciales. Según consta de un certificado emitido por el director de Obras Municipales de la municipalidad de Las Condes, acompañado al proceso, de acuerdo con el plan regulador comunal vigente, en la zona de uso de suelo donde se ubica el inmueble dado en arrendamiento, no se permite la actividad de oficina comercial. En lo que aquí importa, la Corte de Apelaciones de Santiago se sirve de esta circunstancia para acoger la demanda reconventional de término de arrendamiento incoada por el arrendatario.

Una mirada atenta al primero de estos casos –el del minigolf– muestra que, en parte al menos, la defensa de la arrendadora consistió en afirmar que había cumplido con su obligación de entregar el predio, una defensa similar podría haberse intentado en el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago. En ambos casos, sin embargo, los tribunales estimaron que existía incumplimiento de la obligación en la medida en que el objeto de la obligación del arrendador carecía de ciertas cualidades necesarias para satisfacer el *propósito práctico* del contrato⁴².

En ambos casos la cuestión que determinó la terminación de los contratos fue la *ausencia de ciertas cualidades* de los inmuebles que las partes supusieron en ellos y de las cuales, sin embargo, carecían.

En los dos últimos casos que he utilizado –el del minigolf y el del inmueble que se destinaría a oficinas comerciales– la falta de ciertas cualidades de los inmuebles determina el supuesto de hecho de las acciones resolutorias, ¿podrían, además, constituir el supuesto de hecho del error con trascendencia anulatoria?

⁴¹ Raúl Aguilera Parada con GSE Lining Technology Chile S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, rol 7153/2008, N° Legal Publishing 43257. Con comentario Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Comentario. Terminación de contrato de arrendamiento por mal estado o calidad de la cosa”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre 2010, pp. 207-211.

⁴² Utilizo aquí la expresión en el sentido que le asigna Federico Castro y Bravo, es decir, como el resultado que las partes se proponen alcanzar a través del contrato, incluyendo en éste no sólo las transformaciones jurídicas que produce sino, además, las presuposiciones básicas que han incorporado las partes (una magnífica explicación de todo esto en Antonio Manuel MORALES MORENO, “El ‘propósito práctico’, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2006, pp. 323-348).

La respuesta es sí. Aun si no se considera que se trate de cualidades esenciales, no cabe duda de que la posibilidad de dedicar los predios a un campo de minigolf o un local comercial constituyó el principal motivo de los arrendatarios y, en ambos casos, dicho motivo fue conocido por los arrendadores, toda vez que se incorporó al contrato. Se trataría, entonces, de errores accidentales.

Advertida la posibilidad de concurso de los supuestos de hecho del error y de la acción resolutoria en estos dos casos, conviene ahora preguntarse si sucede lo mismo en el caso de los camiones, decidido bajo la disciplina del error, ¿se encontraba justificada en dicho caso una acción resolutoria por incumplimiento?

Para responder esta pregunta resultará útil volver a la cualidad sobre la cual recayó el error. Como ya ha quedado dicho, se trataba del año de fabricación de los vehículos. Bajo el concepto amplio de incumplimiento con que se ha venido trabajando la falta de una cualidad establecida en el contrato determina el incumplimiento, sin embargo, para que se trate de un incumplimiento resolutorio no basta cualquier desvío del programa contractual, sino que debe tratarse de un “incumplimiento esencial”, un requisito al que, hasta ahora no he puesto atención y que es necesario presentar, aunque sea en forma esquemática.

No cualquier incumplimiento, sino nada más aquél que posee una cierta entidad resulta apto para justificar la resolución. Presentadas las cosas de esta manera, lo que resta por averiguar es cómo se determina qué incumplimientos satisfacen este requisito. En el ámbito nacional se han esbozado diversos criterios. Así, por ejemplo, la esencialidad de la obligación incumplida al abrigo del artículo 1444 del CC⁴³ o, bien, el valor del negocio, la función que, por su naturaleza, cumple el contrato o la finalidad perseguida por el acreedor con el contrato⁴⁴. Por otra parte, se ha sugerido que, a este respecto, resulta conveniente acoger ciertos desarrollos que han tenido lugar a propósito de la CV, incluyendo, entonces, el incumplimiento que priva sustancialmente al acreedor de aquello que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, aquellos incumplimientos a los cuales las partes, contractualmente, hayan concedido mérito resolutorio o cuando la conducta del deudor sea tal que el acreedor pierda la confianza en que el primero cumplirá en el futuro con sus obligaciones⁴⁵.

⁴³ Véase, por ejemplo, Juan KREBS POULSEN, “La inexecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol 26, N° 4, Santiago, 1999, p. 851 y ss. También ABELIUK MANASEVICH (n. 36), p. 517.

⁴⁴ Estos tres últimos en PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 11), p. 411

⁴⁵ Al respecto puede consultarse Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en

Si se presta atención a los criterios mencionados es posible advertir que, en la medida en que se acepte que la fecha de fabricación de los vehículos constituía una condición del contrato en términos que determinó la voluntad del comprador, la entrega de vehículos de otra fecha constituyó un incumplimiento resolutorio.

En este sentido Arturo Alessandri Besa señala:

“El error sobre una cualidad accidental de la cosa, que una de las partes ha elevado a la categoría de motivo determinante del contrato, no debe confundirse con la situación que se presenta cuando una de ellas pone como condición que la cosa sobre la que versa el contrato tenga una calidad determinante, y la otra acepta el contrato en estos términos. En este segundo caso, la existencia de esa calidad en la cosa objeto del contrato es una de las estipulaciones del mismo, de modo que si la cosa no la contiene, no hay error sustancial, sino que incumplimiento del contrato por una de las partes. El efecto es, entonces, la resolución del contrato, o su cumplimiento forzado, con indemnización de perjuicios (siempre que se trate de un contrato bilateral), en vez de rescisión del mismo”⁴⁶.

La posición de Arturo Alessandri Besa no sólo confirma que en el caso de los camiones podría haberse alegado la resolución del contrato⁴⁷ sino que, además, indica que *debió* haberse alegado. Dicho de otra forma, indica que en caso de concurso, la disciplina de la resolución desplaza a la del error vicio. Para hacerse cargo de esta cuestión convendrá pasar a la segunda parte de este trabajo.

II. LAS CONSECUENCIAS DEL CONCURSO

De acuerdo con Karl Larenz, constatada la existencia de un concurso pueden tener lugar las siguientes consecuencias⁴⁸:

Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 347.

⁴⁶ ALESSANDRI BESA (n. 14), p. 33. En un sentido similar puede consultarse CLARO SOLAR (n. 9), p. 174.

⁴⁷ Desde luego, también en el caso del departamento en el que se anuló la promesa por error, véase supra (n. 24).

⁴⁸ LARENZ (n. 1), p. 188.

- i) que se apliquen las consecuencias de dos o más proposiciones jurídicas copulativamente, un cuyo caso se habla de una *aplicación acumulada*⁴⁹;
- ii) que se apliquen las consecuencias de dos o más proposiciones jurídicas, pero únicamente en el sentido de que el titular de las acciones pueda elegir la proposición según la cual canalizará su pretensión, en cuyo caso puede hablarse de *acumulación alternativa*⁵⁰;
- iii) que reciba aplicación únicamente sólo una de las proposiciones jurídicas, excluyendo a la otra⁵¹.

Desde luego, el concurso que puede presentarse entre el supuesto de hecho del error con trascendencia anulatoria y la acción resolutoria no se resuelve echando mano a lo que Karl Larenz denomina *aplicación acumulada*. Restan, entonces, la acumulación alternativa y el desplazamiento de una proposición jurídica por otra. Las opciones son tres:

- que el titular pueda elegir entre las normas del error y del incumplimiento contractual;
- que el titular deba canalizar su pretensión según las reglas del error;
- que deba canalizarla según las reglas de la resolución.

A. El ámbito nacional

Como ya ha quedado dicho, en la doctrina nacional Arturo Alessandri Besa estima que no existe acumulación y que las normas de la resolución desplazan a las del error⁵². Una posición similar –también ha quedado dicho– mantiene Luis Claro Solar⁵³. En un sentido similar Avelino León Hurtado se esfuerza por

⁴⁹ Así, por ejemplo, sucede con el incumplimiento del deber de fidelidad en el matrimonio que puede determinar la separación judicial (artículo 26 Ley de matrimonio civil), la revocación de ciertas donaciones (artículo 172 del CC), la disminución de los alimentos (artículo 175 del CC), y la pérdida de la calidad de legítimario (artículo 1182 del CC).

⁵⁰ Es el caso, por ejemplo, de los accidentes del trabajo respecto de los cuales nuestros tribunales han aceptado que el trabajador canalice su pretensión reparatoria a través de las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual. Véase Hernán CORRAL TALCIANI, “Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes del trabajo”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, julio 2010, p. 7, con cita a María ALONSO TRAVIESAS, *El problema de la concurrencia de responsabilidades*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 290 y ss.

⁵¹ Ésta es la posición que, en general, asumen los tribunales chilenos en el caso de concurso entre el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Para una muestra de sentencias en este sentido puede consultarse Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 1.062, n. 200.

⁵² Véase supra (n. 46).

⁵³ Véase supra (n. 15).

diferenciar las figuras del incumplimiento resolutorio y del error accidental en los siguientes términos:

“La diferencia entre una y otra figura jurídica se podría enunciar de este modo: para que haya error substancial, según el art. 1454, inc. 2º, es indispensable que la calidad accidental de la cosa respecto de la cual se produce el error, sea el motivo determinante que ha tenido uno de los contratantes para celebrar el acto y que esta circunstancia sea conocida de la otra parte por cualquier medio. En cambio, en el incumplimiento puede tratarse de cualquiera calidad accidental sobre la cual las partes han convenido. Y como el contrato debe cumplirse íntegramente, podrá exigirse el cumplimiento o la resolución según el caso, más la indemnización de los perjuicios, aunque se trate de la infracción de una cláusula relativa a una simple calidad accidental de la cosa; es decir, que no ha sido determinante del contrato”⁵⁴.

Desde luego Avelino León Hurtado lleva razón cuando afirma que el campo del error y el del incumplimiento resolutorio no se superponen completamente. Es perfectamente posible pensar en casos de incumplimiento en los que no exista error sobre las cualidades de la cosa⁵⁵ y casos de error que no den lugar a los remedios del incumplimiento⁵⁶. Sin embargo, como he mostrado en la primera parte de este trabajo, resulta perfectamente posible que esto suceda. La opinión del autor citado no presta ninguna utilidad en dichos casos.

La postura de Arturo Alessandri Besa⁵⁷ resulta más desafiante toda vez que se refiere a un caso de concurso entre los supuestos de hecho del error y del incumplimiento resolutorio. Desgraciadamente, el autor no justifica por

⁵⁴ LEÓN HURTADO (n. 15), p. 177.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Marco Antonio Ramos Rivera con Claudia Andrea Palacios Villarroel, Corte Suprema, 28 de julio de 2010, rol N° 630-2009, Número identificador Legal Publishing 45306, sobre resolución de contrato de compraventa por falta de pago del precio.

⁵⁶ El caso resulta menos frecuente en el ámbito nacional, sin embargo, es perfectamente posible pensar en un caso en que una persona cometa un error sobre el objeto de su propia prestación, así, por ejemplo, en un caso resuelto por la Corte de Casación francesa (véase Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'Obligation d'information*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 179-180) se anuló por error un contrato de venta de un cuadro por el error padecido por la vendedora respecto a la autoría del cuadro. El vendedor pensaba que se trataba de una réplica cuando, en realidad era un cuadro auténtico.

⁵⁷ Véase supra (n. 46).

qué debe resolverse el concurso en términos de que las normas del incumplimiento desplacen a las del error.

Si se presta atención ahora a la posición de los tribunales sobre el tema, la cuestión no ha sido –hasta donde llegan mis noticias– directamente resuelta. Sin embargo, existe una sentencia de la Corte Suprema en la cual se considera tangencialmente el asunto⁵⁸. Se trata de una compraventa de una importante partida de sal nitrificada en una concentración del 0,8%, lo entregado, sin embargo, fue la cantidad pactada, pero de sal de cura en una concentración cercana al 8,0%. Aparentemente, esto último fue lo que entendió el vendedor. Ahora bien, para efectos de lo que aquí interesa no es determinante si existió el error –de hecho, las partes no lo alegaron– sino más bien la posición de la Corte Suprema frente a una eventual presencia de error. Convendrá citar, extensamente la opinión del máximo tribunal:

- 1º Que el conflicto de autos se resuelve analizando el cumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor, de las cuales la primera es entregar la cosa vendida al comprador, lo que en este caso se hizo, pero en términos objetados por éste; y la segunda, es la obligación de garantía, que a su turno comprende los vicios redhibitorios y el saneamiento de la evicción.
- 2º Que, el artículo 1828 del *Código Civil* expresa que “el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato”, de lo que se sigue que, aunque en el caso de autos el vendedor cumplió con su obligación de entregar la cosa –la sal–, lo hizo en forma imperfecta al entregar sal en una concentración distinta a la requerida por el comprador. Esta materia se encuentra tratada en el artículo 1454 del *Código Civil*, referida al error de hecho que se produce cuando “la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree”.
- 3º Que, en el caso de autos, no se ha demandado la nulidad del contrato por la existencia de este error sustancial, sino que la resolución del mismo, conforme lo faculta el artículo 1489 del *Código Civil*, esto es, que el contrato se deje sin efecto por el incumplimiento del vendedor, con indemnización de perjuicios y, en subsidio “la rescisión”, como dice la ley, por vicios redhibitorios, debiendo la sentencia que se dicte limitarse al análisis de estas pretensiones y fundamentos.

De esta manera, el conflicto jurídico a que debe avocarse el sentenciador, es determinar cuál es la sanción por el hecho de haber entregado

⁵⁸ Cecinas La Preferida c/ Comercial Salinak Limitada, Corte Suprema, 27 de julio de 2005, MJCH_MJJ17535. Con comentario en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, Santiago, julio 2006, pp. 155-162.

el vendedor una cosa distinta a la comprada y que, no sólo no servía para el objeto que buscaba el comprador sino que, además, le habría producido graves perjuicios.

En definitiva, la Corte estima que se trata de un incumplimiento resolutorio. A este trabajo, sin embargo, interesan los considerandos 2 y 3. En conformidad al primero de ellos, en los hechos habría existido un error de aquéllos considerados en el artículo 1454 del *CC*. En conformidad al segundo considerando citado, dicho error no se alegó, sino la resolución del contrato. Pues bien, uniendo ambos considerandos lo que se obtiene es

- 1) la existencia de un concurso entre los supuestos de hecho del error y del incumplimiento resolutorio y
- 2) la acumulación alternativa de las acciones de nulidad por error vicio y resolutoria por incumplimiento contractual⁵⁹.

⁵⁹ Un criterio similar utiliza, aparentemente, la Corte de Apelaciones de Santiago en un caso de arrendamiento de un local comercial en el cual, en lo que interesa aquí, el arrendatario demanda su nulidad absoluta por error obstáculo toda vez que los locales carecían de recepción definitiva (Casa do Brasil Sociedad Limitada con Mall Puente S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 2008, rol N° 7125-2005, N° Legal Publishing 38166). Resultan de interés algunas de las consideraciones del tribunal de alzada.

“Vigésimo cuarto: Que la segunda causal de nulidad absoluta es la de falta de consentimiento y se hace consistir, en primer término, en que existió un error obstáculo o esencial, puesto que no había ‘cosa susceptible de darse en arriendo’: Casa Do Brasil siempre entendió que los locales arrendados reunían los requisitos necesarios para desarrollar los negocios que pensaba instalar y que no existía restricción para instalar en ellos una cafetería y un restaurante, mientras que Mall Puente S.A. entendía que era de cargo del arrendatario habilitar los locales para su explotación comercial.

Vigésimo quinto: Que de conformidad al artículo 1453 del *Código Civil* existe nulidad absoluta por error obstáculo o esencial únicamente en dos casos; a) cuando la equivocación o discrepancia de las partes se refiere a la especie del acto o contrato que se celebre ‘como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación’, y b) cuando este error o discrepancia se produce respecto a la identidad de la cosa específica de que se trata, ‘como si en el contrato de venta el vendedor entendiera vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra’.

Vigésimo sexto: Que como se puede apreciar, en el caso de autos no concurren los requisitos para configurar el error obstáculo o esencial en términos tales de entender viciada la formación del consentimiento, ya que es evidente que la voluntad de los contratantes coincidió perfectamente en la celebración de un contrato de arrendamiento, esto es, en un pacto específico y nominado, como también, en la cosa arrendada, la que se identificó e hizo recaer en dos locales comerciales determinados que se individualizaron con los números 149 y 302 del Mall Puente.

Vigésimo séptimo: Que aún cuando fuera efectivo lo que la demandante afirma en el sentido que las partes no coincidieron en la cosa arrendada, ya que el arrendatario creyó que los locales comerciales cumplían con los requerimientos sanitarios y urbanísticos para desarrollar

Pues bien, una mirada al ámbito nacional –aun tan parcial como ésta– permite advertir que, frente al tema que se está tratando –las consecuencias del concurso– existen dos posiciones diversas. Para autores como Arturo Alessandri Besa y Luis Claro Solar las reglas del incumplimiento debiesen desplazar a aquellas del error. La Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, en tanto, han estimado que existe un derecho de opción para el titular.

B. Una mirada al ámbito comparado

El tema de las consecuencias del concurso entre los supuestos de hecho del error y del incumplimiento resolutorio no resulta pacífico en el Derecho Comparado. Para ilustrarlo conviene prestar atención al disímil tratamiento que recibe la cuestión en los PCCI y PECL.

El artículo 3.7 de los PCCI dispone:

- Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

Por su parte, el artículo 4.119 de los PECL dispone:

- La parte que tenga derecho a utilizar alguno de los remedios que le concede el presente capítulo y que se encuentre al mismo tiempo en

su actividad, mientras que el arrendador entendía que ello era de cargo del arrendatario, no se trataría, en tal caso, de un error obstáculo o esencial, sino de un error sustancial.

Vigésimo octavo: Que tal es así porque la situación descrita se asemejaría a la regulada en el artículo 1454 del Código Civil, referente a la sustancia o calidad esencial del objeto cuando es diversa de lo que se cree, error que la doctrina califica de ‘sustancial’, que es aquel, en rigor, del que la actora reclama, cuando afirma que los locales comerciales que recibió en arriendo, y en los cuales ejecutó diversas obras de instalación, no le resultaron aptos para desarrollar los negocios propios de su giro.

Vigésimo noveno: Que aún en la hipótesis de estimarse acreditada la existencia de un error sustancial en torno a la cosa arrendada, la demanda igualmente deber ser rechazada porque esa clase de error sólo produce nulidad relativa, y en estos autos la actora pretende, únicamente, se declare la nulidad absoluta de dos contratos de arrendamiento que individualiza.

Trigésimo: Que lo que en verdad Casa do Brasil Limitada le imputa a su contraparte en el contrato es el incumplimiento de una obligación que estima era de su cargo, al atribuirle que debía habilitar los locales comerciales que ya había entregado de un modo tal que le permitieran el desarrollo del negocio o giro que en ellos pretendía efectuar, lo cual, de ser cierto, solo configuraría un incumplimiento de obligaciones contractuales, pero jamás podría conducir a estimar que los contratos nacieron afectados a un vicio de nulidad absoluta”.

La lectura de los considerandos citados indica que *podría* existir un error sustancial, pero que, sin embargo, lo que, en verdad imputa la arrendataria a su contraparte es un incumplimiento contractual.

circunstancias que le permiten utilizar un remedio fundado en el incumplimiento, puede optar por cualquiera de ellos.

Como puede advertirse, tanto en los PCCI como en los PECL se acepta la posibilidad de concurso⁶⁰, sin embargo, en el primero de estos instrumentos los remedios determinados por el incumplimiento desplazan a la normativa del error. En el segundo, en cambio, se establece un concurso alternativo para el titular de las acciones.

En primer lugar, ¿por qué los PCCI prefieren la disciplina del incumplimiento, desplazando la del error?⁶¹ La respuesta que es posible encontrar en los comentarios de dicho precepto es que los remedios del incumplimiento “ofrece[n] una mejor solución y resulta[n] más flexible[s] que la solución tajante de la nulidad”.

Comentando la norma en cuestión, Nieves Fenoy Picón considera razonable la preferencia de la disciplina del incumplimiento⁶². Señala la autora que, por una parte, el concepto de incumplimiento sobre el cual se estructuran los PCCI incorporan las cualidades de la cosa al deber de prestación, con independencia del hecho de que se trate de una obligación de género o de especie o cuerpo cierto⁶³. Por otra parte, continúa, es preferible la disciplina del incumplimiento toda vez que:

“...el elenco de los remedios por incumplimiento (cumplimiento, resolución, indemnización) de los Principios de UNIDROIT es más amplio

⁶⁰ Y no podía ser de otra manera, ambos instrumentos se sirven de una noción de incumplimiento a cuyo abrigo los supuestos de hecho de ambas figuras coinciden en los términos presentados en la primera parte de este trabajo. Sobre esa noción de incumplimiento véanse pp. 224-226.

⁶¹ Conviene advertir lo rotunda que resulta la opción de los PCCI. La disciplina del incumplimiento desplaza al error no sólo respecto de los conflictos reales –cuando ambas acciones se encuentran disponible para el titular– sino que, además, los conflictos potenciales. Esto es cuando, por alguna razón el titular no puede servirse de la disciplina del incumplimiento (el ejemplo que dan los comentarios oficiales es que dicha acción haya prescrito y, sin embargo, subsista la correspondiente al error). Así se lee en el comentario 2, bajo el epígrafe “Conflictos reales y potenciales”:

“Puede ocurrir que el conflicto entre ambos grupos de derechos y remedios se presente sólo en forma potencial, debido a que la parte que incurrió en error podría pretender el remedio de incumplimiento y daños y perjuicios, pero se encuentra impedido para hacerlo por alguna circunstancia, tal como la prescripción de la acción. También en este supuesto se aplica este artículo, con la consecuencia de que no podrá ejercerse la acción de anulación en base al error”.

⁶² FENOY PICÓN (n. 27), pp. 203-207.

⁶³ *Op. cit.*, p. 202.

y de distinto alcance que los del error (anulación, indemnización), da una más adecuada protección al acreedor lesionado”⁶⁴.

Tratándose de los PECL, al igual que en los PCCI, la justificación que es posible encontrar respecto de la acumulación alternativa no resulta particularmente articulada. En el comentario del artículo 4:119 se lee:

“In some situations the same facts may be analysed either as a case of mistake or incorrect information, or as one in which there is a non-performance. For example there may be a remedy for non-performance under Article 6:108 Quality of Performance, because the performance of the one party is not of average quality; or one party may have given a contractual undertaking that a particular fact relating to the performance is true...Statements giving rise to Contractual Obligations.

In such cases there seems no good reasons to prevent the aggrieved party from choosing which set of remedies to pursue. Normally the remedies for non-performance will give a fuller measure of recovery, but the aggrieved party may find simpler to exercise its rights under this Chapter, e.g. just to give notice of avoidance on the ground of mistake”.

En conformidad a los párrafos citados, la razón para conceder al titular de la acción una acumulación alternativa de acciones sería que no existe una buena razón para no hacerlo.

C. Un derecho en transición

Karl Larenz ha sugerido que la cuestión acerca de la solución a los concursos no debe resolverse sobre la base de la lógica formal, sino como una cuestión de interpretación legal⁶⁵. La misma idea ha sostenido, en el ámbito nacional Enrique Barros Bourie⁶⁶, aconsejando servirse de criterios auxiliares que atiendan a la *ratio iuris*.

¿Cómo debieran, entonces, interpretarse las reglas del error y del incumplimiento contractual? A la luz de lo que ya ha quedado dicho –tanto respecto del Derecho nacional como del Derecho Comparado– las posibilidades parecen ser dos. Por una parte –ésta es la solución que parecen defender autores

⁶⁴ FENOY PICÓN (n. 27), pp. 204-205.

⁶⁵ LARENZ (n. 1), p. 189.

⁶⁶ BARROS BOURIE (n. 51), pp. 1.060-1.061

como Luis Claro Solar y Arturo Alessandri Besa y los PCCI- es posible defender que, en caso de concurso- las reglas del incumplimiento desplacen a las del error. Por otra parte –ésta sería la postura de la Corte Suprema y de los PECL- puede afirmarse que existe un concurso alternativo.

Ahora bien, Luis Claro Solar y Arturo Alessandri Besa parecen pensar que es posible distinguir la figura del error del incumplimiento resolutorio en la medida que este último comprendería aquellos supuestos en los cuales la calidad de la cosa se hubiera incorporado al contrato, sin embargo, si se piensa con cuidado la figura del error no es difícil advertir que su campo de aplicación queda, generalmente, circunscrito precisamente a aquellos supuestos en los cuales, de alguna manera, la calidad presupuesta se ha incorporado al contrato⁶⁷. De esta manera, aunque la solución a la que llegan ambos autores resulta deseable, el camino por el cual transitan hacia ella no es persuasivo. Tratándose de los PCCI, el razonamiento es diverso, la cuestión se endereza a partir de una cierta noción de incumplimiento que incorpora las calidades de la cosa objeto de la prestación⁶⁸.

Resolver la cuestión del concurso, en los términos planteados en este trabajo en el ámbito nacional, no es una tarea sencilla por dos razones. La primera de ellas es que cumplirla precisa optar por una noción de incumplimiento contractual. En el Derecho nacional han existido valiosos intentos⁶⁹, pero la cuestión aún no parece encontrarse resuelta. La segunda razón, que torna las cosas difíciles es que también resulta necesario fijar el campo operativo del error vicio, y ésta es una tarea que aún se encuentra en un estado más bien embrionario. En mi opinión, es posible pensar que el Derecho nacional de las obligaciones se encuentra en un período de transición entre el sistema propio del Derecho codificado decimonónico basado en un incumplimiento imputable y compartimentalizado respecto de ciertas manifestaciones de falta

⁶⁷ Así, en el error sustancial, la incorporación se ha producido porque sobre la base de criterios objetivos podía esperarse que la cosa tuviera ciertas calidades que, por lo mismo, se encuentran garantizadas por el contrato y, tratándose del error accidental, lo que ocurrirá con frecuencia es que las partes incorporaron expresamente la calidad al contrato. Sobre la idea de incorporación y, en definitiva, sobre la construcción de la regla contractual puede consultarse MORALES MORENO (n. 10), pp. 204-212 e Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Comentario. Contrato de compraventa y error. Corte de Apelaciones de Arica, 2 de marzo de 2008. Corte Suprema, 19 de enero de 2010, rol N° 1.908-2008, N° identificador Legal Publishing 43283”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre 2010, pp. 211-223.

⁶⁸ Véase FENOY PICON (n. 27), pp. 196-207.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Álvaro VIDAL OLIVARES, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006, pp. 175-180.

de conformidad como los vicios del consentimiento (específicamente el error y el dolo), los vicios redhibitorios, la evicción o la cabida, y un derecho de obligaciones basado en una noción de incumplimiento amplia y neutral a la manera de la CV, los PCCI o los PECL.

En un escenario como éste, probablemente convenga aceptar la acumulación alternativa, particularmente, porque a diferencia de la CV, los PCCI o los PECL, la articulación del sistema de remedios por incumplimiento en el ámbito nacional no parece ofrecer una solución más flexible que la disciplina del error, que vendría a ser el principal argumento para defender una posición como la de los PCCI.

CONCLUSIONES

Las primeras dos conclusiones se apegan estrictamente al tema de este trabajo. En primer lugar: resulta perfectamente posible que coincidan los supuestos de hecho del error con trascendencia anulatoria y del incumplimiento resolutorio. La coincidencia tiene lugar siempre que la cosa carece de ciertas cualidades presupuestas e incorporadas al contrato como determinantes. En segundo lugar: la solución al concurso debiese producirse a través de una acumulación alternativa; al menos mientras la noción de incumplimiento no se encuentre mejor perfilada en el Derecho nacional.

Junto a estas dos conclusiones, añado otro par, esta vez de carácter más periférico. La primera de ellas se refiere a la necesidad de investigar con mayor atención el error. Si mi intuición es correcta, al examinar con cuidado las reglas del error en el Derecho nacional se desvanece la primera apariencia que provocan, esto es, que lo único determinante es la correcta formación del consentimiento. En realidad, el equilibrio que cautelan las reglas del error es más complejo. Una última conclusión se refiere a la riqueza de la disciplina del contrato de arrendamiento. Como muestran las sentencias al respecto consideradas en este trabajo hay mucho que aprender de sus reglas, más bien inexploradas por la doctrina nacional.

CONCURRENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Claudia Bahamondes O.*

INTRODUCCIÓN

El estudio de las obligaciones y de los contratos en Chile se encuentra hoy sumido en un punto de debate, especialmente en lo que concierne a las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En efecto, desde una perspectiva sustantiva, es posible advertir que éste no constituye un capítulo sistematizado en el *Código Civil* chileno, sino que sólo se estatuye una normativa dispersa a partir de la cual la doctrina y el intérprete han debido construir sus argumentaciones.

El tráfico contractual asiste a un cambio de paradigma. Los efectos de la inejecución ya no obedecen a una medida de carácter punitivo que recae sobre el deudor como una consecuencia de su conducta, sino que ellos deben propender a satisfacer los objetivos que previó el acreedor con la celebración del contrato. Por este motivo, el acreedor es el destinatario de una serie de recursos de los que puede disponer para alcanzar la conformidad de su crédito y que la doctrina contemporánea ha denominado *remedios*.

Si bien es cierto hoy se avanza hacia el reconocimiento de la facultad del acreedor para optar por aquella medida que mejor se adecue a sus intereses, persistiendo aún el tradicional dogma según el cual debe preferirse la acción de cumplimiento específico por sobre aquélla de daños.

Esta situación se enfatiza en el caso de las obligaciones de dar no dinerarias. Para exigir la realización en este tipo de prestaciones, la doctrina clásica y la jurisprudencia han sostenido desde antaño que el acreedor debe deducir una demanda por la cual exija el cumplimiento en naturaleza de la obligación contraída, y sólo para el caso de que ésta no pueda llevarse a cabo, se vería autorizado para impetrar la acción de indemnización.

No obstante, esta arraigada opinión ha comenzado a cuestionarse, pues no sería evidente que la referida afirmación se desprenda de lo preceptuado por el *Código Civil* en esta materia; por el contrario, existen variadas normas

* Profesora Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

que conducirían precisamente a la conclusión contraria, apoyando la libertad que le cabe al acreedor para preferir la acción de ejecución en naturaleza específico o la acción indemnizatoria, entendida como valor de la prestación, de acuerdo con el mayor nivel de satisfacción que pudiere obtener.

Cabe anotar que esta problemática se circunscribe al ámbito de las obligaciones de dar, no dinerarias y con objeto fungible, adquiriendo mayor relevancia en aquellos casos en que la inobservancia de lo estipulado inutiliza un posible cumplimiento específico para el acreedor, por cuanto la ejecución tardía no reportaría ninguna ventaja conducente a compensar su interés.

En las páginas que siguen, se intentará verificar la existencia de esta opción para el acreedor, efectuando una revisión de los argumentos doctrinarios que tradicionalmente sustentan del dogma de la jerarquía, para luego esbozar ciertas reflexiones que respaldarían una posición contraria, favorable a la horizontalidad de estas medidas y, con ello, a las posibilidades de cumplir con lo previsto por el acreedor al momento de contratar.

I. LA PREEMINENCIA DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO POR SOBRE AQUÉLLA DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

1. *El cumplimiento en el Código Civil*

La legislación civil chilena no posee una definición de incumplimiento, sin embargo, a partir de la indemnización de daños por la inejecución del contrato, se desprende su contenido. El artículo 1556 inciso 1º del *Código Civil*, señala:

“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

En este caso, y entendiendo que la noción que contempla el *Código*, se aplica en un sentido lato, el deudor debe haber dejado de cumplir, de cualquier forma¹, alguna de las obligaciones derivadas de un contrato válidamente celebrado².

¹ Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, vol. III, pp. 251-252.

² René RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 244.

Dado que el *Código* no contiene una enunciación general de lo que debe entenderse por incumplimiento de las obligaciones, existen propuestas tradicionales en la doctrina que la definen como “la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella”³. Sin duda, ésta es una conceptualización derivada no sólo del artículo 1556 inciso 1° sino que, indefectiblemente, responde al principio de fuerza obligatoria del contrato, contenido en el artículo 1545 del *Código Civil*, pues cualquier inobservancia a la ley del mismo constituiría una inejecución y conllevaría las consecuencias que les son propias.

Es así como se ha entendido que la exclusiva forma de cumplir con lo establecido en el contrato es efectuando el pago; éste sería el único modo de extinguir la obligación, mediante la ejecución precisa de las estipulaciones contractuales. Y, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1569 del *Código Civil*, este efecto sólo podrá alcanzarse si se entrega la misma cosa que se debe y no otra distinta.

Esta noción de cumplimiento posee una raigambre histórica que no puede ser soslayada. En efecto, la reglamentación referida al Derecho de Obligaciones en el *Código Civil* chileno, se encuentra irrigada por diversas influencias que contribuyeron a su formación tal como hoy se le conoce. Una de las principales y sin duda la más antigua, es aquélla que le ha entregado el Derecho Romano. Es fácil advertir la introducción de un sistema de obligaciones construido sobre la base de la obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto, por oposición a una normativa desarticulada de las obligaciones de género, si se atiende al influjo de la figura de la *stipulatio* romana.

Incorporada en las *Instituciones* y en los *Digesta*, de acuerdo con los comentarios de los juristas clásicos, la *stipulatio* consistía en un negocio celebrado entre dos partes, en que una de ellas dirige a la otra una pregunta específica y formal, en orden a si dará, hará o no hará algo, debiendo esta última responder afirmativamente para configurarla. Esta complejión bilateral contrasta con la unilateralidad en el vínculo obligacional, pues el efecto perseguido por quienes concurren en este acto es transformar al promitente en deudor, sin que se genere una obligación correlativa para el estipulante. Si además de esta consecuencia se buscaba obligar al estipulante, se hacía necesario celebrar una nueva *stipulatio*, distinta e independiente de la anterior, en que la actividad de las partes se invirtiera⁴.

³ René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, vol. II, p. 793.

⁴ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, vol. II, pp. 9-17.

Para estas obligaciones sólo se aceptaba como cumplimiento la efectiva realización de la prestación (*solutio*), provocando un doble efecto, pues no sólo el vínculo obligatorio se veía disuelto (*solvere*) sino que el deudor se daba por liberado del mismo (*liberatio*)⁵.

A la recepción de este modelo de obligación por parte del *Código Civil*, debe añadirse la conveniencia que significó, para el patrón económico imperante, dar preeminencia a las obligaciones unilaterales de dar una especie o cuerpo cierto: el tráfico comercial que contextualiza la creación de Andrés Bello, se condice con el motivo de esta reglamentación. La inexistencia de la producción de bienes en masa, naturalmente intercambiables entre sí, sumado a las dificultades propias del embrionario estado de desarrollo de la actividad fabril, dan cuenta de que los bienes en aquella época no sólo eran escasos sino que muchas veces eran únicos, con lo que la posibilidad de obtener la efectiva satisfacción del acreedor se reducía a la ejecución forzada de la prestación específica⁶.

En un esquema como éste, no es difícil darse cuenta que la principal actitud que el acreedor debía adoptar para ver satisfecho su interés era la solicitud de cumplimiento en naturaleza específico de la prestación inejecutada. Y para el caso en que se produjera la imposibilidad de obtener este pago, le restaría, como medida alternativa, la facultad para impetrar una acción indemnizatoria.

2. La acción indemnizatoria como valor de la prestación y la responsabilidad contractual

Es preciso aclarar que la acción de indemnización a que se alude es aquélla que se asimila a la indemnización compensatoria⁷ y que corresponde al *cumplimiento por equivalencia* de la obligación⁸. Esta nomenclatura se ha entendido como

⁵ GUZMÁN BRITO (n. 4), pp. 291-293.

⁶ Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado: una relectura de las disposiciones del ‘Código Civil’ sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO, *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 499-500; Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Las obligaciones: teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 40.

⁷ Entendida como “el derecho que tiene el acreedor para exigirle a su deudor que le pague en dinero lo que le habría valido el cumplimiento *íntegro* de la obligación. Viene a reemplazar la obligación misma”. Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Curso de derecho civil. De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1941, vol. III, p. 178.

⁸ Por tratarse de una sanción civil frente a un acto ilícito perjudicial, como lo es el incumplimiento contractual, se le identifica también con la denominación *indemnización de perjuicios*

“el equivalente [generalmente en dinero] del beneficio o utilidad que le hubiere reportado [al acreedor] el cumplimiento de lo querido originalmente”.

No se trata de una nueva obligación, diferente e independiente de aquélla infringida y que es fuente de la reparación; se mantiene la obligación original, pero ella cambiará de objeto, reemplazando la primigenia prestación, por aquélla de entregar una suma de dinero, representativa del interés del acreedor en la ejecución⁹.

Lo anterior, dista de aquel derecho que asiste al acreedor para demandar los daños que superan el valor de la prestación incumplida y que es parte de las funciones que desempeña la concepción contemporánea y, por cierto, más amplia, de *responsabilidad contractual*. Se trata de la procedencia de la indemnización por aquellos perjuicios que exceden las fronteras de la obligación y que constituyen menoscabos en otros bienes o en la persona del acreedor. Las pérdidas deberán enmendarse en forma íntegra, pudiendo otorgarse al acreedor tanto la indemnización por concepto de cumplimiento en equivalente o *restitución*, como aquélla derivada de los perjuicios consecutivos a la inexecución o *reparación*¹⁰. No obstante, esta elaboración teórica, aceptada

o *reparación de daños*. Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 342-343.

⁹ FUEYO LANERI (n. 8), pp. 341-343; Sergio GATICA PACHECO, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 20. Una opinión diferente, estima que la reparación no encuentra su fuente directa en el contrato, sino que obedece al nacimiento de una nueva obligación, independiente, cuyo origen es el hecho de la inexecución contractual. Carlos PIZARRO WILSON, *Étude critique sur la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, Paris, thèse Paris II, 2003, pp. 36-44.

¹⁰ Carlos PIZARRO WILSON, “La responsabilidad contractual en el derecho chileno”, en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Ediciones de la Universidad del Rosario, 2009, también disponible en versión electrónica en http://www.fundacionfueyo.cl/investigacion/pubpizarro/responsabilidad_contractual.pdf, visitado el 11 de octubre de 2010. Asimismo, la doctrina española distingue la noción del *in quod interest*, del resarcimiento de daños y perjuicios en su sentido más propio, entendido éste como la reparación de menoscabos experimentados por el incumplimiento y que son distintos del valor de la prestación. Lo anterior exigiría de parte del afectado la necesaria acreditación de estos daños, mientras que respecto de la indemnización a título de sustitución, sólo se requeriría la prueba de la obligación incumplida. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, pp. 143-144. Sin embargo, otras interpretaciones engloban en el mismo concepto de cumplimiento por equivalencia tanto a la suma que representa el beneficio que hubiere reportado la satisfacción íntegra, efectiva y oportuna de la obligación como aquella indemnización que se concede al acreedor para resarcir los perjuicios derivados de la inexecución del contrato. GATICA (n. 9), pp. 10-11.

con amplitud por la doctrina y la jurisprudencia, no es parte originaria de la arquitectura del *Código Civil*.

En efecto, pese a que la responsabilidad contractual hoy es un elemento conocido dentro del sistema de Derecho Civil, no se trata de una construcción que naturalmente se halle inserta en la doctrina del *Código de Bello*, así como tampoco se encontraría en una de sus principales fuentes inspiradoras, el *Code Civil* francés.

Esta conclusión se obtiene a partir de diversas reflexiones: se argumenta que la ubicación de las normas que hoy conforman la denominada responsabilidad contractual, no da noticias de la existencia de este régimen, pues ellas se incorporan en aquel segmento destinado a regular los *efectos de las obligaciones*¹¹.

Así, también, la existencia de una normativa referida a contratos especiales, que tipifica las acciones de daños, no evoca la idea de responsabilidad del deudor, sino que cada uno de ellos reglamenta la forma de exigir las obligaciones contraídas por las partes. No se presenta un esquema abarcador de responsabilidad. Sólo se consideran soluciones particulares y nominadas por cada una de las convenciones e, incluso, por algunas de las distintas obligaciones que las conforman¹².

Por otra parte, un análisis histórico de la creación del *Code* y de los escritos doctrinarios publicados con posterioridad a su promulgación, corroborarían esta idea. El principal impulsor de la creación del concepto de responsabilidad contractual fue Planiol, quien favoreció la unificación de la culpa en materia aquiliana y contractual. Para este jurista, el incumplimiento del contrato generaría una nueva obligación de reparación, cuya fuente sería la propia estipulación contravenida. La infracción a una obligación previa, ya sea una cláusula contractual o el deber general de cuidado, sería el elemento común que identificaría a ambos tipos de estatutos.

Esta aproximación permitirá que la posterior irrupción de la obligación de seguridad y su función de reparación en los contratos, consolide la doctrina de la responsabilidad contractual. Al equipararse las funciones de resarcimiento

¹¹ En el *Code Civil* francés: *Titre III: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, chapitre III: De l'effet des obligations*. En el *Código Civil* de Chile: libro IV: De las obligaciones en general y de los contratos, título XII: Del efecto de las obligaciones; Philippe RÉMY, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", dans *Revue trimestrielle de droit civil*, N° 2, Paris, 1997, pp. 323-355. Frente a esta mirada escéptica, hay quienes estiman que se justifica una defensa de la responsabilidad contractual. Christian LARROUMET, "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Colección Derecho Privado, 2004, vol. III, pp. 17-32.

¹² RÉMY (n. 11).

en el ámbito del contrato y de los delitos, se refuerza la identidad entre la culpa contractual y la delictual. Se produce una apertura hacia el ámbito de la reparación, y se deja de lado la exclusiva entrega de prestaciones por concepto de cumplimiento por equivalencia.

La precedente revisión, comprobaría que la noción de responsabilidad contractual era desconocida para Andrés Bello al momento de recibir la influencia del *Code*¹³. En este contexto, y considerada como uno de los efectos de las obligaciones, la indemnización de daños no se alzaba como un mecanismo que representase una ventaja real para obtener la satisfacción del acreedor frente a la inejecución del contrato, primando los beneficios que reportaría una ejecución en naturaleza.

No obstante, cabe tener presente que lo señalado no constituyó óbice para que los principios contenidos en ambos cuerpos normativos sirvieran de plataforma en la creación de esta rama del Derecho Civil, con posterioridad a la codificación¹⁴.

3. La jerarquía entre los remedios frente al incumplimiento: la pretensión de cumplimiento específico por sobre la indemnización de daños

Es así como el modelo de obligaciones recogido por el *Código*, la determinación del contexto comercial y económico desarrollado a la época de su dictación y la falta de consideración de un genuino sistema de responsabilidad contractual, se alzan como el escenario propicio para construir y divulgar una idea fuertemente arraigada en la doctrina nacional y en la jurisprudencia. Se trata de la tradicional creencia según la cual, la pretensión de cumplimiento específico se impone como remedio primario y sólo frente a la imposibilidad de llevarla a cabo, es posible que el acreedor ejerza la acción de indemnización¹⁵.

¹³ Para un completo análisis a este respecto, véase Carlos PIZARRO WILSON, “La influencia del Code en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 9, Santiago, 2004, pp. 81-93 y RÉMY (n. 11).

¹⁴ PIZARRO (n. 10).

¹⁵ RAMOS PAZOS (n. 2), pp. 239-242; Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, vol. II, pp. 258-260; Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, vol. XI, tomo 5, pp. 723-724. En España, parte de la doctrina también ha emitido su opinión en este mismo sentido, Luis Díez-PICAZO, Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2005, vol. II, pp. 208-209; YZQUIERDO (n. 10), pp. 143-144. En este sentido, véase Corte Suprema, 22 de septiembre de 2008, rol N° 1782-07, número identificador Legal Publishing 39756. “Séptimo: [...] En cambio, si la obligación que se dice no cumplida es de dar, cuyo es el caso de autos, el acreedor no puede pedir la indemnización compensatoria, sino cuando el cumplimiento directo del contrato se ha hecho imposible por

Quienes defienden esta postura, toman la precaución de restringir la problemática a los casos de obligaciones de dar, pues tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer, el propio *Código* ha consagrado diversas opciones que favorecen al acreedor insatisfecho en los artículos 1553 y 1555, respectivamente.

Las argumentaciones que sustentan esta opinión asumen las más diversas consideraciones. Se señala que el artículo 1672 es muestra de la recepción de este razonamiento, al reconocer la posibilidad de exigir el cumplimiento por equivalencia, sólo para el caso en que la especie o cuerpo cierto que se deba perezca por culpa del deudor, haciendo imposible la ejecución de la obligación convenida. Por otra parte, se hace mención del artículo 1537, referido a la cláusula penal, como una anomalía prevista por el codificador, en la que se entrega de manera excepcional la facultad de escoger entre la obligación principal y la pena¹⁶. También se estima que el artículo 1489 facultaría al contratante diligente para exigir la resolución o la ejecución del contrato con indemnización de perjuicios, sin serle posible demandar únicamente y en forma autónoma, el resarcimiento de los daños¹⁷.

Asimismo, se ha argüido que tanto la fuerza obligatoria del contrato, contenida en el artículo 1545¹⁸, como el principio de identidad del pago, establecido

la pérdida de la cosa debida, cuestión que, como se dejó establecido en los fundamentos precedentes de esta sentencia, no ha ocurrido, por tratarse la obligación de una de género [...]”. Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2002, rol N° 7389-07, número identificador Legal Publishing 21426. “Quinto: [...] Cabe considerar sin embargo, que si el cumplimiento en ‘naturaleza’ de la obligación que contrajo el deudor llega a ser imposible, la ley autoriza el derecho a solicitar del deudor la indemnización de los perjuicios que le ocasionare el incumplimiento, ‘por equivalencia’, porque la obligación ‘deja de cumplirse’ y el deudor se ve obligado a pagar al acreedor los perjuicios, que vienen a ‘equivaler’ al cumplimiento de la obligación. [...] Duodécimo: Que, en consecuencia, el acreedor está obligado primeramente a demandar la ejecución forzada y en caso de fracaso la indemnización de perjuicios. Si así no fuera, las obligaciones pasarían a ser siempre alternativas, porque podría solicitarse una u otra cosa y, la obligación alternativa es, como se ha señalado precedentemente, una excepción en nuestro derecho [...]”.

¹⁶ ABELIUK (n. 3), pp. 812-813.

¹⁷ Ramón MEZA BARROS, *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, 10ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 120-121.

¹⁸ En efecto, el tenaz apego de la tradición jurídica chilena al principio de fuerza obligatoria del contrato, ha hecho dificultosa la construcción de una interpretación que habilite al acreedor para demandar en forma autónoma la indemnización de daños. Esta posibilidad se rechaza en forma prácticamente unánime, pues estaría reñida con el principio expresado en el aforismo *pacta sunt servanda*, el cual se considera como un valor riguroso e inquebrantable que informa la legislación civil chilena. Carlos PIZARRO WILSON, *Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Colección Derecho Privado, 2006, vol. III, pp. 247-249. Para un estudio acabado de este principio en la contratación chilena, véase

en el artículo 1569, se verían quebrantados si se otorgara la posibilidad de exigir o de entregar una cosa distinta a la que fue contratada. Otro argumento, alude a la eventual transformación que experimentarían las obligaciones de dar en obligaciones alternativas, en las que se pone de cargo del acreedor la elección correspondiente entre la ejecución forzada y la indemnización. Por otro lado, esta subsidiariedad permitiría a las partes proteger sus intereses: se resguarda el del acreedor que mantiene su preferencia por el contenido de la obligación y, a la vez, se ampara el del deudor frente a una contraparte que rehúse recibir el pago, con el ejercicio coactivo de su derecho a cumplir mediante el pago por consignación¹⁹.

Finalmente, se estima que si la elección sólo se permite por el legislador en hipótesis determinadas, como en los artículos 1553, 1489 y 1537, ello demostraría que, en los demás casos, sólo es aceptable el respeto por la primacía de la acción de cumplimiento específico²⁰.

Pese a la amplia adherencia a esta doctrina, existen voces que abogan por la postura contraria y que dan una interpretación inversa a parte de los argumentos ya esbozados. De esta forma, se aduce que los artículos 1553 y 1537, que entregan expresamente la opción al acreedor, serían normas que representan la aplicación de una regla general. Así, también, se señala que la mora es elemento suficiente para que el acreedor perjudicado pudiera requerir una indemnización²¹.

No obstante, esta forma de análisis olvida el objetivo que subyace a la celebración del contrato y que trasciende a esta mirada: la satisfacción de los intereses de las partes. De esta manera, todo estudio al respecto debe orientarse a develar cuál es el real propósito perseguido por el acreedor al contraer el vínculo obligatorio y de qué forma es posible asegurar la obtención de esta aspiración.

En este punto es preciso reevaluar el principio de la fuerza obligatoria del contrato, descifrando si éste corresponde efectivamente a la obtención de la prestación de lo debido, según el tenor literal de lo estipulado o si, por el contrario, se verifica con la ejecución de otras opciones mediante a las cuales, el acreedor pueda conseguir la real satisfacción de su interés.

Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 275 y ss. Y en Francia, François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit Civil: les obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 441-443 et 1.060-1.063.

¹⁹ GATICA (n. 9), pp. 27-29.

²⁰ FUEYO (n. 8), pp. 347-348.

²¹ Esta opinión corresponde al profesor Manuel Somarriva, a que se hace referencia en ALESSANDRI *et al.* (n. 15), p. 259 y que se contiene en ALESSANDRI *et al.* (n. 7), pp. 179-180.

4. Hipótesis de relevancia para el problema de la jerarquía

Si bien es cierto que la pretendida jerarquía de remedios no siempre constituye un obstáculo para que el acreedor pueda verse satisfecho, existen hipótesis en que el ejercicio obligatorio de la acción de ejecución forzada específico sí entraba la posibilidad de conseguir la conformidad del interés agraviado.

Así, la indemnización se presentaría como una posibilidad de cumplimiento, no sólo en los casos en que no sea posible obtener la ejecución en naturaleza sino que, también, en aquellas situaciones en que ella ya no sea deseada por el acreedor²². Como se señaló, la primera de estas hipótesis ha sido aceptada por la dogmática civil chilena; sin embargo, la segunda resulta más controvertida y despierta interés por ser estudiada, abriendo el camino hacia un nuevo campo de aplicación.

En este escenario, el desinterés del acreedor puede explicarse por la ausencia de beneficios que conllevaría el cumplimiento en naturaleza, lo cual podría atribuirse a una actitud recalcitrante del deudor en orden a no ejecutar la prestación específica²³ o, bien, a los inoperantes efectos que, en determinadas situaciones, podría representar la ejecución forzada y extemporánea de lo convenido²⁴.

Asimismo, tal falta de interés se refleja en los casos en que el acreedor, prefiriendo desligarse de su deudor mediante la resolución del contrato, no se encuentra posicionado para impetrar esta medida, por no tratarse de un incumplimiento con características de resolutorio²⁵.

²² TERRE (n. 18), pp. 1.059 et 1.078.

²³ *Ibid.*

²⁴ Un buen ejemplo de estas consecuencias económicamente absurdas en el derecho español, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Compraventa, incumplimiento y remedios”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, Santiago, diciembre 2007, pp. 161-165.

²⁵ Tradicionalmente se entendió que todo incumplimiento del contrato debiese ser motivo suficiente para desencadenar su resolución, incluso, si se tratase de transgresiones a obligaciones secundarias. Ello obedecería a una interpretación rígida de las reglas previstas para el pago de las obligaciones, entendido como el único modo de cumplir con lo acordado, del principio de fuerza obligatoria y de lo dispuesto por el artículo 1489. Con excepción de lo regulado de manera expresa en el *Código Civil*, el intérprete no debiese realizar sus propias distinciones. MEZA BARROS (n. 17), p. 43; RAMOS PAZOS (n. 2), pp. 168-170. En cuanto a lo señalado por el *Código*, se trata del artículo 1590 incisos 1° y 2°, que entrega la posibilidad al acreedor de una especie o cuerpo cierto para optar entre la resolución del contrato o la indemnización de perjuicios, si ésta presentare un deterioro de importancia. En materia de evicción, el artículo 1852, inciso final prescribe que si la parte evicta es tal, que sea de presumir que el comprador no hubiera contratado, se faculta a éste para pedir la resolución de la venta. En lo que respecta a los vicios ocultos o redhibitorios, el artículo 1860, en relación con los artículos 1858 y 1868, autoriza la resolución de la venta o la rebaja del precio, sólo si los vicios son tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural o sólo sirva imperfectamente. Y en cuanto al contrato de arrendamiento, los artículos

En efecto, hoy se reserva la facultad resolutoria del acreedor tanto para los casos de incumplimiento total como para aquéllos de incumplimiento parcial, pero que revistan cierta gravedad al infringir obligaciones esenciales del contrato²⁶. A este respecto y con apoyo en normas del *Código Civil*, en el modelo de la Convención de las Naciones Unidas, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y en sentencias pronunciadas por tribunales nacionales, se ha sostenido que en Chile el incumplimiento esencial se exteriorizaría bajo tres modalidades: como aquella inexecución que priva al acreedor de lo que tenía derecho a aspirar con la celebración del contrato, siempre que ello hubiese sido conocido por el deudor al momento de convenir; como aquellos incumplimientos dolosos o con culpa grave, o cualquiera que permita deducir la falta de confianza del acreedor en el futuro comportamiento del deudor y aquéllos que las partes hubiesen estipulado específicamente²⁷.

De lo señalado, se desprende que no cualquier tipo de incumplimiento contractual desemboca necesariamente en la resolución, lo que redundaría en privilegiar la conservación de los actos y negocios jurídicos²⁸. Atendiendo a criterios de equidad, buena fe, falta de interés en la resolución y un posible abuso del derecho, se restringe al acreedor su facultad resolutoria, a fin de hacer efectivo el principio *favor negotii*²⁹. Cabe destacar que este lineamiento acunado en la doctrina, ha sido acogido por la más reciente jurisprudencia³⁰.

1939, 1972 y 1979, facultan al arrendador a hacer cesar el arrendamiento en caso de grave y culpable deterioro de la cosa arrendada; el artículo 1926 inciso 2°, permite al arrendatario desistir del mismo, si por el retardo de la otra parte disminuyere de manera notable la utilidad del contrato, al haberse deteriorado la cosa o al haber cesado las circunstancias que motivaron la contratación; y el artículo 1928 inciso 3°, faculta al arrendatario para dar por terminado el arrendamiento, si se le priva del goce de gran parte de la cosa.

²⁶ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, vol. X, tomo 5, pp. 190-193; FUEYO (n. 8), pp. 307-314.

²⁷ Álvaro VIDAL OLIVARES, "El incumplimiento resolutorio en el Código Civil", en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009, pp. 355-363.

²⁸ Se trata de un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico y que posee diversas manifestaciones, todas ellas dirigidas a proteger, en tanto sea posible, la pervivencia del negocio. María Luisa MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 89. La autora señala como ejemplos de este principio la conversión, confirmación, ratificación, anulabilidad, revisión, simulación relativa, novación modificativa, nulidad parcial, reducción al límite legal de los excesos, sustitución de la parte nula, ineficacia o no consideración de lo que es inútil, entre otros.

²⁹ PEÑAILILLO (n. 6), pp. 407-410.

³⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de octubre de 2007, rol N° 1980-02, número identificador Legal Publishing 41793. "6) [...] No obstante, estos sentenciadores estiman que la referida omisión incidía en aspectos secundarios y muy accesorios de las obligaciones

Esta mayor dificultad para romper el vínculo justificaría en alguna medida la apertura de la opción a favor de la ejecución en equivalencia. La horizontalidad de remedios permitiría al acreedor que ha perdido el interés en obtener la prestación específica y que no se encuentra en el marco de un incumplimiento resolutorio, escoger una indemnización de daños que igualmente satisfaría su interés. La principal ventaja que esta elección presenta, es evitar el necesario y muchas veces infructuoso paso por la ejecución forzada, que, aun cuando llegase a ser obtenido por el acreedor, adolecerá de tal tardanza e ineficiencia que no se reportarán ya los beneficios razonablemente esperados al momento de contratar.

II. LA OPCIÓN PARA EL ACREEDOR AFECTADO POR EL INCUMPLIMIENTO EN EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN

1. La horizontalidad entre los remedios a favor del acreedor

El sistema civil chileno contiene una diversidad de mecanismos que protegen los derechos del afectado. De acuerdo con el nuevo paradigma en materia de incumplimiento, el acreedor posee la facultad para elegir aquél que le resulte más conveniente, para alcanzar el interés que descansa en la celebración del contrato³¹.

contraídas por la actora, cuya obligación principal la constituía la prestación de servicios de vigilancia y seguridad de las instalaciones de la demandada [...]. En consecuencia, y a pesar de los términos absolutos en que aparece redactado el artículo 1489 del Código Civil, su correcta interpretación en el contexto del cuerpo legal en que se encuentra inserto, conduce a estimar que el incumplimiento de obligaciones de escasa entidad o importancia, que ninguna o nula influencia pueden tener en la normalidad del cumplimiento de las obligaciones principales, no puede autorizar la resolución de un contrato; ello implicaría el ejercicio abusivo de un derecho al afectar los principios de equidad natural y de buena fe, que exigen que los contratos se cumplan de un modo que alcancen la finalidad que ambas partes tuvieron en vista al celebrarlo, objetivo que se frustraría de aceptarse que las minucias tengan más trascendencia que aquello que es sustancial en la relación contractual, poniéndose de esta manera en jaque el principio de la ley del contrato (artículo 1545 del Código Civil) y, por ende, el normal desenvolvimiento de los negocios jurídicos. Por lo tanto, un incumplimiento como el examinado, que carece de trascendencia para la normalidad de las relaciones jurídicas entre las partes, no faculta para demandar la resolución del contrato, por lo que esta alegación debe desestimarse”.

³¹ Entre quienes adhieren a esta postura destacan Álvaro VIDAL OLIVARES, “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en Hernán CORRAL TALCIANI, María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coord.), *Estudios de Derecho Civil II: Código Civil y principios generales, nuevos problemas, nuevas soluciones*, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2007, pp. 517-538; VIDAL OLIVARES (n. 6); PIZARRO (n. 10);

Este *sistema de remedios* se alza como un conglomerado de disposiciones que el Derecho entrega para ser escogido libremente por el acreedor, quien es centro de la protección de la normativa civil³². En efecto, hoy puede afirmarse que la doctrina tradicional que centraba su interés en los efectos del incumplimiento como una sanción para el deudor que actuó con dolo o culpa³³, se encuentra superada, al menos, en lo que concierne a las obligaciones de resultado. Gracias a los aportes efectuados por parte de la doctrina contemporánea, el acento en los casos de infracciones contractuales se traslada a la figura del acreedor, abandonando el cariz punitivo respecto de la conducta del deudor³⁴.

Carlos PIZARRO WILSON, “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008, pp. 395-402.

³² Es así como el ordenamiento jurídico contempla como *remedios* frente al incumplimiento contractual, la pretensión de cumplimiento específico; la facultad resolutoria por transgresión grave del contrato (artículo 1489); la excepción de contrato no cumplido (artículo 1552); y la indemnización de daños (artículo 1558). Todos ellos tienen por finalidad satisfacer el interés del acreedor, ya sea mediante la ejecución específica de la prestación, la resolución del contrato incumplido, la posibilidad de no ejecutar la contraprestación o la exigencia de una indemnización por el valor de la obligación debida y por los perjuicios extrínsecos generados con ocasión del incumplimiento. VIDAL (n. 6); Antonio Manuel MORALES MORENO, “Evolución del concepto de obligación en derecho español”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *Modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 30-32.

³³ Entre ellos, ABELIUK (n. 3), p. 675; ALESSANDRI *et al.* (n. 15), p. 265 y ss.; Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, vol. x, tomo 2, p. 518 y ss., y 730; MEZA BARROS (n. 17), p. 123 y ss.; FUEYO (n. 8), pp. 259 y 392 y ss.; RAMOS PAZOS (n. 2), p. 252 y ss. La jurisprudencia nacional, habitualmente se ha pronunciado en este mismo sentido: Corte Suprema, 5 de enero de 2010, rol N° 2457-08, número identificador Legal Publishing 43037; Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2006, rol N° 3963-00, número identificador Legal Publishing 38663; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 21 de julio de 2005, rol N° 204-05, número identificador Legal Publishing 36693.

³⁴ La inexecución del contrato y sus consecuencias se producirían por el sólo hecho de infringir lo dispuesto en sus cláusulas o por cualquier desviación del programa de prestación, haciendo innecesario el análisis del comportamiento desplegado por el deudor. Para un análisis exhaustivo en torno a este tema, véase PEÑAILILLO (n. 6), pp. 228-230 y Daniel PEÑAILILLO “Responsabilidad contractual objetiva”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de derecho civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009; Bruno CAPRILE, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho Comparado”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA, Carlos PIZARRO WILSON (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Santiago-Bogotá, Fundación Fernando Fueyo-Universidad del Rosario, 2008; PIZARRO (n. 18); PIZARRO (n. 31); Álvaro VIDAL OLIVARES, *La protección del comprador. (Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil)*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006; Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la

Dentro de este nuevo contexto es donde debe reevaluarse la pretendida primacía de la acción de cumplimiento en naturaleza, por sobre aquella de daños, cuya problemática se restringe, como ya se mencionó, a las obligaciones de dar, y a las no dinerarias³⁵.

Ya tempranamente un reducido grupo de autores detectó la viabilidad de derribar la jerarquía de acciones respecto de las obligaciones no dinerarias de dar³⁶. Para sustentar este enfoque, se argumentó que la interpretación del artículo 1672, según el cual sólo se autoriza al acreedor para requerir el precio de la cosa cuando la especie o cuerpo cierto perece por culpa del deudor, es errónea, ya que hace extensiva a todo el régimen de obligaciones esta regla que ha sido implantada para el caso específico de la pérdida de la cosa que se debe. La norma, más bien, constituye una medida de toda lógica prevista por el *Código* que permite resarcir al acreedor insatisfecho frente a la imposibilidad de obtener el ejecución específica de la prestación que se le adeuda. En esta situación, la indemnización es el único remedio viable para satisfacer en equivalencia, lo que no es posible obtener en naturaleza.

Asimismo, frente a esta norma prevista para las pérdidas, se imponen fórmulas establecidas genuinamente para el incumplimiento y que justificarían la posición que aboga por la libre opción del acreedor.

Tal es el caso de los artículos 1553 y 1555. El primero de ellos, que disciplina las obligaciones de hacer, reconoce la facultad del acreedor para optar, según más convenga a sus intereses, entre la ejecución forzada, el cumplimiento con cargo al deudor por parte de un tercero y la indemnización de perjuicios. Por su parte, la redacción del artículo 1555, asentado en las obligaciones de no hacer, no impide al acreedor ejercer la acción de indemnización cuando lo efectuado pueda deshacerse, pues puede suceder que la destrucción ya no se estime necesaria para alcanzar el objeto tenido a la vista al contratar o, bien, porque la reparación puede ser el único camino mediante el cual el acreedor quede indemne.

compraventa internacional, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIII, N° 3, Santiago, 2006; VIDAL OLIVARES (n. 31). Pese a esta acogida por parte de la doctrina, la referida postura ha recibido escasa atención en tribunales. Una sentencia que se pronuncia en este sentido y que libera al acreedor de una obligación de diligencia de la carga de probar la culpa y, con ello, el incumplimiento mismo, puede consultarse en Corte Suprema, 7 de septiembre de 2010, rol N° 1089-09, número identificador Legal Publishing 45464. Para justificar su decisión, la Corte efectuó un análisis apegado al texto del artículo 1547 inciso 3°, a fin de mantener la carga de acreditar la diligencia en la figura del deudor demandado.

³⁵ Las obligaciones dinerarias poseen una regulación específica en el artículo 1559 del *Código Civil*.

³⁶ La exposición más detallada de estas posturas pueden encontrarse en ALESSANDRI *et al.* (n. 15), pp. 258-262; RAMOS PAZOS (n. 2), pp. 240-242 y PIZARRO (n. 10).

Lo mismo sucede en el caso de las obligaciones en que se ha pactado una cláusula penal, ya que el artículo 1537 autoriza al acreedor a elegir, indistintamente, entre la realización de la obligación principal o el pago de la pena, que no es otra cosa que la evaluación convencional y anticipada de los perjuicios.

Por otra parte, un notable razonamiento se sustenta en la opción que le correspondería al acreedor en el caso del ejercicio de las acciones contenidas en el artículo 1489. Como es sabido, esta norma es la regla general que regula las consecuencias de la inejecución de contratos bilaterales y entrega al contratante diligente, la posibilidad de impetrar la resolución del contrato o la ejecución forzada, “con indemnización de perjuicios”. Esta expresión ha generado debate en torno a si sería posible exigir la indemnización en forma autónoma, o si ella es dependiente de la acción resolutoria o de aquella de cumplimiento forzado. La interpretación clásica, que predomina en la doctrina y que es favorecida generosamente por la jurisprudencia, defiende el carácter accesorio de la indemnización compensatoria³⁷.

No obstante, una nueva visión respecto de esta regla respalda la autonomía de la acción de daños. Su soporte radica en variadas consideraciones, entre las cuales destacan la interpretación sistemática de la norma, en afinidad con otras reglas previstas en el *Código* que entregan la opción, la existencia

³⁷ Véase Corte de Apelaciones de Chillán, 12 de enero de 2006, rol N° 28.860-03, número identificador Legal Publishing 33997. “3°. Que en relación a lo señalado precedentemente, cabe tener presente que no procede solicitar la indemnización de perjuicios aisladamente, sin pedirse previamente la resolución o el cumplimiento del contrato. Las acciones optativas del artículo 1489 llevan envuelta la indemnización de perjuicios. Estos no pueden pedirse como consecuencia del simple no cumplimiento del contrato, pues tales perjuicios no son accesorios del incumplimiento sino de dichas acciones optativas”, y su confirmación por la Corte Suprema, 23 de marzo de 2006, rol N° 1088-06. “2°. Que, como se aprecia de la síntesis del recurso hecha en el considerando anterior, el reclamante pretendió obtener la indemnización de perjuicios derivados de un supuesto incumplimiento del contrato que lo ligaba con el demandado, sin solicitar previamente la resolución de éste o su cumplimiento, en circunstancias que, como lo señala el fallo recurrido, es condición para la procedencia de la indemnización de perjuicios en casos como el de autos que se haya declarado un incumplimiento culpable. De este modo, los sentenciadores han hecho una correcta aplicación de las disposiciones legales atinentes al caso de que se trata y, en razón de ello, la casación en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento”. Un interesante comentario de este fallo en DE LA MAZA (n. 24), pp. 161-165. También véase Corte Suprema, 5 de enero de 2010, rol N° 2457-08, número identificador Legal Publishing 43037. “DUODÉCIMO: Que la acción de indemnización de perjuicios es accesoria a la de resolución hecha valer y debe, por su naturaleza, seguir la suerte de ésta, que constituye su antecedente jurídico necesario. Excluida la procedencia de la resolución, tampoco puede prosperar la acción de reparación supletoria, si (sic) con ello vulnerar también los preceptos que se ha declarado equivocadamente aplicados”.

de situaciones en que la indemnización se vislumbra como la única medida procedente, el incumplimiento como fundamento de la indemnización y la finalidad de reparación integral que este remedio posee³⁸. Este novedoso enfoque parece ser el apropiado, especialmente considerando la necesidad de otorgar una efectiva satisfacción al interés del acreedor afectado por la inejecución contractual.

Por último, esta elección se presentaría en aquellos contratos regidos por la CV de 1980, ratificada por Chile el 3 de octubre de 1990. Es así como del artículo 45.1 b), recogido a propósito de los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, se infiere la posibilidad que la CV entrega al comprador para deducir una demanda de resarcimiento, sin necesidad de exigir previamente el cumplimiento *in natura* de la prestación³⁹.

Todo este conjunto de disposiciones que permiten solicitar indistintamente la realización del contrato y la indemnización de daños compensatorios, contendría un principio general que puede ser irradiado a las obligaciones de dar y vencerían la pretendida jerarquía de acciones de que dispone el acreedor.

2. La relectura del principio de fuerza obligatoria

La opinión tradicional se desecha también, por cuanto claramente no responde al modelo económico y comercial que domina el tráfico contractual. El patrón observado por Andrés Bello de las obligaciones unilaterales de

³⁸ ABELIUK (n. 3), p. 530; Carlos PIZARRO WILSON, Alejandra AGUAD DEIK, “Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, Santiago, diciembre, 2007, pp. 151-153; DE LA MAZA (n. 24), pp. 161-165. Un acabado estudio que analiza la autonomía de la acción de indemnización compensatoria en Patricia LÓPEZ DÍAZ, “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre 2010.

³⁹ “Artículo 45. 1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77”. La misma regla se encuentra prevista en el artículo 61.1 b), en favor del vendedor. Cabe destacar que esta Convención limita su ámbito de aplicación en el artículo 1.1 a “los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”. La CV, prescinde de la distinción entre obligaciones específicas y genéricas, pero adopta un modelo de obligaciones fungibles, que, en todo caso, no excluye a aquéllas de objeto específico. Álvaro VIDAL OLIVARES, “La Convención de Viena (CISG) como clave del debate. La visión de un jurista americano”, en AA.VV., *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Aranzadi, 2008, pp. 445-446.

dar una especie o cuerpo cierto, es incomparable con el que sobresale en la actualidad, siendo hoy extemporáneo. El nuevo prototipo de relación entre contratantes, es justamente el inverso y que parte de la doctrina ha entendido como el de obligaciones bilaterales de dar con objeto fungible⁴⁰. El mencionado parangón presenta un severo desajuste con el modelo de obligación decimonónica seguido por el codificador.

Al concluir la primera década del siglo XXI, es posible afirmar que los avances tecnológicos han hecho evolucionar la producción de bienes y servicios, masificándolos y trasladando el arquetipo al de las prestaciones genéricas; ellas abren las posibilidades de obtener la conformidad del acreedor, al ejercicio de los otros tipos de remedios consagrados en el *Código*. Dado que el objeto de estas obligaciones acepta ser sustituido por otros que gocen de un mismo poder liberatorio, el deudor quedará obligado a cumplir con cualquier prestación que sea idónea para satisfacer íntegramente el interés del acreedor⁴¹.

Corresponde aquí reevaluar el principio de fuerza obligatoria⁴² y dejar de lado aquella interpretación estricta según la cual, la ejecución del contrato, para ser considerada como tal, debía realizarse con absoluto apego a lo preceptuado al momento de ser celebrado. Una óptica distinta conduce a nuevas direcciones: a partir de la protección del interés del acreedor se comprende que el contrato se estimará cumplido si se le permite ejercer el remedio que parezca más conveniente para obtener su plena satisfacción⁴³. Y en esta tarea es de vital importancia la determinación del contenido de la regla contractual; sólo gracias a ella se podrán delimitar las fronteras que distinguen lo que constituiría un incumplimiento, de aquello que no lo es⁴⁴.

⁴⁰ Por cosas fungibles se entienden aquellas que son sustituibles y ello se aprecia sobre la base de una consideración objetiva de las mismas, es decir, la concepción dominante en el tráfico económico-jurídico determinará si una cosa puede o no ser sustituida por otra. NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución del ordenamiento español)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 1997, pp. 26-28.

⁴¹ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 6), pp. 40-41 y 232; VIDAL OLIVARES (n. 6), pp. 507-512.

⁴² Una crítica al principio de la fuerza obligatoria fundado en la autonomía de la voluntad en CARLOS PIZARRO WILSON, "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXI, N° 2, Santiago, 2004, pp. 225-237.

⁴³ PIZARRO (n. 31), pp. 396-397.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 399-400. El incumplimiento se confundiría con "la no realización de la prestación o, en otros términos, con cualquiera desviación del programa o plan ideal de prestación inicialmente acordado por las partes" y respecto de las obligaciones con objeto fungible "la identidad de la cosa o hecho viene determinada por la idoneidad para la satisfacción del interés del acreedor". ÁLVARO VIDAL OLIVARES, "Cumplimiento e incumplimiento contractual

En un esquema en que abundan las obligaciones con objeto fungible y en que las posibilidades de satisfacción son múltiples, no parece adecuado aplicar el principio de fuerza obligatoria en forma obtusa, sino que éste debe flexibilizarse para despejar los obstáculos que pudieren dificultar la obtención del interés frustrado. La opción por la acción de daños se encuentra a disposición del acreedor, pues ésta podría propender de mejor manera a su satisfacción, frente al incumplimiento del contrato⁴⁵.

3. *La realidad procesal*

Sumado a lo anterior, surge un nuevo argumento que potencia esta corriente doctrinaria y que se apoya en el estudio del régimen que el *Código de Procedimiento Civil* chileno prevé para la ejecución forzada de las obligaciones no dinerarias de dar. El citado cuerpo normativo no posee un tratamiento sistemático de disposiciones que garanticen la tutela efectiva del acreedor, una vez deducida la acción de ejecución forzada específico. La confusión con la indemnización de daños dejaría sin aplicación las pretensiones de cumplimiento en naturaleza. Imponer el ejercicio de una acción fútil y negar la opción a favor del acreedor sólo terminaría por reducir a un mínimo las posibilidades de obtener la satisfacción de la cual fue privado, según la alternativa que mejor convenga a sus intereses.

En Chile, el sistema procesal contempla dos vías para ejecutar una sentencia: los trámites que constituyen el cumplimiento incidental del fallo y el procedimiento ejecutivo.

El procedimiento incidental para el cumplimiento de las resoluciones se encuentra regulado en el artículo 231 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil*. La parte vencedora, a cuyo favor se adjudicó la procedencia de un determinado remedio, como consecuencia de la verificación de la vulneración de reglas sustantivas, podrá solicitar el cumplimiento incidental en el mismo

en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. xxxiv, N° 1, Santiago, 2007, pp. 49-50.

⁴⁵ En Bélgica, parte de la doctrina plantea una opción a favor del acreedor. Sin embargo, habrían situaciones en que el tribunal podría rechazarla: el acreedor puede reclamar directa y exclusivamente la ejecución por equivalencia, pero si el deudor propone efectuar la ejecución en naturaleza, el juez accederá a esta oferta. No obstante, el tribunal deberá previamente asegurarse que esta ejecución en naturaleza es posible y que ella resulta ser satisfactoria para el acreedor. Patrick WÉRY, “L’exécution en nature de l’obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel”, dans Marcel FONTAINE et Genève VINEY, *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 2001, pp. 216-217.

tribunal en que se dictó la sentencia de primera o de única instancia, siempre que la petición se deduzca dentro de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible. Respecto de las obligaciones en estudio, el artículo 235 N° 4, establece:

“si la sentencia obliga a pagar una cantidad de un género determinado, se procederá de conformidad a las reglas del número anterior; pero si es necesario, se practicará previamente su valuación por un perito con arreglo al título XII del Libro IV”.

Con esta disposición, el *Código de Procedimiento Civil* elimina las posibilidades del acreedor que exigió el cumplimiento específico de obtener la satisfacción de su pretensión. En efecto, la remisión al numeral 3 del artículo 235 conduce a la regla establecida para la ejecución de obligaciones dinerarias. Así, frente al ejercicio de la acción de cumplimiento en naturaleza, el tribunal procederá a la tasación del contenido de la obligación y al embargo de bienes suficientes de la parte vencida, para que el ejecutante se haga pago de ellos con el producto del remate de los mismos.

Claramente, la ley efectúa una renuncia a la ejecución específica de las obligaciones no dinerarias de dar, dejando al acreedor y ejecutante sin la posibilidad de satisfacer su interés del modo que pronosticó en la celebración del contrato.

Por otra parte, el artículo 237 abre la posibilidad al acreedor de iniciar un juicio ejecutivo a fin de obtener la ejecución forzada forzada de una obligación que consta en un título autosuficiente e indubitado.

Para el caso de las obligaciones no dinerarias a las cuales se ha hecho referencia, cabe aplicar las normas del juicio ejecutivo de obligaciones de dar, haciendo la prevención de que se trata de la entrega de una cosa, ya sea que ésta lleve aparejada la transferencia del dominio o la constitución de algún derecho real o, bien, que se trate de la simple entrega material del bien⁴⁶.

Una vez tramitado el juicio ejecutivo de mayor cuantía sobre obligaciones de dar, éste puede terminar con la dictación de una sentencia definitiva. Si esta resolución resulta ser condenatoria y acoge la demanda ejecutiva interpuesta, será preciso continuar con el cumplimiento de la obligación no dineraria, a través de la observancia de una sentencia de remate. En efecto,

⁴⁶Jorge CORREA SELAMÉ, *Juicio ejecutivo. Doctrina-jurisprudencia*, Santiago, Lexis Nexis, 2003, p. 41; Raúl ESPINOSA FUENTES, *Manual de procedimiento civil. El juicio ejecutivo*, 11ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 8-9; Mario CASARINO VITERBO, *Manual de derecho procesal. Derecho procesal civil*, 6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, vol. v, p. 61.

dado que la sentencia de pago se reserva para los casos en que el embargo ha recaído sobre dinero o sobre la especie debida, lo cierto es que respecto de las obligaciones no dinerarias de dar con objeto fungible, se aplica la sentencia de remate, la que incidirá sobre bienes previamente embargados, que será necesario realizar para pagar al acreedor⁴⁷.

De nuevo, las aspiraciones del acreedor se ven truncadas. Aun cuando éste haya solicitado en forma principal el cumplimiento específico de la obligación, tal como la doctrina civilista tradicional lo exige y aun cuando el tribunal así lo haya concedido, una vez que se arriba a la ejecución de esta sentencia, la pretensión se disipa y el propio sistema procesal la transforma en un equivalente.

En este punto cabe preguntarse si existe una verdadera tutela al derecho del acreedor a exigir la realización de las obligaciones no dinerarias de dar, en el Derecho Procesal Civil. De acuerdo con el examen realizado a las normas vigentes en la materia, la respuesta tendría que ser negativa.

Estas reglas tuercen el objetivo que las partes tuvieron en vista al momento de contratar y, por cierto, desvían el esquema de satisfacción que el acreedor anticipó con el vínculo obligatorio. El modificar de manera tan drástica las reglas sustantivas del Derecho de Obligaciones, así como el desconocer los intereses depositados por las partes, no sólo violentan el principio de seguridad del contrato, entendido éste como un instrumento de previsión y de certeza en el tráfico jurídico⁴⁸, sino que eliminan las posibilidades de este acreedor a acceder a la efectiva protección de su derecho.

En una realidad como ésta, no es posible forzar al acreedor a agotar todos los medios legales para obligar al deudor a cumplir la prestación *in natura*. Al no existir un tratamiento procesal articulado en materia de cumplimiento específico, que garantice la protección del interés del acreedor, no será posible justificar la imposición del ejercicio de la acción de cumplimiento en naturaleza por sobre aquél de equivalencia.

Ahora bien, ¿en qué situación queda el acreedor de una obligación no dineraria de dar, con objeto fungible, en el proyecto de *Código Procesal Civil*? Bien podría pensarse que con la entrada en vigencia de la nueva justicia procesal civil, las actuales deficiencias del sistema vigente se verían superadas.

Primeramente, destaca que el proyecto contemple un capítulo específico dentro del libro cuarto, destinado al tratamiento de las obligaciones no dinerarias. Esta consagración particular, demuestra interés por reconocer la especificidad de este tipo de obligaciones y de su necesaria regulación concreta.

⁴⁷ CORREA (n. 46), pp. 82-84; ESPINOSA (n. 46), pp. 166-169; CASARINO (n. 46), pp. 85-86.

⁴⁸ ABELIUK (n. 3), pp. 129-131.

Por su parte, el artículo 461, referido al despacho de la ejecución, contiene una primera medida de requerimiento al ejecutado para que éste, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla lo que establece el título ejecutivo. En este mismo requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias. Este artículo merece dos observaciones: en primer lugar, se despoja a este procedimiento de la esfera de competencia del oficial de ejecución, radicando su ejercicio en el tribunal respectivo⁴⁹. Y en segundo lugar, se introduce la figura de los apremios personales y de las multas en dinero, para constreñir al deudor a la ejecución directa de la obligación⁵⁰. Lo anterior es fiel reflejo del interés por cumplir con la solicitud del ejecutante, cual es, la entrega del objeto debido, por oposición a la obtención de sumas de dinero que equivalgan a éste.

El artículo 462 regula el embargo de garantía y la caución sustitutoria, la cual se hace efectiva si el requerimiento para entregar la cosa no pudiere tener inmediato cumplimiento. En esta hipótesis el tribunal, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena, como puede ser el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones y las costas de la ejecución. A su vez, este embargo se alzaré si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente, fijada por el tribunal.

Si bien es cierto que esta norma nuevamente contempla la figura del embargo, éste adquiere ribetes distintos a aquéllos que caracterizan la ejecución procesal civil vigente. En efecto, en este marco, el embargo es una más de las medidas que el juez puede decretar para asegurar el cumplimiento de la obligación. Y aun si éste se efectúa, no tiene una finalidad directa de realización de bienes y pago del crédito, manteniendo incólume la pretensión de ejecución forzada.

⁴⁹ Andrés SALDIVIA WELLMANN, “Panorama de la ejecución en el proyecto de Código Procesal Civil”, en *Revista Entheos*, N° 7, Santiago, 2009, p. 112.

⁵⁰ Esta figura bien puede asimilarse a las *astreintes*, utilizadas con gran éxito en el Derecho Comparado. En el caso de Francia la *astreinte* no sanciona la inexecución de la obligación, sino que castiga la inexecución de la orden judicial, favoreciendo indirectamente el cumplimiento del contrato: “L’astreinte est une contrainte d’ordre financier: la partie perdante au procès est condamnée à verser une somme d’argent fixée à un certain montant par jour de retard dans l’exécution de la décision ou par nombre d’infractions constatées. Techniquement, l’astreinte ne sanctionne pas l’inexécution de l’obligation contractuelle mais l’inexécution de la décision de justice. [...] Cela étant dit, puisque l’ordre du juge a pour objet l’exécution de l’obligation contractuelle, l’astreinte favorise indirectement l’exécution du contrat. C’est en ce sens qu’elle favorise l’exécution en nature”. Yves-Marie LAITHIER, *Droit des contrats et économie. L’exécution effective des obligations contractuelles*, conferencia dictada en el marco de la *Chaire pour le droit continental*, en Santiago el martes 17 de noviembre de 2009.

Por último, el artículo 464 alude expresamente a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas. A este respecto, el proyecto dispone:

“si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el requerimiento, el ejecutante podrá instar a que se le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada.

Si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al inciso anterior no satisface ya su interés legítimo, el tribunal determinará, mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante”.

Esta regla logra posicionar al acreedor en el lugar privilegiado que le corresponde en la ejecución, pues se amplían las posibilidades de ver satisfecho su interés en que la prestación se consume tal como fue prevista al momento de contratar. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que prefiera el cumplimiento por equivalencia, si éste le permite obtener la maximización de su interés y le reporta mayores ventajas que aquella realización forzada, pero tardía.

4. La propuestas en el Derecho Comparado

Finalmente, otro motivo que sustenta la conveniencia de abatir el dogma de la primacía de la pretensión de cumplimiento específico, es que existen casos en los cuales esta posición debe ceder ante la realidad. Se trata de aquellas situaciones en que una ejecución en naturaleza de la prestación tornaría excesivamente gravosa la obligación para el deudor, de acuerdo con los objetivos tenidos en vista al contratar. La salida para estos casos sería el ejercicio directo de la solicitud de cumplimiento por equivalencia, solución que es compartida, incluso, por algunos defensores de la doctrina tradicional⁵¹.

El ejercicio necesario de la indemnización de daños se respalda tanto en el artículo 1546, que consagra la ejecución de buena fe del contrato, como en el espíritu general de la legislación, pues existen normas en el propio *Código* que concretan esta misma solución⁵².

⁵¹ GATICA (n. 9), pp. 10-11.

⁵² Tal es el caso de los artículos 1106, respecto del legado de cosa ajena, y 2198, en cuanto al préstamo de consumo. FUEYO (n. 8), pp. 349-350.

Esta situación no es desconocida en el Derecho Comparado y una consagración expresa se ha estimado deseable. Es así como en Francia el proyecto de reforma al Derecho de los Contratos encabezado por el profesor François Terré, prevé una norma que explicita la renuncia al cumplimiento específico, si éste supone una extrema onerosidad para el deudor. El artículo 105 del proyecto señala que el acreedor puede, una vez emplazado el deudor, exigir la ejecución forzada de una obligación, siempre que ella sea posible y que su coste no sea manifiestamente desproporcionado en relación con su interés⁵³.

Por su parte, la propuesta de modernización del *Código Civil*, en materia de obligaciones y contratos de España, contempla la misma solución para las obligaciones no dinerarias. El artículo 1192 N° 2 señala que el acreedor podrá exigir la realización de la prestación debida, salvo que éste o la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor. Y el artículo 1193 extiende esta misma fórmula al ejercicio del derecho a la reparación o rectificación de los defectos de la prestación y a la sustitución por otra conforme a lo pactado⁵⁴.

En ambas propuestas se rechaza el ejercicio de la acción de cumplimiento forzado, quedándole al acreedor la posibilidad de obtener la satisfacción de su interés en un equivalente pecuniario. Ello es muestra de la imperiosa necesidad de reevaluar el principio de fuerza obligatoria; la morigeración de sus términos, no sólo genera un efecto moralizante en la etapa de ejecución del contrato sino que, además, permite sortear los absurdos a los que conduciría una aplicación irrestricta.

Sólo queda preguntarse si este criterio sería disponible para los contratantes, es decir, si las partes podrían introducir su renuncia dentro de la regla contractual. Una disposición en este sentido contravendría los nuevos paradigmas en el Derecho de Obligaciones y estimularía las rupturas contractuales⁵⁵. La existencia de bienes con un mismo poder liberatorio moderaría cualquier absoluto en orden a requerir una única prestación. La regla contractual fija el

⁵³ François TERRÉ (sous la direction du), *Pour une réforme du droit des contrats (Propositions d'un groupe de travail)*, disponible en <http://droit.univ-poitiers.fr/poitiers-roma/spip.php?article20>. Visitado el 18 de octubre de 2010.

⁵⁴ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Boletín de Información*, vol. LXII, Madrid, 2009, p. 33.

⁵⁵ Fernando Pantaleón señala que los supuestos de excesiva onerosidad de la prestación son, más precisamente, hipótesis de desaparición de base (causa) del contrato. Y propone una jerarquización de las consecuencias jurídicas en estos casos, las que irían desde la adaptación o reajuste del contrato cuando sea razonablemente factible, hasta la resolución si ello no es posible. Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, año XLVI, N° 4, Madrid, 1993, p. 1.730.

contenido de la convención y ella constituirá el marco para entender cuáles eran los objetivos previstos al momento de contratar; de este modo, si en vista de la referida regla, un contrato se entiende igualmente cumplido con la entrega de una prestación en equivalencia, la buena fe aconsejaría atajar una disposición que obligue a la entrega de la prestación específica, y que grave en exceso al deudor.

La influencia que desde la perspectiva histórica han ejercido los derechos francés y español en nuestro sistema civil, es innegable. Es el momento de aprovechar este influjo reformista y adaptar la normativa del Derecho de Obligaciones y de Contratos, mediante una relectura de sus disposiciones, a la luz de las nuevas tendencias que reformulan el papel que cumple la pretensión de cumplimiento específico en el sistema de Andrés Bello.

5. Límites a la opción del acreedor

En las líneas precedentes se ha defendido la posibilidad que tiene el acreedor de escoger entre el ejercicio de las acciones de cumplimiento específico o por equivalencia, según estime prudente y mientras ello reporte satisfacción al interés frustrado.

Sin embargo, es posible señalar que la horizontalidad de remedios no siempre es absoluta y, al menos dentro de la normativa internacional, es posible identificar algunos casos de jerarquía entre éstos, lo cual limita la libre opción para el acreedor.

En efecto, los remedios frente a la inexecución hoy se debaten entre dos sistemas: los de jerarquía y los de libre elección. Los primeros comprenden una distribución determinada de los remedios en que el legislador impone al acreedor el orden en que éstos deberán ser utilizados.

Se reconoce esta ordenación en el artículo 3.3 de la directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo, pues el consumidor podrá exigir, en primer lugar, que el vendedor repare el bien o lo sustituya, sin cargo, siempre que esto no resulte imposible o desproporcionado. Por su parte, el artículo 3.5 señala que el consumidor tendrá derecho a una reducción proporcional del precio o a la resolución del contrato si no pudiere exigirse la reparación o sustitución; si el vendedor no hubiese efectuado el saneamiento en un plazo razonable; o si no lo hubiese realizado sin mayores inconvenientes⁵⁶.

⁵⁶ Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo. Disponible

En este caso, se presenta una escala de remedios determinada en la misma directiva en que se privilegia la reparación o la sustitución del bien, intentando salvar el contrato y protegiendo con ello, no sólo al vendedor sino que, también, al consumidor, pues éste finalmente obtendrá aquello que previó al contratar⁵⁷.

Asimismo, en los Principles of European Law on Sales también se reglamenta una organización de sus remedios frente al incumplimiento en

en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0044:ES:NOT>, visitado el 10 de diciembre de 2010.

⁵⁷ Nieves FENOY PICÓN, “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores”, en *Anuario de Derecho Civil*, año LXII N° 1, Madrid, 2009, pp. 178-181. Asimismo, del artículo 26 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 relativa a los derechos de los consumidores, se desprende también una estructuración en el ejercicio de los remedios a favor del consumidor, a propósito de la falta de conformidad. El artículo 26, relativo a la subsanación de la falta de conformidad señala: “1. Con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 5, si los bienes no se ajustan a lo dispuesto en el contrato, el consumidor tendrá derecho a:

- a) la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución,
- b) una rebaja en el precio;
- c) la resolución del contrato.

2. El comerciante subsanará la falta de conformidad mediante una reparación o sustitución, a su elección.

3. Si el comerciante demuestra que la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución es ilícita o imposible, o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor podrá optar por una rebaja en el precio o por la resolución del contrato. El esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de la falta de conformidad.

El consumidor sólo tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia.

4. El consumidor podrá recurrir a cualquier medio de subsanación disponible en virtud del apartado 1, si se da una de las circunstancias siguientes:

- a) el comerciante se ha negado de forma implícita o explícita a subsanar la falta de conformidad;
- b) el comerciante no ha subsanado la falta de conformidad en un plazo razonable;
- c) el comerciante ha intentado subsanar la falta de conformidad, causando inconvenientes significativos al consumidor;
- d) ha reaparecido el mismo defecto más de una vez en poco tiempo.

5. Los inconvenientes significativos para el consumidor y el plazo razonable que el comerciante necesita para subsanar la falta de conformidad se evaluarán teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o el uso para el que el consumidor los adquirió con arreglo al artículo 24, apartado 2, letra b)”. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 relativa a los derechos de los consumidores, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:ES:NOT>, visitado el 10 de diciembre de 2010. Para un comentario sobre este texto, véase Nieves Fenoy, en esta misma nota, pp. 189-193.

los artículos 4:201 a 4:203, pues la resolución, la reducción del precio y la demanda de daños, son medidas secundarias para el comprador, frente a una primaria que se representa por la reparación o el reemplazo de los productos que no se conformaron con lo contratado. Y estas medidas secundarias sólo operarán si el vendedor se niega a corregir la falta de conformidad, o si no lo hace en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el acreedor; también, si el vendedor no pudiere adecuar los bienes a lo acordado, por ser esto ilegal o imposible, o si la reparación o sustitución le provocare un esfuerzo o gasto irracional. Pese a ello, si el vendedor ofrece subsanar los defectos de los bienes, el comprador deberá aceptar este compromiso⁵⁸.

Aquí también se da preferencia al cumplimiento específico, mediante la reparación o el reemplazo de la prestación originalmente acordada, dando la oportunidad de acceder a los demás remedios disponibles sólo si se producen las situaciones previstas por los mismos principios.

Por último, este sistema jerarquizado también se ha instalado en la realidad española con la consagración del artículo 119.1 del real decreto legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. De acuerdo con esta norma, el consumidor y usuario afectado por una hipótesis de falta de conformidad deberá intentar inicialmente el cumplimiento en naturaleza de la obligación de entregar el producto, a través de la solicitud de reparación o sustitución. Sólo si estas opciones resultan objetivamente imposibles o desproporcionadas, o si no se hubieren llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, podrá exigirse la rebaja del precio o la resolución del contrato (artículo 121)⁵⁹.

En cuanto a los sistemas de libre opción, si bien se entrega la facultad para ejercer cualquier medida prevista por la norma, ésta no es absoluta en los casos en que el deudor manifieste su intención de subsanar el incumplimiento; en estas situaciones, existe un verdadero derecho a su favor para enmendar lo no ejecutado y con ello evitar el uso de cualquier otra medida que pudiere modificar los términos en que se estipuló el contrato en su inicio⁶⁰.

⁵⁸ FENOY, *op. cit.*, pp. 204-205.

⁵⁹ Real decreto legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf>, visitado el 10 de diciembre de 2010. Para un comentario sobre este texto, véase FENOY (n. 57), pp. 242-247.

⁶⁰ FENOY (n. 57), pp. 206-208. La autora cita como ejemplo de este derecho a efectuar la subsanación al artículo 7.1.4 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales del año 2004. "ARTÍCULO 7.1.4 (*Subsanación del incumplimiento*) (1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando: (a)

Así también, otra una importante limitación se encuentra en la carga del acreedor de mitigar las pérdidas, especialmente si se entiende como un *mecanismo de presión mediata*. Esta carga no sólo debe incluir aquellas de comunicación y de conducta material por parte del acreedor, sino que también es necesario incorporar el ejercicio mismo de los remedios.

Es así como pese a entregarse la opción para escoger cualquier remedio puesto en su beneficio para obtener la satisfacción de su interés, la disposición necesariamente debe ser elegida de manera razonable, es decir, debe ser la adecuada para reducir las pérdidas que se pudieren haber ocasionado, cumpliendo, a la vez, con las expectativas del acreedor. La inobservancia de esta carga no impedirá la utilización del remedio seleccionado, pero traerá como consecuencia la rebaja proporcional de la indemnización por los daños experimentados como consecuencia del incumplimiento⁶¹.

De esta manera, la rebaja del *quantum* indemnizatorio a que se ve expuesto el acreedor, y que serviría como disuasivo para no inclinarse por algún remedio que desequilibre la protección para ambos contratantes, en cierto sentido determinará la medida a elegir, limitando la amplia libertad inicial entregada para optar por la solución que se estimare conveniente.

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto, es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. El *Código Civil* no contiene una definición específica en torno al incumplimiento de las obligaciones. Frente a esta omisión, se ha entendido

notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación; (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias; (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora. (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento. (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar. (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación. (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación". Disponible en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>, visitado el 10 de diciembre de 2010.

⁶¹ Álvaro VIDAL OLIVARES, "La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho*, año XVIII N° 2, Valdivia, 2005. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095020050002000-03&lng=es&nrm=iso, visitado el 8 de diciembre de 2010.

que la única forma de cumplir con lo establecido en los contratos y, por ende, de extinguir las obligaciones, es a través de la ejecución precisa de las estipulaciones contractuales, entregando la misma cosa que se debe y que fue prevista al momento de contratar.

2. Lo anterior, ha llevado a que la doctrina civil mantenga vigente el tradicional dogma según el cual, debe preferirse la acción de ejecución forzada específico por sobre aquella de daños, respecto de obligaciones no dinerarias de dar.
3. Esta corriente se ha visto refutada por nuevas opiniones, las cuales abogan por la libre opción que le compete al acreedor para elegir aquel remedio que satisfaga de mejor forma sus intereses, pudiendo dirigirse contra el deudor a través de la acción de daños en forma directa.
4. Esta horizontalidad responde a un movimiento mayor que se detecta en las propuestas de reformas al Derecho europeo de los Contratos, en los que se considera la exigencia de que el acreedor desista del cumplimiento en naturaleza, si éste resulta ser excesivamente gravoso para el deudor.
5. No obstante, cabe anotar que existen atenuaciones a la plena horizontalidad entre los remedios, las cuales se detectan tanto en la gestión razonable de los efectos del cumplimiento para el acreedor como en la distinción entre los sistemas de remedios de libre opción y los de jerarquía impuesta por el legislador.

INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

*Antonio Manuel Morales Moreno**

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

1. Voy a estudiar el lucro cesante en cuanto daño indemnizable al acreedor en caso de incumplimiento del contrato. Este tema sugiere, por un lado, una reflexión sobre los beneficios o ventajas de los que puede verse privado el acreedor en caso de incumplimiento de un contrato; beneficios que hubieran supuesto para él un incremento de su patrimonio. Y, por otro, la determinación de la regla por la que se rige la indemnización de los mismos. No voy a referirme, por tanto, al lucro cesante en otras manifestaciones de la responsabilidad, particularmente en la responsabilidad extracontractual; ni tampoco al daño emergente¹.

Pese a lo que se haya podido afirmar sobre la unidad del concepto de culpa, resulta necesario diferenciar la función, el significado jurídico y las reglas de funcionamiento de la responsabilidad contractual y extracontractual². Y, por otro lado, aunque sea cierto que el lucro cesante carece, propiamente, de independencia conceptual, al quedar embebido en la unidad del concepto de daño, tiene en la práctica particularidades suficientes como para ser objeto de un estudio separado³.

2. Cuando se cumple el contrato, corre a iniciativa y riesgo del acreedor obtener lucros a partir del cumplimiento. Ejercita así su libertad en el ámbito económico. No existen más límites que los que impongan las normas jurídicas. En cambio, cuando no se cumple el contrato, el lucro del acreedor se canaliza

* Catedrático de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Sobre el daño indemnizable en la responsabilidad contractual, recientemente; Rodrigo FUENTES GUÍÑEZ, *La extensión del daño contractual*, Madrid, La Ley, 2009.

² Fernando PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *ADC*, Nº 43-2, Madrid, 1993, p. 1.719.

³ José Castán lo destacaba en estos términos: "De los dos conceptos de daño emergente y lucro cesante es este último el que ofrece mayores dificultades en orden a su determinación y límites", José CASTÁN, *Derecho Civil*, 9ª ed., Madrid, Reus, 1958, vol. III, p. 176.

por medio de la indemnización; y ese lucro no es todo el que él hubiera podido conseguir, de haberse cumplido el contrato, sino sólo el garantizado por éste. El lucro cesante indemnizable es, necesariamente, un lucro limitado.

3. Si analizamos la práctica de los tribunales españoles advertimos qué frecuente es que el acreedor insatisfecho (demandante) pida, sin más, indemnización por todos los lucros cesantes producidos por el incumplimiento del contrato, y qué difícil ha sido, durante mucho tiempo, que esa indemnización le haya sido concedida. La denegación, reiteradamente, se ha justificado en la falta de prueba del daño. Pero ésa no puede ser siempre la causa. Junto a la falta de prueba del daño hay otra razón que puede impedir la indemnización: que, aun existiendo incumplimiento, el daño sufrido por el acreedor no sea indemnizable, conforme a los criterios de imputación establecidos por el ordenamiento. Hemos de separar los problemas de prueba de los problemas imputación.

4. En 1926, en su tesis doctoral, titulada *La doctrina de Hegel sobre la imputación y el concepto de imputación objetiva* Karl Larenz diseñaba, de modo nítido, las bases filosóficas del concepto de imputación objetiva:

“Como imputación objetiva –decía– designamos el juicio acerca de si un suceso es atribuible a la acción de un sujeto”⁴.

Lo cual supone el intento de delimitar entre la acción del sujeto, atribuible a su voluntad, y los sucesos casuales⁵.

Este concepto, adecuadamente adaptado a las exigencias prácticas del Derecho, ha sido utilizado tanto en el Derecho Penal como en el Civil⁶. En éste ha servido para delimitar, entre los daños causados, los jurídicamente indemnizables. Hoy lo maneja la jurisprudencia de la Sala Primera del TS.

5. Al tratar del lucro cesante, producido por el incumplimiento del contrato, aparecen tres grandes cuestiones, sobre las que voy a vertebrar el resto de este trabajo.

- La primera, se refiere a la identificación de los lucros cesantes indemnizables. ¿Cuáles son las manifestaciones del interés del acreedor, cuya lesión, producida por el incumplimiento del contrato, puede privarle de lucros o ventajas patrimoniales?

⁴ Karl LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Göttingen Inaugural-Dissertation, 1926, p. 60.

⁵ *Op. cit.*, p. 61.

⁶ Un estudio general sobre la imputación objetiva en la responsabilidad civil puede verse en: Martín GARCÍA-RIPOLL, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Comares, 2008.

- La segunda, se refiere al criterio por el que se rige la indemnización de los mismos. ¿Cuál es el criterio jurídico que determina qué lucros perdidos son indemnizables y cuáles no?
- La tercera, considera otros posibles límites en la indemnización de los lucros cesantes. ¿Existen, además, otros límites que deban ser tenidos en cuenta al determinar o liquidar los lucros cesantes indemnizables?

II. LOS LUCROS POSIBLES DEL ACREEDOR

1. El interés del acreedor relacionado con los lucros cesantes indemnizables, tiene, al menos, tres manifestaciones:

- a) obtener la posible ventaja económica del intercambio de prestaciones, cuando ésta exista;
- b) conseguir la ganancia que pueda producir la correcta ejecución del contrato (ventaja de la prestación recibida); y, por fin
- c) mantener la integridad de sus bienes productivos, en la situación de riesgo que conlleva el desarrollo de la relación contractual y precontractual (interés de conservación, conectado a los lucros de los bienes)

Me voy a referir brevemente a cada una de estas tres manifestaciones de ese interés.

a) La ventaja y desventaja económica del intercambio

1. En los contratos de intercambio de bienes o servicios por dinero, la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el del mercado puede ofrecer a uno de los contratantes una ventaja económica: obtener bienes o servicios a precio inferior al del mercado o transferirlos (“prestarlos”) a un precio superior. A esta ventaja podemos denominarla, la del intercambio. Junto a ella también aparece la otra cara de la moneda: la desventaja del intercambio. El problema que ésta nos plantea es el de los límites en el tiempo durante el cual el contratante afectado tiene que soportarla.

Las oscilaciones en el precio del mercado, desde el momento de la perfección del contrato hasta el fijado para su cumplimiento, pueden hacer que, existiendo la ventaja del intercambio al tiempo de contratar, desaparezca posteriormente; o, no existiendo en el momento inicial, surja después. Una caída en los precios del mercado favorece al obligado a la prestación de bienes o servicios y es desfavorable para el contratante que los obtiene. Una subida produce el efecto inverso. El momento establecido para el cumplimiento del contrato es, por tanto, el relevante para saber qué contratante obtiene la ventaja del intercambio.

Dicha ventaja se satisface si el contrato se cumple; o si se ceden, ventajosamente, los derechos derivados del mismo. Por el contrario, el incumplimiento del contrato lesiona este interés y nos sitúa ante el problema de los posibles remedios para satisfacerlo.

Hay dos maneras diferentes de manifestarse el interés relacionado con la ventaja del intercambio: como interés en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato, o como interés en incorporar al patrimonio (patrimonializar) un determinado valor.

- a) Normalmente, el interés del contratante favorecido por la ventaja del intercambio consiste en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato. Por ejemplo: el que vende una cosa a diez tiene interés en obtener ese precio, aunque en el momento de cumplimiento del contrato valga cinco. Igualmente, el que compra una cosa a diez tiene interés en obtenerla a ese precio, aunque en el momento de cumplimiento valga quince.

Hay tres remedios del incumplimiento que contribuyen a satisfacer el interés de un contratante en obtener o realizar la prestación al precio del contrato: la pretensión de cumplimiento, la indemnización y el derecho a reducir el precio.

- 1) La pretensión de cumplimiento –lo mismo que el cumplimiento voluntario del deudor–, en cuanto permite ejecutar el contrato en los términos pactados –impone al deudor el cumplimiento del contrato–, es cauce adecuado para la satisfacción del interés que ahora me ocupa: obtener o ejecutar la prestación al precio establecido en el contrato.

- 2) En caso de resolución del contrato, la satisfacción del interés en adquirir o prestar los bienes o servicios al precio del contrato se canaliza a través de la indemnización que acompaña a la operación de reemplazo realizada por el contratante insatisfecho. Esta indemnización, contemplada en la Convención de Viena para el contrato de compraventa (art. 75 de la CISG), admite generalización a otros contratos de intercambio (así: arts. 7.4.5 de los Principios UNIDROT; 9:506 de los PECL; III 3:706 de la DCFR).

La operación de reemplazo, efectivamente realizada, conforme al art. 75 de la CISG, permite al contratante insatisfecho satisfacer su interés en el cumplimiento del contrato: obtener el bien comprado o el dinero correspondiente al valor del bien vendido. Pero por sí sola no garantiza al contratante insatisfecho obtener la ventaja del intercambio. Es la indemnización complementaria, prevista también el art. 75 de la CISG, la que le permite satisfacer el interés en la realización del contrato en las condiciones de equivalencia inicialmente pactadas.

Pero la Convención de Viena va aún más lejos. En caso de resolución permite también al contratante insatisfecho obtener indemnización por la diferencia entre el precio del contrato y el del mercado, aunque la operación de reemplazo no llegue a realizarse efectivamente (art. 76 de la CISG; 9:507 de los PECL ; 7.4.6 de los Principios UNIDROT). Este sistema abstracto de cálculo del daño permite satisfacer el interés en el intercambio, en sí mismo, sin satisfacer el interés en el cumplimiento o realización del contrato (obtener la prestación, ejecutar la prestación).

3) En caso de cumplimiento defectuoso del contrato, el interés en realizar el beneficio del intercambio –interés en obtener la prestación al precio del contrato– también se ve alterado: el cumplimiento defectuoso afecta a la ventaja del intercambio. La satisfacción de éste se puede canalizar a través del remedio de la reducción del precio.

El problema del cumplimiento defectuoso puede ser contemplado desde dos ángulos.

(a) Desde el de la lesión del interés en el cumplimiento, es decir, el interés en obtener una prestación conforme al contrato o

(b) desde el de la alteración desfavorable de la relación de equivalencia entre las prestaciones del contrato.

Visto el problema desde este segundo plano, se advierte que el cumplimiento defectuoso disminuye directamente el beneficio del intercambio. La disminución no proviene de las alteraciones del precio de mercado –que pueden, además, existir–, sino del hecho de que el precio del contrato fue calculado sobre la presuposición de una prestación diferente de la ejecutada, más valiosa que ésta, lo cual lesiona el interés en la equivalencia (subjética) del intercambio.

En caso de cumplimiento defectuoso, la acción *quanti minoris* o estimatoria⁷ sirve para corregir (“indemnizar”) la lesión al interés de la equivalencia (subjética, pactada) del intercambio, con tal que la disminución del precio sea proporcional⁸: no aplique directamente el precio del mercado⁹. Un criterio proporcional el que parece seguir el

⁷ Antonio Manuel MORALES MORENO, “El alcance protector de las acciones edilicias”, en *ADC*, N° 33-3, Madrid, 1980, pp 594-623.

⁸ Es decir, permita disminuir el precio pactado en la proporción existente en el mercado entre el precio de la cosa conforme al contrato y el de la no conforme.

⁹ José Ramón VERDA BEAMONTE, *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004, en este interesante libro el autor admite que la acción estimatoria atribuye al comprador la “posibilidad de imponer al vendedor (...) una *reducción proporcional* de precio pactado”. Pero cree que “la cuantía de la reducción debe estar encaminada

art. 1486 I del CC¹⁰ y el que, de forma más clara, utilizan los arts. 50 de la CISG¹¹, 9:401(1) de los PECL¹². No es éste, sin embargo, el único criterio posible; ni el utilizado, exclusivamente, en los antecedentes históricos¹³ o en el Derecho Comparado.

La CISG [art. 45 (2)] y los PECL [art. 9:401 (3)] permiten que el remedio de la indemnización de daños, distinto del de la reducción del precio, pueda ser alternativamente¹⁴ utilizado, en caso de prestación no conforme. El acreedor recibe, en este caso, la diferencia entre el precio que pagó por la cosa (presuponiendo que es conforme al contrato) y el que tiene la cosa recibida (no conforme) en el mercado. Este sistema de cálculo de la disminución del precio (indemnización) hace que el comprador pueda perder la ventaja de haber comprado (la cosa conforme, presupuesta) a un precio inferior al de mercado. Si el precio pagado es inferior al que en el mercado tiene una cosa defectuosa, no procede reducir el precio; no se conserva la ventaja del intercambio.

- b) El interés en obtener la ventaja del intercambio puede, en algunos casos, ir más allá de conseguir la cosa al precio del contrato. Puede incluir, además de la obtención del bien, el interés en incorporar al patrimonio (patrimonializar) un determinado valor: el valor que tenía la cosa en el momento en que debió serle atribuida al acreedor. Por ejemplo: el que compra unas acciones a un precio de diez, para que le sean transmitidas un mes después, momento en el que el precio de

(...) a determinar el *precio de mercado* de la cosa defectuosa en el momento de ser vendida...” pp. 250-251. Esto no parece ser una reducción proporcional. ¿Procedería reducir el precio pactado si fuera menor que el de mercado? Si la reducción es proporcional tendría que proceder, en la medida adecuada.

¹⁰ El art. 1486 I, permite al comprador “rebajar una cantidad *proporcional* del precio, a juicio de peritos”. Igualmente, el art. 1484 toma en cuenta que el comprador “habría dado menos precio” por la cosa, lo cual significa que se mueve en los parámetros de la equivalencia subjetiva.

¹¹ Peter HUBER, v. Caemmerer/Schlechtriem, in *Kommentar zum Einheitliches UN-Kaufrecht*, München, Beck, 1990, art. 50, RN 2, 3. La Convención de Viena ha transformado la acción estimatoria en un derecho potestativo del comprador, remedio generalizable a otros contratos de intercambio.

¹² La CISG [art. 45 (2)] y los PECL [art. 9:401 (3)] permiten que el remedio de la indemnización de daños, distinto del de la reducción del precio, pueda ser alternativamente utilizado, en caso de prestación no conforme. El acreedor recibe en este caso la diferencia entre el precio que pagó por la cosa (cosa conforme al contrato) y el que tiene la cosa recibida en el mercado.

¹³ Véase MORALES MORENO (n. 7), pp. 605-606.

¹⁴ Lo cual supone que no se pueden acumular ambos, con esta finalidad [art. 9:401 (3) de los PECL]

las acciones es quince, tiene interés en patrimonializar esos quince. No satisface ese interés, aunque sí el de obtener las acciones (de existir), si entregadas con retraso, valen diez en el momento de la entrega.

¿Qué remedios del incumplimiento permiten al acreedor satisfacer el interés que estoy considerando?

La pretensión de cumplimiento no basta, si el bien recibido a través de ella vale menos en el momento de recibirlo de lo que valía en el momento en que hubiera debido transmitirse. Por eso, la pretensión de cumplimiento admite el ejercicio complementario de la pretensión de indemnizatoria, para obtener la diferencia entre el valor que la cosa tenía en el momento en el que debiera haberle sido transmitida y el que tiene en el momento en que se le transmite. Lo mismo ocurriría si el deudor cumpliera voluntaria, pero tardíamente el deber de transmitir las acciones.

La resolución tampoco basta, necesariamente, para satisfacer el interés del acreedor en patrimonializar un determinado valor. Basta cuando el precio liberado o restituido como consecuencia de ella es igual o superior al valor que debería haber sido patrimonializado, según el criterio que ya he expuesto. No basta cuando es inferior a él.

El acreedor puede exigir indemnización para obtener (o completar, según cuál sea el remedio concurrente que ejercite) el valor de la cosa, en el momento en el que debió serle atribuida.

b) El interés en la prestación

Me voy a referir ahora a los lucros que puede obtener cada contratante a partir de la prestación, ejecutada conforme al contrato. Cada tipo de contrato tiene, en este punto, su peculiaridad; pero hay dos grandes grupos de contratos: los de intercambio y los de colaboración. El lucro garantizado está delimitado de manera diferente en cada uno de ellos.

1. Contratos de intercambio

En los contratos de intercambio de bienes o servicios por una contraprestación (normalmente pecuniaria), el lucro susceptible de obtener de la prestación del bien o del servicio lo gestiona, por su cuenta, el acreedor. No es un lucro programado en el contrato, como sucede en los contratos de colaboración (ej. sociedad, contratos de distribución). Sin embargo, no deja de ser un lucro garantizado por el contrato, en la medida en que se halle en el ámbito o fin de protección del mismo.

Voy a referirme, a continuación, a algunas manifestaciones típicas de los lucros obtenibles de la prestación en estos contratos.

a) La contraprestación pecuniaria del bien o del servicio

El lucro puede obtenerse, de modo directo e inmediato, a través de la contraprestación pecuniaria recibida por el bien o el servicio prestado. Sin embargo, la contraprestación no es siempre lucro; sólo lo es cuando genera un incremento patrimonial.

En la *compraventa*, el precio obtenido por el vendedor no siempre es ganancia o lucro; ni, de serlo, lo es en su totalidad. Para calcular la ganancia hemos de descontar del precio recibido, el valor de la cosa, a precio de mercado, en el patrimonio del vendedor, al tiempo de realizar su valor mediante la venta; o el precio de adquisición de la cosa, si la venta se produce en el desarrollo de una actividad mercantil. Y, en ambos casos, hemos de añadir los gastos del contrato (cfr. art. 1486 I del *CC*) o los generados por la actividad del vendedor en la que se encuadra la venta, en la cuantía imputable a la operación considerada.

En el contrato de *arrendamiento de bienes*, a diferencia de la compraventa, la renta percibida por el arrendador, descontados los gastos, es normalmente un lucro. Es un modo de obtener frutos o provechos de la cosa: es un fruto civil¹⁵.

En los *contratos de servicios* la remuneración del servicio, descontados los gastos, es el lucro que obtiene el contratante que presta el servicio. Este lucro está incluido de modo directo y típico en el fin de protección del contrato, aunque la determinación de su cuantía, a efectos indemnizatorios, pueda exigir, según los casos, una prueba más o menos compleja (tiempo pendiente, gastos).

b) El lucro obtenible a partir de la prestación

El lucro del contrato es, en ocasiones, el que puede obtener el acreedor de la prestación del bien o del servicio, una vez recibida. Si la prestación se refiere a una cosa, hay que tener en cuenta el derecho transmitido, pues sus facultades determinan los lucros susceptibles de obtener por el adquirente. Cumplido este requisito, en cualquier caso, ya consista la prestación en una cosa o en un servicio, vamos a encontrarnos con un círculo, más o menos amplio, de posibles lucros, obtenibles por el acreedor, según el objeto de la prestación y el destino que le dé.

¹⁵ Así en el *CC* esp (arts. 354, 3^a; 355 III).

(1) Privación del uso no productivo de la cosa

La privación del uso personal, no productivo, del bien adquirido, cuando dicho uso está incluido en las facultades del derecho adquirido por el contrato (adquisición de la propiedad, usufructo, arrendamiento), ¿puede ser considerada un daño, un lucro cesante?

Esta cuestión se plantea, con diferentes matices, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual¹⁶. En la responsabilidad extracontractual, aunque se trata de una cuestión discutida y susceptible de múltiples matices¹⁷, se admite que la privación del uso puede ser considerada un daño¹⁸. En la contractual creo que también hemos de reconocer al acreedor el derecho a ser indemnizado cuando el incumplimiento del contrato le priva efectivamente del uso del objeto adquirido. Ése es un daño incluíble en el interés positivo. La jurisprudencia del TS español, en diversos casos, le ha reconocido ese derecho.

No podemos considerar daño el mero hecho de que el acreedor, por razón del incumplimiento, no haya estado en condiciones de poder usar la cosa (conforme al derecho adquirido), si hubiera deseado hacerlo¹⁹. Sólo hay daño si el acreedor ha tenido el *propósito concreto de utilizar la cosa* y no ha podido, porque le ha privado de ese uso el incumplimiento del otro contratante.

La cuantía de la indemnización es, en principio²⁰, la correspondiente al valor en uso de la cosa, durante el tiempo en que el acreedor ha sido privado de ese uso. Ese valor puede calcularse por el precio que tiene en el mercado (si existe) de arrendamientos la obtención de la utilidad de un bien del mismo tipo, durante el tiempo en el que no ha podido ser utilizado por el acreedor.

(2) Frutos y productos de la prestación

El incumplimiento del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones, puede, también, privar al acreedor del lucro proveniente de la productividad del

¹⁶ Por razón del interés lesionado: en la responsabilidad contractual es el interés en la prestación (interés positivo), en la extracontractual es el interés en mantener la integridad de nuestros bienes.

¹⁷ Sobre la discusión en la doctrina alemana: Susanne WÜRTHWEIN, *Schadensersatz für Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001; entre nosotros ofrece el panorama de la doctrina alemana, Ana SOLER PRESAS, *Valoración del daño en el contrato de compraventa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1998, p. 168.

¹⁸ En nuestra doctrina la admite SOLER PRESAS (n. 17), p. 167 y ss.

¹⁹ No es objeto de indemnización la pérdida de la posibilidad abstracta de usar la cosa, sino la privación de un uso concreto que el acreedor hubiera hecho de la cosa, WÜRTHWEIN (n. 16), p. 385.

²⁰ Mayores precisiones sobre el cálculo de la indemnización en WÜRTHWEIN (n. 16), p. 444 und ss, en particular p. 450 y ss.; también, SOLER PRESAS (n. 16), p. 171 y ss.

objeto de la prestación (bien o servicio). En unos casos, el lucro puede ser identificado con los frutos de la cosa debida (arrendando el local comprado, obteniendo la cría del animal comprado o explotando el complejo turístico adquirido²¹). En otros, el lucro no puede ser identificado como fruto, en sentido jurídico. Se obtiene mediante la incorporación del bien o del servicio a un proceso de producción o a una actividad lucrativa, orientados a la obtención de beneficios.

La *idea jurídica de fruto* expresa la productividad directa de un bien y hace predecibles, en cierta medida, los lucros provenientes de éste. Pero no siempre la productividad de un bien puede ser jurídicamente considerada como fruto. Cuando no puede ser considerada (y así es en el caso de los servicios), disminuye la predictibilidad de la ganancia posible. La distinción entre bienes susceptibles de producir frutos y los que no los producen (aunque no por ello carezcan de productividad) es útil para establecer la previsibilidad del daño en el momento de contratar.

(3) Ganancia obtenida por la venta del bien

El incumplimiento de la prestación puede privar, también, al acreedor del beneficio que podría obtener mediante la venta de la cosa objeto de la prestación incumplida. El caso más frecuente es el del incumplimiento del vendedor. Pero no es el único caso imaginable. Por poner un ejemplo, también es posible que el incumplimiento del constructor, que debía rehabilitar un edificio, prive al dueño, comitente, de la posibilidad de revenderlo restaurado.

En la indemnización del lucro proveniente de la reventa de la cosa podemos encontrar, en ocasiones, obstáculos relacionados con la imprevisibilidad del riesgo concreto. Por ejemplo, el beneficio perdido, que reclama el comprador, es extraordinariamente superior al que le hubiera proporcionado vender al precio del mercado; o el elevado riesgo de que el incumplimiento produzca la pérdida del beneficio de la reventa (ya pactada) es imprevisible para el vendedor incumplidor. Así sucede cuando el momento de cumplimiento de la reventa es casi simultáneo al de la primera venta y se ha pactado como término esencial.

²¹ En la STS del 5 de diciembre de 2008 (rec. 270/2004) el adquirente de un complejo turístico reclama al vendedor el lucro cesante del que se ve privado por el incumplimiento, consistente en no haber podido arrendar ni vender los apartamentos; pero ese daño no se estima probado.

2. El interés en el cumplimiento en los contratos de colaboración

Bajo la denominación genérica de contratos de colaboración, que utilizo con un sentido no totalmente coincidente con el que a veces se le atribuye²², podemos agrupar una serie de contratos en los que las partes se vinculan para desarrollar, cada una de ellas, una actividad orientada a obtener un lucro. El lucro, unas veces, es común, repartible entre las partes (sociedad); otras, es un lucro separado, obtenido por cada parte en el desarrollo de su respectiva actividad empresarial, pero está potenciado por la colaboración programada en el contrato (por ejemplo: agencia, concesión, distribución, franquicia...)²³. En este segundo grupo de casos el desarrollo o ejecución de un programa de colaboración en las respectivas actividades productivas de las partes permite a cada una de ellas obtener un tipo de lucro en su propia actividad.

En los que denomino contratos de colaboración, la obtención de ciertos lucros es contenido directo o finalidad del propio contrato. Los lucros obtenibles están identificados y garantizados por él.

c) Interés de conservación

1. El interés de conservación o de integridad es el que tiene cualquier sujeto en que no sean dañados por otro sus bienes, personales o patrimoniales. El daño a este interés también puede manifestarse como un lucro cesante, consistente en la pérdida o reducción de la productividad del bien dañado²⁴.

²² Véase, por ejemplo, Auralio MENÉNDEZ (director), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 2006, p. 603 y ss.

²³ En los contratos en los que procede la indemnización por clientela, en la práctica se plantea con frecuencia la cuestión de la compatibilidad de la indemnización por clientela con la del lucro cesante, cuando éste es indemnizable. La STS del 1 de junio de 2009 admite la compatibilidad “con el concepto de lucro cesante, al responder a perspectivas distintas”. La STS del 15 de enero de 2008 exige, “probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente”. Sobre la indemnización por clientela: Cándido PAZ ARES, “La terminación de contratos de distribución”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 223, Madrid, 1997, pp. 7-58; Cándido PAZ ARES, “La indemnización por clientela en el contrato de concesión”, en AA.VV., *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, II, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1.287-1.304.

²⁴ Por ejemplo, en el caso de la STS del 31 de octubre de 2007 (responsabilidad extracontractual) los malos olores de una depuradora producen lucro cesante “por la disminución de estancias turísticas durante los meses de septiembre y octubre de mil novecientos noventa y dos en el complejo turístico”.

El cauce ordinario de protección de este interés es el de responsabilidad extracontractual (art. 1902). Pero cuando un contratante, en el desarrollo de la relación contractual, causa un daño a los bienes del otro contratante, la reparación de este daño puede ser función de la responsabilidad contractual²⁵. Y, cuando esto ocurre, el daño indemnizable debe regirse por las reglas de la responsabilidad contractual (art. 1107 I del *CC*).

2. En la relación obligatoria contractual debemos diferenciar dos tipos de contenidos: los deberes de prestación y los denominados deberes de protección o de cuidado. Tras la última reforma del *Código Civil* alemán, el § 241 II *BGB* considera contenido de la relación obligatoria tanto los deberes de prestación como los de protección (*Schutzpflichten*)²⁶ o de comportamiento (*Verhaltenspflichten*)²⁷.

Los deberes de prestación se orientan, prioritariamente, a la satisfacción del interés en la realización o cumplimiento del contrato. Este interés ha sido denominado, en ocasiones, como interés de equivalencia (*Äquivalenzinteresse*)²⁸. Aunque esta denominación pueda originar alguna confusión, por el significado que he atribuido en este discurso al interés en la equivalencia del intercambio, es, sin duda, el interés más propio y específico de la responsabilidad contractual.

Los deberes de protección se dirigen a preservar el denominado interés de integridad (*Integritätsinteresse*)²⁹: el interés de cada contratante en no sufrir daño en sus bienes (personales o patrimoniales) con ocasión del desenvolvimiento de la relación contractual; o, dicho de otro modo, en mantener su *statu quo* personal y patrimonial. El hecho de que este interés sea puesto en riesgo, justificadamente, en la ejecución del contrato, hace que el daño causado al mismo deba ser contemplado en el marco de la responsabilidad contractual.

La posibilidad de que en la ejecución del contrato se causen daños a bienes del otro contratante proviene, fundamentalmente, de las siguientes causas:

- a) En unos casos, los daños a bienes del otro contratante se pueden producir por el hecho de que la prestación actúa directamente sobre el bien dañado. Así ocurre, por ejemplo, cuando se contrata una intervención

²⁵ En la STS del 14 de noviembre de 2006 nos sorprende cómo pudo reclamarse por la vía de la responsabilidad extracontractual, indemnización por la pérdida del beneficio que, conforme al contrato celebrado, debería haber procurado la prestación de unos servicios médicos. Por eso se explica que el TS case la sentencia de instancia, que la había concedido.

²⁶ Cfr. PALAND/HEINRICHS, *Komentar zum BGB*, 64 ed., München, Beck, § 241, rn. 6.

²⁷ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14^a ed, I A T, München, Beck, 1987, p. 138.

²⁸ PALAND/HEINRICHS (n. 26), rn. 6, 7.

²⁹ *Ibid.*

quirúrgica o la reparación o restauración de un objeto (automóvil, reloj, obra de arte) o el depósito de un bien³⁰. El daño causado a un bien del otro contratante proviene de un inadecuado cumplimiento de un deber de prestación.

- b) Hay otros casos en los que el daño no está conectado al incumplimiento de un deber de prestación, sino al incumplimiento de un deber de cuidado o protección, integrado, también, en el contenido de la relación obligatoria. Me estoy refiriendo a los casos en los que la ejecución del contrato implica la puesta en riesgo de algunos bienes de los contratantes y la posible causación de daños, de no cumplirse los deberes de cuidado. Por ejemplo, con ocasión de ser prestados ciertos servicios por un banco, sus empleados, quebrantando el deber de confidencialidad, comunican a un proveedor del cliente, secretos comerciales confiados por cliente al banco, provocando al cliente daños en sus relaciones comerciales con ese proveedor³¹.
- c) El incumplimiento de *deberes precontractuales* puede dar lugar, también, a la causación de daños a bienes de la otra parte, indemnizables en el marco de la responsabilidad contractual. Es un problema presente desde el Derecho Romano, como demuestran algunos textos³². Según estos textos, el vendedor que conoce los defectos de la cosa, que pueden causar daños a otros bienes del comprador, y oculta su existencia a éste en el momento de la celebración del contrato “responde” de este daño (*quod interfuit idonea venisse erit praestandum*)³³ en el marco del contrato de compraventa.

³⁰ La STS del 4 de diciembre de 2006 contempla un caso de desaparición de una máquina, en poder del depositario judicial. La audiencia reconoce la indemnización del daño emergente y del lucro cesante.

³¹ Véase *Jakson v Royal Bank of Scotland plc*, in Andrew TETTENBORN, “Hadley v. Baxendale. Foreseeability a Principle Beyond its Sell-by Date”, in *Journal of Contract Law*, N° 23, Sidney, 2007, pp 120-147.

³² El problema está presente desde el Derecho Romano: “Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero *sciens reticuit et emptorem decepit*, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: *sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*” (D. 19, 1, 13 pr., Ulpianus libro 32 ad edictum), Max KASER/Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17ª ed., München, Beck, 2003, § 41, VI, 4, RN 47, p. 272. La diferencia entre el vendedor que conoce y el que no conoce los defectos de la cosa aparece también en otros textos: Pomponio D. 19, 1, 6, 4; Marciano D. 18, 1, 45 Max KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München, Beck, 1971, § 117, I, 2, c) n. 17.

³³ Hay que advertir, sin embargo, del particular significado que tiene el término ‘*interesse*’ en Derecho Romano. “*Quod mea interest*” significa lo que me resulta debido. No se determina en consideración a una diferencia patrimonial (véase. § 249 del *BGB*), sino, más bien, tomando en

El incumplimiento de los deberes precontractuales de información ha tenido y continúa teniendo tratamiento jurídico precontractual, canalizado a través del dolo (causal o incidental), el error o la culpa *in contrahendo*, con efectos diversos. Pero este tratamiento no es el más adecuado, cuando la información precontractual se proyecta sobre el objeto o contenido del contrato y genera problemas de cumplimiento³⁴. Lo más razonable en estos casos es atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad³⁵. Por ejemplo, si el vendedor de un cuadro engaña al comprador sobre la autenticidad del mismo, no sólo comete dolo *in contrahendo* sino que incumple el deber de prestación: entregar el cuadro presupuesto en el contrato (tenido como auténtico)³⁶. O el vendedor que, dolosamente, oculta al comprador la enfermedad del animal vendido no sólo incumple su deber de prestación, entregar un animal sano sino que pone en riesgo el interés de integridad del comprador conectado a la correcta ejecución del contrato. Por eso responde, en la vía contractual, de la muerte, por contagio, de los demás animales del comprador. Y se le aplica el artículo 1107 II³⁷.

consideración lo que le ha ocurrido al legitimado para reclamar. ‘*Interesse*’, en Derecho Romano, no significa daño ni indemnización del daño; KASER (n. 32), citando a Dieter MEDICUS, *Id quod interest, Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, München, Köln-Graz, 1962, p. 300 und ss. A pesar de todo, creo que el concepto moderno de daño puede encontrar un sólido antecedente en el concepto romano de ‘*interesse*’.

³⁴ Un intento de revisión podemos encontrarlo hoy en los PECL, arts. 4:101 a 4:119.

³⁵ Los PECL reconocen posible la concurrencia entre los que podríamos considerar remedios precontractuales (contemplados en su capítulo 4, que lleva por título, Validez) y los remedios fundados en el incumplimiento, y permiten optar entre uno u otro sistema de protección (art. 4:119 de los PECL). Los Principios UNIDROIT llegan a más, aunque sólo en caso de error: imponen los remedios del incumplimiento. “A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance” (art. 3.7).

³⁶ Sobre el problema que supone poder afirmar que se ha incumplido el deber de prestación en este caso: Antonio Manuel MORALES MORENO, “Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa”, en *ADC*, N° 56-4, Madrid, 2003, p. 1.616 y ss.

³⁷ El *CC* español, al regular en la responsabilidad contractual la indemnización de los daños imputables al deudor doloso (art. 1107 II), nos está indicando, en el caso más extremo, cuyo tratamiento podría ser desplazado a la responsabilidad extracontractual, que, en general, los daños al interés de conservación conectados al incumplimiento de deberes relacionados con el contrato deben ser resarcidos por la vía de la responsabilidad contractual. Una regla parecida contiene el art. 9:503 de los PECL. Ésa no es, en cambio, la regla de los Principios UNIDROIT (Article 7.4.4 - Foreseeability of harm: “The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance”; ni la de la CISG (art. 74), ni la del Derecho inglés. Esto explica la afirmación de *lord Denning*: “In contract the damage are limited to what may reasonably be supposed to have been in the contemplation of the

4. Tanto si la lesión de los bienes del otro contratante se produce por incumplimiento de deberes de prestación (en el primer caso anterior), como si es consecuencia del incumplimiento de deberes de cuidado o protección requeridos conforme al contenido de la relación obligatoria (en el segundo caso), o de deberes precontractuales de información que se proyecten sobre el cumplimiento del contrato (sobre la utilidad o la seguridad del objeto), podemos atraer al ámbito de la responsabilidad contractual el tratamiento de la indemnización del daño causado.

Esta atracción al ámbito de la responsabilidad contractual se justifica por diferentes razones:

- porque es en el marco de la relación contractual en el que estos daños se producen;
- porque el contrato justifica (con ciertos límites) la puesta en riesgo de los bienes dañados (el paciente admite la operación para mejorar su estado; el propietario asume en cierta medida, y no más allá, el riesgo que implica la reparación del objeto, advertido del estado de éste);
- porque, en consecuencia, el contrato también debe ofrecernos el criterio para determinar la distribución del riesgo de que el daño se produzca³⁸.

5. En los casos en que el bien dañado es *indisponible* (integridad corporal, vida, salud...), la norma de protección de ese bien establece límites a la autonomía de la voluntad. Pero fuera de ese ámbito indisponible, la autonomía de la voluntad puede organizar la puesta en riesgo. Por ejemplo, puede incre-

parties. In fraud they are not so limited. The defendant is bound to make reparation for all the actual damage directly flowing from the fraudulent inducement... It does not lie in the mouth of fraudulent person to say that they could not reasonably have been foreseen" (citado en Guenter TREITEL, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 362).

³⁸ Del art. 1590 del *CC* podemos extraer algunas pautas en el tratamiento del problema que nos ocupa. Prevé el caso de que la obra se ejecute con materiales del dueño y puede extenderse a aquellos otros en los la obra consiste en reparar o tratar una cosa del comitente. Presupone una situación en la que, como consecuencia de la ejecución de la obra, ciertos bienes del comitente son puestos en riesgo. Está implícita la obligación del ejecutor de la obra de informar al comitente sobre el riesgo que corren esos bienes [Salvador Coderch, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, tomo II, artículo 1590, p. 1.188]. Si no se cumple esa obligación, y los materiales o el objeto que debía ser reparado se destruyen, el contratista no sólo no cobra el precio de la obra, aspecto que regula el art.1590, sino que tendrá que indemnizar el daño que sufra el comitente por la pérdida de los materiales o del objeto que debía ser reparado. Si, por el contrario, el contratista cumple con el deber de informar y el riesgo es aceptado por el comitente, el contratista no tiene que indemnizar los daños que supongan dicha pérdida. La puesta en riesgo está prevista en el contrato.

mentar la responsabilidad (especial calidad del servicio contratado, resultados garantizados por el prestador del servicio: cirugía estética).

6. Como consecuencia de situar en el marco de la responsabilidad contractual la indemnización de la lesión al interés de integridad del otro contratante, se producen estas dos consecuencias: una referida al nacimiento de la responsabilidad contractual y otra a los daños indemnizables (imputación del daño).

- a) El contrato, con el límite del derecho imperativo al que me acabo de referir (bienes indisponibles), determina cuándo un contratante es responsable de la lesión del interés de conservación del otro contratante (deber de indemnizar los daños causados).

Los deberes de prestación o de cuidado cuyo incumplimiento dé lugar a la responsabilidad son los impuestos por la ley y los que resultan del contrato. El que intervenga la ley en la determinación de tales deberes no excluye la existencia de responsabilidad contractual, pues el contrato no deja de ser el marco concreto en el que se ha producido la puesta en riesgo de esos bienes³⁹. El contrato puede, incluso, intensificar los deberes impuestos por la ley (intervención quirúrgica a un futbolista).

- b) En cuanto a la imputación del daño, fuera de lo que exija la norma de protección del bien lesionado, es aplicable la regla de imputación objetiva del propia de la responsabilidad contractual. El artículo 1558

³⁹ “... [U]na relación obligatoria nacida de contrato no deja de ser contractual, ni deja de ser contractual en sentido estricto la responsabilidad originada por su incumplimiento, por el hecho de que se halle prevista en una norma legal o reglamentaria, aunque se trate –lo que será, evidentemente, excepcional– de una norma de derecho imperativo” Fernando PANTALEÓN, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 40-41. Esta afirmación, que comparto, es compatible con esta otra idea: si la norma imperativa contiene previsiones especiales, distintas de las del régimen de la responsabilidad contractual (por ejemplo, en cuanto a daños indemnizables o plazos de ejercicio de la reclamación) habremos de tener en cuenta esas prescripciones. Por ejemplo: aplicación del régimen de responsabilidad por productos a una compraventa realizada por el fabricante (arts. 128 y ss. real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. La *vis atractiva* de la responsabilidad contractual, como recuerda Fernando Pantaleón, se ha defendido por él mismo, anteriormente, en Fernando PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, en *ADC*, N° 42-3, Madrid, 1991, pp. 1.025-1.032, así como por Ángel CARRASCO PERERA, *Comentarios al CC y Comp. Forales*, Madrid, Edersal, 1989, tomo xv-1º, pp. 725, 739-741; María Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 248. Esta misma solución ha sido defendida por Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 268.

I del CC ch (art. 1107 del CC esp)⁴⁰ se ha de utilizar para delimitar, dentro de los daños causados, los que deben ser indemnizados y los que no han de serlo.

7. Para concluir sólo me resta hacer una consideración acerca del tipo de lucro cesante que corresponde a la lesión del interés de conservación. La respuesta es simple: el lucro perdido indemnizable es el que puede producir el bien dañado. En este punto no existen diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

III. DELIMITACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE

En el apartado anterior he señalado qué tipos de intereses pueden quedar lesionados en caso de incumplimiento del contrato y cómo se manifiestan los daños en cada uno de ellos. La tarea que acometo en este apartado es la de precisar el instrumento jurídico que nos permite delimitar, entre los daños causados, cuáles son indemnizables y cuáles no.

A. La doctrina del fin de protección del contrato

Para dar respuesta a la cuestión, que antes me he formulado, relativa al criterio de delimitación del daño indemnizable, contamos con un importante instrumento dogmático: la doctrina del “fin de protección del contrato”. Ernst Rabel la formula, en Alemania, en los años treinta del siglo pasado, de modo bastante preciso, bajo la expresión evocadora del “sentido y finalidad del contrato”. Él mismo nos evoca la potencialidad de este concepto:

“El contrato indica las obligaciones, señala qué intereses del acreedor han de ser satisfechos, y explica qué consecuencias, de las que el incumplimiento produce en el patrimonio del acreedor, debe reparar el deudor. El deudor, que ha lesionado el interés del acreedor, responde frente a él no, sin más, de todas las consecuencias de su conducta contraria al contrato, sino sólo de las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor, protegidos por el contrato”⁴¹.

⁴⁰ Si aplicamos el criterio de imputación del daño propio de la responsabilidad contractual, hemos de utilizar la limitación establecida en estos artículos. Por el contrario, si aplicamos el criterio propio de la responsabilidad extracontractual, no podemos aplicar este criterio de limitación del daño (de sumisión de su indemnización a la autonomía de la voluntad).

⁴¹ Ernst RABEL, *Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung (Unveränderte Neudruck der Ausgabe von 1936)*, Berlin, Beck, 1957, p. 496.

También, advierte, con acierto, que la cuestión fundamental que envuelve la doctrina del fin de protección del contrato no es otra que la de “si el deudor tiene que soportar, conforme a la interpretación del mismo, el riesgo de ciertos daños”⁴².

E art. 1558 del *CC* ch⁴³ contiene la regla para determinar el fin de protección del contrato, la cual está formulada bajo el presupuesto de la previsión o previsibilidad del daño, al tiempo de contratar. Este criterio es complejo y puede ser entendido de modos diferentes, como demuestra el Derecho Comparado. Para dilucidar su verdadero alcance jurídico conviene partir de un análisis de sus antecedentes históricos, a través de los cuales adquiere sentido la expresión utilizada por él. Asimismo, conviene, para ilustrarnos, recordar las grandes líneas de tratamiento del problema en el Derecho Comparado. Todo esto nos permitirá establecer el significado y alcance de la regla del artículo 1558 I del *CC* ch.

B. Los antecedentes históricos: la doctrina de Pothier

El origen inmediato de la regla del art. 1558 I del *CC* ch está en Robert Pothier. De este autor llega a los *Códigos civiles* latinos, a través del *CC* francés. En Robert Pothier se mezclan la tradición romana y la iusnaturalista. Utiliza, como punto de partida, la regla romana⁴⁴ según la cual sólo es indemnizable el daño *in re ipsa*⁴⁵; pero reelabora el alcance de esta noción conforme a las exigencias de la autonomía de la voluntad. Rechaza, en cambio, la idea iusnaturalista de indemnización integral de los daños⁴⁶.

Una lectura detenida de Robert Pothier⁴⁷ nos descubre que, para él, daño previsto es el contemplado, como indemnizable, en el contrato, de manera expresa o implícita. Y es en este marco en el que cobra sentido su idea de que no es indemnizable el daño imprevisible en el momento de contratar. Porque no se puede considerar querido lo no conocido (*nihil volitum nisi praecognitum*).

Según él: “las obligaciones que nacen de los contratos no pueden constituirse más que por el consentimiento de la voluntad de las partes”, que se

⁴² RABEL (n. 41), p. 497.

⁴³ Este artículo se corresponde con el art. 1107 del *CC* esp.

⁴⁴ Sobre esto véase Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Madrid, Thomson Reuters, 2010, p. 97 y ss.

⁴⁵ Paulo, en *D.* 19, 1,21, 3, utiliza una regla: “omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit”.

⁴⁶ Sobre esto véase MORALES MORENO (n. 44), p. 109 y ss.

⁴⁷ Sobre la doctrina de Robert Pothier, más extensamente, MORALES MORENO (n. 44), p. 112 y ss.

extiende no sólo al deber de prestación sino al de indemnizar en caso de incumplimiento. El deudor se obliga a indemnizar “los daños e intereses que resulten de la inejecución de su obligación”. Pero

“se presume que [el deudor] no ha entendido ni querido obligarse más que a la suma a la que él ha podido verosímilmente prever que podrían ascender, a lo más, los referidos daños e intereses, y no más allá de ella”⁴⁸.

También nos advierte de que esta regla de imputación del daño indemnizable, propia del contrato, no es aplicable en caso de dolo del deudor. Porque en este caso, no es la autonomía de la voluntad (contrato) sino la ley la que ordena la imputación del daño. “El que comete dolo –afirma– se obliga *velit, nolit* a la reparación de todo el daño (*tort*) que el dolo causará”⁴⁹. Esta idea la toma de Molineo⁵⁰.

C. Breves notas de Derecho Comparado

En este punto me voy a referir, brevemente, tan sólo, a aquellos ordenamientos o sistemas jurídicos que, por vía de coincidencia o de contraste, puedan servirnos para establecer cuál es el sentido más adecuado de la regla de previsión o previsibilidad del art. 1585 I del CC ch.

1. El Código Civil francés

La doctrina de Robert Pothier, como ya he dicho, llega al *Código Civil* chileno (como al español)⁵¹ a través del artículo 1150 del *Código* francés. Por eso, es importante conocer cómo ha sido entendido en Francia este precepto.

Isabelle Souleau, autora que ha estudiado, detenidamente, en su tesis doctoral (*La previsibilidad el daño contractual, Defensa e ilustración del artículo 1150 del Código civil*)⁵² este precepto, pone de manifiesto cómo, en la doctrina francesa, el artículo 1150 del CC fr ha sido mal entendido y criticado por algunos autores; y cómo otros, la gran mayoría, no le han prestado la atención que merece. Ella, por el contrario, destaca, en mi opinión con acierto, la conexión de la regla del artículo 1150 del *Código Civil* francés con los pilares básicos en los que se asienta el contrato:

⁴⁸ Robert POTHIER, *Traité des obligations*, N° 164.

⁴⁹ *Op. cit.*, N° 166, 168.

⁵⁰ *Op. cit.*, N° 166, 167.

⁵¹ Art. 1107 del CC esp.

⁵² Isabelle SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel, Défense et illustration de l'article 1150 du Code Civile*, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Paris, 1979, 2 vols.

“[E]l incumplimiento de un contrato sólo hace responsable de los riesgos realmente comprendidos en el ámbito del acuerdo de voluntad. La existencia de una obligación contractual previa, imprime a la responsabilidad del deudor una fisonomía específica e irreductible”⁵³.

A su juicio, los pilares básicos en los que se justifica la regla del *Código Civil* son: la voluntad, la buena fe y la justicia contractual⁵⁴.

En la doctrina francesa actual se advierte la influencia de su tesis. La previsibilidad se justifica en que el contrato es una obra de voluntad y previsión de las partes⁵⁵; o en la lógica del contrato, según la cual, el daño indemnizable ha de integrarse en el acuerdo contractual y el deudor no puede ser obligado más allá de la obligación que surge del contrato; o en la idea de equilibrio contractual⁵⁶; o en la necesidad de poder calcular el riesgo asumido a través del contrato: la previsibilidad permite a quien se vincula saber a qué se expone si causa un daño al acreedor y decidir si puede aceptar o no el riesgo que el contrato implica para él⁵⁷.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia francesa, ha destacado que ésta nunca ha admitido que la imprevisibilidad sea una causa de exoneración común a la responsabilidad contractual y extracontractual. Los fallos de la Corte de Casación descubren una noción específica de daño contractual imprevisible, que, aun siendo directo, no es reparable⁵⁸. Esto no quiere decir que en la aplicación de la regla por los tribunales no estén presentes incertidumbres, debidas a que la noción de daño imprevisible es difícil de comprender.

2. El *Common Law*

1. En el *Common Law*, la idea de que existe una finalidad protectora del contrato comenzó a perfilarse en 1854, en el famoso caso *Hadley v. Baxendale*⁵⁹, resuelto bajo la influencia la doctrina de Robert Pothier⁶⁰.

⁵³ SOULEAU (n. 52), pp. 399-400.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 401.

⁵⁵ Christian LARROUMET, *Obligations*, Paris, Economica, 2003, vol. III, N° 657.

⁵⁶ Jacques FLOUR, Jean AUBERT, Louis SAVAUX, *Droit Civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 3ª ed., Paris, Sirey, 2004, N° 218.

⁵⁷ François TERRE, Phillipe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, N° 563.

⁵⁸ SOULEAU (n. 52), p. 8.

⁵⁹ [(1854) 9 Ex 341-354].

⁶⁰ La influencia de la doctrina de Robert Pothier no sólo se advierte en la propia regla formulada en *Hadley v. Basendale* sino que aparece citada en los antecedentes de este fallo. Esa influencia seguramente se produce gracias a la importante obra de Theodore Sedgwick, que, en

Allan Farnsworth ha destacado que la regla de *Hadley v. Baxendale* puso orden en la situación anterior, en la que la cuantificación del daño indemnizable era considerada como una cuestión de hecho, apreciada discrecionalmente por el jurado. Lo cual no resultaba adecuado a las exigencias del momento de la revolución industrial, pues era incompatible con la necesidad de certeza y predecibilidad de costes en el desarrollo de la actividad empresarial⁶¹.

Durante cierto tiempo, recuerda Allan Farnsworth⁶², tanto los tribunales ingleses⁶³ como los estadounidenses fundaron la imputación de los daños en un acuerdo tácito (*tacit agreement*) de asumirlos. Pero tras esta primera fase, el *tacit agreement test* ha sido generalmente rechazado, por ser demasiado restrictivo y en términos doctrinales incorrecto. Es explícitamente rechazado en los comentarios del *Uniform Commercial Code*⁶⁴. Esto no significa, como advierte Allan Farnsworth, que no se pueda encontrar algún ejemplo reciente de aplicación del mismo⁶⁵.

2. En el momento actual, se percibe en el *Common Law* una corriente de revisión, que trata de volver a situar a la doctrina de la previsibilidad en el marco del contrato. En esa línea encontramos algunos trabajos doctrinales, como el de Andrew Tettenborn, publicado en abril de 2007, que bajo el sugestivo título, *Hadley v. Baxendale Forseeability: a Principle Beyond Its Sell-by Date?*⁶⁶ [Previsibilidad: ¿un principio con su fecha de caducidad ya pasada?] desarrolla la “instrumental promises theory”. Y, sobre todo, un fallo relativamente reciente de la Cámara de los Lores, de 9 de julio de 2008, en el caso *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc.*⁶⁷ En este fallo se debate, en momentos de grandes oscilaciones en los precios del mercado, cómo se ha de calcular el lucro perdido por el propietario de un buque, como consecuencia del retraso de la restitución del mismo, por el arrendatario. Lord Hoffmann, cuya opinión decidió este caso, aborda el planteamiento del problema de modo bastante esclarecedor:

sus primeras ediciones, de fecha anterior a la del caso, estudia con detenimiento a Robert Pothier y a los autores franceses de la primera mitad del siglo XIX: Theodore SEDGWICK, *A Treatise on the Measure of Damages, Or, an Inquiry into the Principles which Govern the Amount of Pecuniary Compensation Awarded by the Courts of Justice*, 3ª ed., New York, Baker Voorhis & Co., 1858, p. 57 and ss.

⁶¹ Allan FARNSWORTH, *Contracts*, 4ª ed., New York, Aspen, 2004, § 12.14.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Así la afirmación de C.J. Bovill, en *British Columbia etc, Saw Mill Co. v. Nettleship LR 3 C.P. 499, 506 (1868)*: El daño “must be something which could have been foreseen and reasonably expected, and to which he has assented expressly o impliedly by entering into the contract. FARNSWORTH (n. 61), p. 794, n. 9.

⁶⁴ *UCC* 2-715 cmt. 2.

⁶⁵ FARNSWORTH (n. 61), p. 494, n. 11.

⁶⁶ *Journal of Contract Law*, vol. 23, Sidney, 2007, pp 120-147.

⁶⁷ [2008] UKHL 48.

“El caso (...) plantea una cuestión fundamental en el derecho de los daños contractuales...: La regla según la cual una parte puede obtener indemnización de los daños previsibles, ¿es una *regla jurídica externa, impuesta a las partes* en cada contrato, en defecto de una provisión en contrario, o es una *asunción, prima facie*, de lo que puede entenderse que han querido las partes, aplicable, sin duda, en la gran mayoría de los casos, pero susceptible de rechazo en aquellos casos en que el contexto, las circunstancias presentes o el criterio general del mercado relevante ponen de manifiesto que *no sería razonable entender* que un contratante *hubiera asumido* responsabilidad por tales daños”.

Lord Hoffman se inclina por la segunda opción. Encuentra apoyo en la reciente discusión abierta en la literatura jurídica, a la que me acabo de referir. Y, en consecuencia, asienta la responsabilidad contractual en el propósito de las partes:

“Me parece razonable fundar la responsabilidad por daños en el propósito de las partes (determinado objetivamente), porque toda responsabilidad contractual es asumida voluntariamente. En principio ha de considerarse equivocado, hacer responsable a alguien por riesgos que no es razonable considerar asumidos por quienes celebran ese tipo de contrato, en su concreto mercado”.

Lord Hoffman sitúa la regla de la previsibilidad en el contrato: en la interpretación del mismo, practicada con la objetividad con la que lo hace el *Common Law*⁶⁸.

3. El sistema alemán

En este repaso del Derecho Comparado no puede faltar una breve consideración sobre el sistema alemán, porque pone de relieve los problemas que produce unificar los criterios de imputación de los daños de la responsabilidad contractual y extracontractual.

⁶⁸ “They show that there is a good deal of support in the authorities and academic writings for the proposition that the extent of a party’s liability for damages is founded upon the *interpretation* of the particular contract; not upon the interpretation of any particular language in the contract, but (as in the case of an implied term) upon the interpretation of the contract *as a whole*, construed in its commercial setting” (Lord Hoffmann).

En el proceso de elaboración del *Código Civil* alemán se discutió si la regla de la previsibilidad debía o no incorporarse al texto definitivo del mismo⁶⁹. Al final se rechaza⁷⁰. Y, como consecuencia, el *BGB* unifica, en los §§ 249 a 255, el sistema de indemnización de los daños de la responsabilidad contractual y extracontractual⁷¹. Este sistema adopta, como punto de partida, el criterio de indemnización integral de los daños, bajo la fórmula de la teoría de la diferencia.

Tras la entrada en vigor del I, no tardaron en ponerse de manifiesto los problemas que de la unificación del sistema⁷². Con el paso del tiempo, la doctrina de Ernst Rabel del fin de protección del contrato, ha servido, junto con otras vías⁷³, para subsanar la exclusión de la regla de la previsibilidad y paliar las consecuencias de la inexistencia, en el *BGB*, de un precepto semejante al artículo 1150 del *Código Civil* francés (o el 1558 I del *CC* ch y 1107 del *CC* esp). Hoy⁷⁴, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemanas utilizan el fin de protección del contrato como un criterio de fundamentación y delimitación de la responsabilidad contractual⁷⁵, aunque no falten detractores⁷⁶.

⁶⁹ Nils JANSEN, in Mathias SCHMOECKEL, Joachim RÜCKERT, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Historischer-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. II-1, Tübingen, 2007, §§ 249-253, 255, rn. 43.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Entre ellos está el § 252 del *BGB* referido a la prueba del lucro cesante y más que al criterio de imputación del mismo.

⁷² Así lo puso de relieve, tras la entrada en vigor del *BGB*, la doctrina y la jurisprudencia. Se trataba de evitar la indemnización de las consecuencias inusuales, RABEL (n. 41), § 61, 6, p. 486, n. 2. Ahí cita los trabajos de RÜMILIN, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 90, 171 y TRAEGER, “Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrechts, 1904”, in *Festgabe für Enneccerus*, Marburg 1913.

⁷³ El Derecho alemán utiliza *cuatro vías* para limitar el daño indemnizable en la responsabilidad contractual. Las tres primeras son aplicables tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual; la cuarta proviene de la responsabilidad extracontractual, pero ha adoptado una formulación específica en el contrato. a) La primera vía consiste en aplicar la doctrina de la *concurrencia de culpas* (§ 254 del *BGB*) en el caso en que el acreedor [de la indemnización] no haya informado al deudor de un riesgo conectado al hecho dañoso, que en nuestro caso es el incumplimiento del contrato. b) La segunda vía utiliza también la doctrina de la *concurrencia de culpas* (§ 254 del *BGB*) en el caso de que el acreedor no haya cumplido el *deber de mitigar el daño*. c) La tercera vía la proporciona, en el plano de la causalidad, la *teoría de la adecuación*, aplicada al daño producido por el incumplimiento del contrato. d) La cuarta vía la ofrece la *doctrina del fin de protección del contrato*. Ésta es, sin duda, la vía más adecuada para suplir la falta, en el *BGB*, de una regla como la del art. 1150 del *CC* fr.

⁷⁴ Sobre la penetración de la doctrina de Ernst Rabel en el Derecho alemán véase Thomas RAISER, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck*, Dissertation, 1962, p. 15 und ss.

⁷⁵ Hartmut OETKER, in *Münchener Kommentar*, 5ª ed, München, Beck, 2007, § 249, rn. 118, n. 471; Haimo SCHACK, “Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht”, in *Juristen Zeitung*, 1986, p. 306, n. 29.

⁷⁶ Cfr. SCHACK (n. 75), p. 306, n. 29.

D. El Código Civil chileno

1. Volvamos a la fórmula, de origen francés, utilizada por el *CC ch.*: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato...”.

Su significado no resulta fácil de comprender, si no se tienen en cuenta los antecedentes históricos a los que ya me he referido y las claves dogmáticas en las que debe enmarcarse la solución del problema. Para que la regla del art. 1585 I pueda cumplir adecuadamente su función, hemos de reinsertarlo en las categorías generales de la dogmática del negocio jurídico y del contrato.

2. La función del art. 1558 I del *CC ch.*, es fijar el criterio para determinar qué daños, de los que ha producido el incumplimiento del contrato, son indemnizables y cuáles no. Este se puede reconducir al fin de protección del contrato⁷⁷.

3. Establecido esto, procede preguntar, ¿qué naturaleza jurídica tiene la regla del artículo 1558 I del *CC ch.*?

Las alternativas posibles son dos. O es una norma dispositiva (que incorpora contenidos al contrato, excluibles mediante el pacto), o una norma que, simplemente, nos remite al contenido del contrato. En este caso, nos indica que son indemnizables los daños previstos como tales en el contrato, de modo expreso o implícito. Detengámonos, brevemente, en cada una de estas opciones, teniendo presentes las soluciones de Derecho Comparado.

(a) Empecemos atribuyendo a la regla de la previsibilidad la naturaleza de norma dispositiva. Daño previsto o previsible se entiende en este caso conforme al criterio que ha prevalecido en el *Common Law* hasta el momento actual. Es todo daño que, en el momento de contratar, el contratante incumplidor previó o pudo prever que ocasionaría el incumplimiento al otro contratante. Este daño debe ser indemnizado, salvo que se excluya por la autonomía de la voluntad. El fin de protección del contrato, el deber de indemnizar daños, depende del conocimiento (real o imputable) del contratante, al contratar.

De entender así la expresión legal, el artículo 1558 I contendría una norma dispositiva que, salvo pacto en contrario, establecería el contenido del contrato, en lo que se refiere a la obligación de indemnizar, remitiéndose al dato del conocimiento del contratante. La norma, así

⁷⁷ Así lo ha destacado PANTALEÓN (n. 39), p. 1.026, con respecto a la regla correspondiente del párrafo primero del art. 1107 del *CC esp.*: “La regla de la proposición primera del artículo 1107 *CC* no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del ‘fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad’; (...) dicha norma fundamentadora es el contrato mismo...”.

entendida, añadiría contenidos vinculantes al contrato, al margen de la voluntad del obligado; aunque, por ser una norma dispositiva, podrían ser excluidos o modificados por la autonomía de la voluntad.

- (b) La otra opción es considerar la regla del art. 1585 I del *CC* ch, no como una norma dispositiva, sino como una enunciativa, que remite a lo que en cada caso disponga el contrato. El fin de protección del contrato lo determina, primariamente, la autonomía de la voluntad y no una norma. Y, como no es frecuente que los contratantes pacten de modo explícito sobre los daños indemnizables, esta alternativa hace, a menudo, necesario interpretar el contrato para determinar cuál es su fin de protección y los daños indemnizables.

2. De las dos opciones expuestas (norma dispositiva, norma enunciativa que remite a lo que dispone el contrato) creo que la segunda es la que más se ajusta la doctrina de Robert Pothier⁷⁸.

Para Robert Pothier la voluntad es el fundamento de las obligaciones que nacen del contrato, tanto de prestación como de indemnización de los daños del incumplimiento. El deudor, por virtud del contrato, asume la obligación de indemnizar los daños que resulten del incumplimiento del mismo. Daño previsto es, para él, el que resulta indemnizable, por la voluntad expresa o tácita de los contratantes (especialmente del deudor).

A falta de pacto expreso, Robert Pothier, inspirándose en la idea romana del daño “*propter ipsam rem non habitam*” (ya que utiliza el modelo de las obligaciones de dar o entregar cosas), delimita el daño indemnizable conforme a la función o finalidad típicas del contrato celebrado⁷⁹. El acuerdo de los contratantes puede ampliar la responsabilidad del deudor, más allá de estos contenidos típicos⁸⁰.

⁷⁸ Una exposición más pormenorizada de la doctrina de Robert Pothier puede verse en, Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Madrid, Thomson Reuter, 2010, p. 112 y ss.

⁷⁹ Tal daño no se limita al valor de la cosa (*aestimatio rei*). Comprende el interés del acreedor (comprador, arrendatario) en obtener o mantener la cosa. Lo que obliga al vendedor a indemnizar al comprador por el aumento de precio de mercado de la cosa no entregada, o al arrendatario, que pierde por evicción la casa arrendada, el gasto de traslado a otra casa y el mayor precio del nuevo arrendamiento. Comprende igualmente el interés del acreedor en obtener los productos de la cosa objeto de la prestación, mediante el uso conforme al derecho adquirido, o un uso previsto en el contrato. Por ejemplo, si el inmueble se arrienda para establecer un comercio será indemnizable el daño en el ejercicio de esa actividad. Comprende también el interés en mantener la integridad de otros bienes del acreedor, cuando ese riesgo se imputa al deudor, por su condición de perito.

⁸⁰ Por ejemplo, una cláusula expresa del contrato puede garantizar el lucro cesante del canónigo que no puede tomar posesión del beneficio por el retraso en la entrega del caballo

En Robert Pothier también aparece, de modo reiterado, la idea de imprevisibilidad del daño, con una función excluyente. Imprevisible es el daño que, pudiendo considerarse, en principio, comprendido entre los daños indemnizables (“previsto en el contrato”), queda excluido de la indemnización porque en el momento de contratar era imprevisible para el deudor. Puesto que el fundamento de la indemnización está, según el autor aludido, en la voluntad, la imprevisibilidad de un daño excluye su indemnización, porque no se puede entender querido lo no conocido⁸¹.

3. De las dos opciones o hipótesis interpretativas a las que me acabo de referir, la segunda me parece la más adecuada al artículo 1585 I del *CC* ch. Primero, porque es la más próxima a la tradición histórica en la que surge y se enmarca este precepto. Segundo, porque ofrece un método coherente con la fundamentación de la vinculación contractual en la autonomía de la voluntad. La interpretación del contrato es el instrumento para determinar en cada caso el fin de protección del contrato. Esta opción evita los inconvenientes de la otra: imputar daños, por el mero hecho de ser previsibles en el momento de contratar, en casos en los que el contrato, adecuadamente interpretado, no justificaría esa imputación⁸².

Es cierto que la otra opción, la imputación de responsabilidad *ope legis*, basada en el mero conocimiento real o imputable, puede servir para estimular el cumplimiento del contrato, pues así el deudor evita tener que indemnizar los daños causados al acreedor que sean para él previsibles al contratar. Pero la penalización desorbitada a la que, en algunos casos, puede conducir este modo de entender la regla no justifica su pretendida ventaja económica.

comprado. O el arrendar un inmueble para actividad de tienda o alberge le da derecho al arrendatario a obtener en caso de evicción el lucro perdido.

⁸¹ Los ejemplos de daño imprevisible que propone Robert Pothier son éstos: los muebles perdidos por la ruina del edificio, cuya existencia en él no sea previsible; el extraordinario incremento de valor del viñedo perdido por evicción, como consecuencia de la construcción de un canal de navegación; el precio inmenso del licor perdido en el tonel defectuoso vendido; las joyas y muebles valiosos perdidos en la ruina del edificio.

⁸² Es justo señalar el extremo cuidado de Fernando Pantaleón en evitar que el conocimiento previo de la potencialidad del daño pueda constituir, de modo automático, la causa de la imputación del daño. “[N]o es suficiente que, al tiempo de contratar, el contratante incumplidor haya previsto la posibilidad de que dicho resultado acaeciese, sino que es necesario, además, que la información sobre las circunstancias especiales haya sido proporcionada precisamente por la otra parte, y de tal modo que las personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños” PANTALEÓN (n. 39), p. 1.029. Con esta afirmación, se desmarca claramente de la utilización mecánica de la regla del artículo 1107 I como una regla dispositiva y se aproxima a la otra hipótesis, que me parece preferible en nuestro Derecho, que construye la imputación objetiva del daño indemnizable sobre la base de la interpretación del contrato.

Como tampoco creo que la justifique el incitar a celebrar contratos con una regulación completa, por más que esto pueda ser deseable.

La diferencia que subyace entre una y otra manera de entender la previsibilidad me parece que es ésta. En la primera se está partiendo del principio (de origen yusnaturalista y no romano) de indemnización integral de los daños. La previsibilidad marca un límite: no se puede obligar al deudor a indemnizar el daño imprevisible para él en el momento de contratar. Simplificada la regla se puede afirmar que el deudor indemniza todos los daños previsibles en el momento de contratar. En la segunda, acomodada a la tradición romanista e inspirada en Robert Pothier, no rige el principio de indemnización integral de los daños. En la responsabilidad contractual el daño indemnizable es limitado; es, exclusivamente, el que establece el contrato, adecuadamente interpretado. El contenido del contrato no se completa con una norma dispositiva que prevea la indemnización de todos los daños previsibles. La imprevisibilidad del daño es, en este caso, un instrumento de ponderación manejable en la interpretación del contrato.

3. Volvamos al artículo 1558 I del *CCch* y a las expresiones que él mismo utiliza: daños que se previeron o que pudieron preverse al tiempo de contratar. A primera vista pueden parecer equívocas; pero cobran sentido al ser interpretadas conforme a la doctrina de Robert Pothier.

- (a) *Daños que se previeron* no son los que prevé, unilateralmente, cada contratante (deudor) al tiempo de contratar, como posible consecuencia de su incumplimiento. Son los daños contemplados en el contrato. La expresión es equivalente a “daños previstos en el contrato”. Previstos, directamente, o que resulten previstos según la interpretación del contrato. La interpretación utilizará, en muchos casos, criterios objetivos⁸³.
- (b) La otra expresión, “daños que pudieron preverse al tiempo de contratar”, cobra también sentido en el contexto de la doctrina de Robert Pothier. No significa que la previsibilidad del daño lo haga imputable directamente al deudor. Conforme a la idea de Robert Pothier significa, más bien, que existen daños que, aun estando comprendidos en el fin de protección típico del contrato celebrado (venta, arrendamiento, contrato de obra) y siendo, por tanto, inicialmente, imputables, no lo son a un deudor concreto, porque no eran previsibles para él en el momento de contratar. Los ejemplos que utiliza Robert Pothier, son elocuentes. A menudo, la falta de previsibilidad del daño proviene de

⁸³ Dieter Medicus, aunque se mueve en las coordenadas dogmáticas del Derecho alemán, admite que puede ser indemnizable un daño imprevisible, comprendido en el fin de protección de la norma, Dieter MEDICUS, *Schuldrecht I AT*, 17^a ed., München, Beck, 2006, RN 600, p. 222.

que el acreedor no informó al deudor, al contratar, de las circunstancias particulares que podían originarlo.

4. La interpretación del contrato es el método de determinación de su fin de protección. Si el contrato prevé, expresamente, los daños indemnizables en caso de incumplimiento (por ejemplo, cláusula penal), no hay cuestión; pero esto no es lo más frecuente: los contratos normalmente prevén las obligaciones, pero no las consecuencias de su incumplimiento⁸⁴. Este silencio nos impone proceder a interpretar el contrato⁸⁵.

A menudo, la carencia de otros materiales interpretativos hará necesario utilizar criterios objetivos de interpretación, como los que indico a continuación.

(a) El tipo contractual⁸⁶ utilizado ofrece un medio para construir, de modo objetivo, el fin de protección del contrato (los daños imputables). El tipo representa un modelo abstracto (general) de contrato. La utilización de un tipo indica la voluntad de las partes de contratar bajo ese modelo.

A través del tipo podemos aproximarnos en bastantes casos a la función del contrato celebrado. Por ejemplo: en la compraventa es la transmisión de un bien con su utilidad; en el arrendamiento, la obtención de una determinada utilidad del bien, durante un período, etc. Esa función nos indica el interés protegido por el contrato.

(b) Pero no siempre basta considerar el tipo contractual para determinar el fin de protección del contrato. Primero, porque hay tipos muy genéricos (como el de prestación de servicios), que requieren tomar en cuenta la finalidad concreta para la que se utilizan en el caso concreto. Segundo, porque a menudo los tipos son usados con una finalidad o propósito práctico determinados (causa concreta); o, dicho de modo más simple, porque existe un pacto que concreta y desarrolla la finalidad perseguida con la utilización del tipo. La consideración del tipo utilizado es, normalmente, sólo un punto de partida en la determinación del fin de protección del contrato. Por esta razón, junto a la consideración de la función propia del tipo, hemos de tomar en cuenta, si nos consta, la finalidad concreta perseguida por los contratantes, al celebrar el contrato; y el interés protegido que puede surgir de ella. Por ejemplo, si el vendedor no se limita a transmitir al comprador la cosa para el uso normal, sino que le garantiza una determinada utilidad de la misma, serán indemnizables los lucros perdidos en ese destino. Supongamos que el comprador compra unas semillas para siembra o un líquido para fabricar un producto y ese uso

⁸⁴ Herman LANGE *Schadensersatz*, Tübingen, Mohr, 1979, p. 79.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 99 (ahí cita a Ernst Rabel, Ludwig Reiser).

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 81.

especial está garantizado por el vendedor. El lucro cesante debido a la falta de idoneidad del objeto para cumplir el propósito del contrato está dentro del fin de protección del mismo. Si el destino de la edificación arrendada es un uso comercial, serán indemnizables los lucros cesantes en esa actividad debidos al incumplimiento del arrendador. Si se trata de un contrato de prestación de servicios, la utilidad que debe proporcionar al cliente el servicio es la base para determinar la imputación del daño causado por el incumplimiento del contrato.

- (c) El precio o contraprestación que recibe el contratante incumplidor es otro elemento que debe ser tenido en cuenta para determinar el riesgo asumido por él y los daños indemnizables. Tratándose de bienes o servicios con precio de mercado, el hecho de que en el contrato se haya fijado el precio vigente en el mismo es indicio de que los contratantes han querido celebrar un contrato conforme al modelo considerado en el mercado, asumiendo los riesgos que normalmente se incluyen en ese precio. Un precio superior al del mercado puede ser indicio de que se han asumido mayores riesgos. El juez tendrá que valorarlo. Habrá de tener en cuenta en qué medida ese mayor precio se debe a que el contrato imputa mayores riesgos o a otras razones; en definitiva, si el precio cobrado justifica o no la imputación del riesgo⁸⁷.
- (d) La interpretación integradora del contrato permite reconstruir una regla razonable, utilizando los *usos del tráfico* (arts. 1287, 1258). Esta reconstrucción del contrato no utiliza como medio de interpretación (por no existir o ser insuficientes) los datos o circunstancias individuales del contrato, sino los contenidos, normales (usuales) en el tráfico⁸⁸, de los contratos del mismo tipo (tipo del tráfico) que el celebrado. Los usos del tráfico, como ha señalado Federico de Castro, tienen “una función complementadora o reconstructora de la regla negocial”⁸⁹.

⁸⁷ El *Código Civil* español, que admite la libertad de los contratantes en la determinación del precio de los bienes o servicios, utiliza como criterio de interpretación del contrato el precio usual o de mercado, pues los contratantes suelen contratar bajo las condiciones del mismo. El artículo 1289 I dispone: “Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses”. A falta de otro criterio, la mayor reciprocidad, en un contrato de intercambio de bienes o servicios por dinero, se establece valorando prestación y contraprestación a precio de mercado. Y esa mayor reciprocidad de intereses permitirá incluir o excluir ciertos riesgos en el contrato. Hay que tener en cuenta que los precios de mercado de los bienes y servicios no sólo indican el valor de los mismos, sino los riesgos típicos, normalmente imputados en ese mercado.

⁸⁸ Karl LARENZ, Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., München Beck, 2004, p. 522 und ss.

⁸⁹ Federico de CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1967, § 112 d), pp. 88-89.

La utilización de los usos del tráfico en esa tarea interpretativa e integradora del contrato no supone la aplicación de una norma ajena a la autonomía de la voluntad (costumbre: derecho dispositivo), sino de una regla atraída por la autonomía de la voluntad, en conexión con ella y fundamentada en ella⁹⁰. Así lo pone de manifiesto el artículo 9 II de la Convención de Viena, al disponer:

“Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico de que se trate”.

5. Sólo me queda referirme, brevemente, al dolo del deudor. La regla ordinaria de imputación de responsabilidad contractual, a la que me he referido, no es aplicable cuando el incumplimiento del deudor no es un acto neutro (el mero hecho de la falta de ejecución del contrato) sino que, por existir dolo, constituye, además, un acto por sí mismo generador de responsabilidad. En este caso hemos de enjuiciar esa conducta dolosa como una fuente de responsabilidad sobreañadida, distinta de la derivada del mero incumplimiento; y hemos de utilizar un sistema diferente de imputación del daño.

Ésta es la función de la regla de imputación en caso de dolo, contenida en el art. 1585 I del *CC ch* (como la del artículo 1107 II del *CC esp*). Dicha regla, aunque se sitúe en el marco de la responsabilidad contractual, cosa que no sucede en el *Common Law*, utiliza un criterio de imputación propio de la responsabilidad extracontractual. Hemos de anticipar, en cualquier caso, que dolo no significa aquí cualquier incumplimiento voluntario.

IV. LÍMITES DE LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE

1. Para concluir, me voy a referir a dos factores de aminoración del daño indemnizable, especialmente operativos en la reparación de los lucros cesantes.

⁹⁰ Resulta interesante recordar una afirmación de *lord Hoffman* en *Transfield Shipping Inc (Appellants) v Mercator Shipping Inc*: “12. It seems to me logical to found liability for damages upon the intention of the parties (objectively ascertained) because all contractual liability is voluntarily undertaken. It must be in principle wrong to hold someone liable for risks for which the people entering into such a contract in their particular market would not reasonably be considered to have undertaken”.

Son: el deber de mitigar el daño y el ejercicio de algunos de los otros remedios del incumplimiento, distintos del remedio indemnizatorio.

2. El *deber de mitigar el daño*, aunque no esté regulado directamente en los Códigos, expresa un criterio de racionalidad jurídica, que puede conectarse con las exigencias de la buena fe. Tiene especial importancia en la indemnización del lucro cesante producido por el incumplimiento del contrato, por el peligro de que este tipo de daño se extienda excesivamente.

Para el acreedor insatisfecho supone que ha de tomar medidas (razonables), de diversa índole, para evitar o reducir el lucro cesante; y para el deudor implica sustituir la indemnización del lucro cesante mitigable por la del coste de las medidas adoptadas para evitarlo o reducirlo.

3. El otro factor de aminoración del daño indemnizable, al que también quiero referirme, es el ejercicio, por el acreedor insatisfecho, de aquellos *remedios que le permiten retener o recuperar recursos económicos* que, de haberse cumplido el contrato, hubiera debido emplear en él, transfiriéndoselos al otro contratante. Estoy pensando, sobre todo, en el remedio de la resolución.

En la resolución, la cuantía debida en concepto de indemnización se ha de compensar con la ventaja que pueda suponer para el acreedor insatisfecho el efecto liberatorio o restitutorio de ella. Es necesario hacerlo para evitar que la indemnización produzca en el acreedor un enriquecimiento injustificado. También porque sería contrario a la lógica de conmutividad del contrato sinalagmático que el deudor estuviera obligado a indemnizar al acreedor el interés positivo lesionado por el incumplimiento, sin obtener ninguna compensación económica a cambio.

V. CONCLUSIÓN

Ha llegado el momento de extraer una conclusión. La indemnización del lucro cesante del acreedor, generado por el incumplimiento del contrato, es una exigencia del contrato; o si se prefiere, de la vinculación contractual, entendida como garantía de un resultado. Nada tiene que ver con la satisfacción de los sueños de fortuna de un contratante, ni siquiera con la de todas las ganancias que hubiera podido conseguir el acreedor, de haberse cumplido el contrato. La indemnización se circunscribe al lucro justificado en el fin de protección del contrato. Y el fin de protección del contrato lo configura la autonomía de la voluntad.

THE ACHILLEAS: LA REMOTENESS RULE SOMETIDA A DEBATE EN LA HOUSE OF LORDS

Beatriz Gregoraci Fernández*

INTRODUCCIÓN

Conforme al Derecho inglés el contratante incumplidor no está obligado a indemnizar todos los daños causados por el incumplimiento; la compensación, en efecto, se encuentra limitada por los siguientes principios:

- 1) *remoteness rule*;
- 2) *intervening cause*;
- 3) *duty to mitigate*;
- 4) *contributory negligence*.

El presente trabajo se centra en el primero de los principios citados¹: la *remoteness rule*, conforme a la cual, un daño no debe ser indemnizado si es demasiado remoto².

La *remoteness rule*, o *contemplation test*, se formula en la 30ª edición de *Chitty on Contracts* del siguiente modo:

* Investigadora contratada Ramón y Cajal. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Al igual que en nuestro Derecho, el *Common Law* diferencia entre la causalidad fáctica y la causalidad jurídica: conforme a la primera de ellas, un evento es causa de un daño cuando se cumple el test de la *conditio sine qua non* (para el Derecho inglés, el *but for test*); la superación de este test no es suficiente para responsabilizar del daño causado a otro: resulta necesario que el evento pueda considerarse *cause in law*. Precisamente en el test de la *legal causation* se sitúa el principio de la *intervening cause*. La culpa de la víctima y el deber de mitigar el daño, son las categorías correspondientes de nuestro Derecho a los otros dos principios citados. Sobre ellos véase Harvey MCGREGOR, *On Damages*, London, Sweet & Maxwell, 2009, p. 107 y ss.

² Si quisiéramos hacer un paralelismo con nuestro ordenamiento, este principio se correspondería con el art. 1107 del *CC* español cuyo tenor literal es de sobra conocido: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

“A type or kind of loss is not too remote a consequence of a breach of contract if, at the time of contracting (and on the assumption that the parties actually foresaw the breach in question) it was within their reasonable contemplation as a not unlikely result of that breach”³.

Andrew Burrows, por su parte, se refiere a este principio con las palabras que reproducimos a continuación:

“There is a single contract test of remoteness which lays down that losses are too remote if, at the time the contract was made, the defendant did not contemplate and could not reasonably have contemplated that type of loss as a serious possibility”⁴.

En una primera aproximación, y a partir de las palabras transcritas se desprende que, en virtud del Derecho inglés, un daño no es *too remote* si las partes, en el momento de la celebración del contrato, lo contemplaron o debían haberlo contemplado como una consecuencia previsible del incumplimiento.

La formulación de la *remoteness rule* en los términos indicados tiene su origen en los siguientes tres casos⁵: *Hadley v. Baxendale*⁶, *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries*⁷ y *Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron II)*⁸. A partir de ellos la doctrina inglesa ha construido tradicionalmente la regla de la *remoteness rule* planteándose dos cuestiones de hecho:

- 1) ¿qué significa exactamente que un daño es una consecuencia previsible del incumplimiento?;
- 2) ¿qué circunstancias de hecho conocidas por el deudor en el momento de la celebración del contrato implican que éste contempló o debió contemplar el acaecimiento del daño como previsible?

Desde principios de la década de 2000 parte de la doctrina inglesa ha puesto de manifiesto su insatisfacción con la construcción de la regla en los términos expuestos y ha llevado la discusión más allá de la mera previsibilidad del daño y del mero conocimiento de datos de hecho. Dentro de esta nueva corriente doctrinal cabe distinguir, a su vez, dos construcciones de la *remoteness*

³ *Chitty on Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 2009, § 26054.

⁴ Andrew BURROWS, *Remedies for Torts and breach of contract*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 94.

⁵ Por todos, véase MCGREGOR (n. 1), 2009, pp. 199-206.

⁶ (1854) 9 Ex. 341.

⁷ [1949] 2 KB 528.

⁸ [1969] 1 AC 350.

rule: para unos⁹, la clave para establecer si un daño es o no *too remote* se sitúa en la interpretación de la voluntad de las partes expresada en el contrato; para otros¹⁰, es el tribunal quien, al margen de la voluntad de las partes, integra el contenido del contrato.

Desde 1994 no había llegado hasta la *House of Lords* ningún caso sobre la *remoteness rule*¹¹. Pues bien, en el año 2008 se dicta la sentencia *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*¹², también conocida como *The Achillesas*. En su resolución por la *House of Lords* y por las instancias inferiores cabe distinguir las dos visiones de la *remoteness rule* a las que nos acabamos de referir: la tradicional y la innovadora.

Los magistrados que adoptan una perspectiva tradicional hacen girar el caso en torno a las dos cuestiones de hecho que acabamos de indicar; y así, lo que se preguntan es si el lucro cesante reclamado por los demandantes era lo suficientemente previsible como para considerarlo *not too remote* conforme al conocimiento del que disponían los demandados.

Sin embargo, para quienes, como *lord Hoffmann*, intentan dar un paso más en la formulación de la regla, la clave es otra: la pregunta que hay que formularse es si la parte demandada asumió la responsabilidad por el lucro cesante reclamado.

El objetivo de las líneas que siguen consiste en estudiar en profundidad esta importante sentencia. Para ello, y antes de analizar la fundamentación jurídica del caso, conviene recordar cuáles fueron los hechos y el *iter* procesal de *The Achillesas*. Terminaremos dando cuenta de la reacción de la doctrina inglesa tras la publicación de la sentencia.

I. LOS HECHOS

El *Achilleas* parte del incumplimiento, constatado y aceptado por ambas partes, de un contrato de flete: en concreto, los fletadores (*Transfield Shipping*)

⁹ Adam KRAMER, “An Agreement-Centred approach to Remoteness and Contract Damages”, in Nihl COHEN and Ewan MCKENDRICK (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford, Hut, 2004, pp. 249-286; Andrew TETTENBORN, “Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond its Sell by Date”, in *Journal of Contract Law*, vol. 23, Sidney, 2007, pp. 120-147; *lord HOFFMANN*, “The *Achilleas*: custom and practice or foreseeability?”, in *Edinburgh Law Review*, vol. 14, Edinburgh, 2010, pp. 47-61.

¹⁰ Andrew ROBERTSON, “The basis of remoteness rule in contract”, in *Legal Studies*, vol. 28, N° 2, Reino Unido, 2008, pp. 172-196.

¹¹ El último caso en llegar fue *Balfour Beatty Construction (Scotland) Ltd v. Scottish Power 1994 S.C. (H.L.) 20*. Informa de ello MCGREGOR (n. 5), p. 223.

¹² [2008] UKHL 48.

devolvieron el buque (*Achilleas*) a sus propietarios (Mercator Shipping) con nueve días de retraso. El litigio se centra en la indemnización debida por los fletadores a los propietarios.

Transfield estaba obligado a devolver el *Achilleas* a sus propietarios el 2 de mayo de 2004. El 21 de abril del mismo año los propietarios celebraron un nuevo contrato de flete sobre el mencionado buque con otros fletadores (Cargill).

Son tres los datos que interesa destacar del mencionado contrato:

- 1) su celebración tiene lugar en un momento en el que las condiciones del mercado son muy favorables para los propietarios del buque;
- 2) se pacta expresamente que los propietarios entregarán el buque a Cargill el 8 de mayo de 2004, por tanto, seis días después de la fecha máxima de restitución pactada con los primeros fletadores;
- 3) en caso de que los propietarios no entregasen el buque en la fecha límite pactada, los fletadores podrían cancelar el contrato.

Transfield devolvió el *Achilleas* el 11 de mayo de 2004. Los propietarios, por tanto, no pudieron entregar el buque a Cargill en la fecha máxima pactada.

El 5 de mayo, cuando ya era evidente que el buque no estaría en poder de los propietarios el día 8 del mismo mes, éstos renegociaron el contrato con Cargill, con el objeto de evitar la ejecución de la ya mencionada cláusula que permitía a este último la cancelación del contrato. El resultado de la renegociación se tradujo en una considerable rebaja del precio a cambio de la posposición de la fecha de entrega del buque. En concreto, el precio original de USD39.500 por día se rebajó a USD31.500 por día.

Los propietarios reclamaron a los primeros fletadores una indemnización correspondiente al lucro cesante sufrido como consecuencia del retraso: en concreto, solicitaron la diferencia entre el precio originalmente pactado con Cargill y el renegociado, multiplicada por toda la vida del contrato; siendo la diferencia de ocho mil dólares por día, el montante total reclamado en la demanda ascendía a USD1.364.584,37.

Los fletadores demandados, sin embargo, aducían que la indemnización debía limitarse a la diferencia entre el precio de mercado y el precio del contrato de flete incumplido, multiplicada por los nueve días de retraso. La indemnización ascendería, entonces, a un total de USD158.201,17.

No hará falta destacar la importante diferencia, de más de un millón de dólares, entre una indemnización y otra.

II. LA SOLUCIÓN

El caso se sometió, en primer lugar, a arbitraje; la decisión de la mayoría de los árbitros, favorable a los propietarios, fue recurrida por los fletadores, primero ante la Commercial Court de la Queen's Bench Division y después ante la Court of Appeal. Ambos recursos son desestimados, confirmando así el criterio de la mayoría de los árbitros. La *House of Lords*, ante la que los fletadores interponen un nuevo recurso, falla, sin embargo, en favor de estos últimos.

Aunque la conclusión a la que llegan todos los *lords*¹³ es la misma (los fletadores no deben indemnizar el lucro cesante reclamado por los propietarios) el razonamiento jurídico seguido no es el mismo. En efecto, cabe distinguir dos visiones: por un lado, la tradicional, defendida por *lord* Rodger y *barones* Hale; por otro lado, una visión más innovadora, liderada por *lord* Hoffmann, a quien siguen, en mayor o menor medida, *lord* Hope y *lord* Walker.

¿Dónde difieren los razonamientos de los *lords*? La diferencia fundamental radica en la interpretación de la primera regla de Hadley.

En opinión de *lord* Rodger y de *barones* Hale la pregunta que hay que formularse para determinar si el lucro cesante reclamado por los propietarios es indemnizable es la siguiente: ¿se trata de un tipo de daño *not unlikely*?

Lord Hoffmann y los *lords* que con él se alinean, consideran que hay que formular una pregunta adicional: en efecto, no sólo hay que analizar si el tipo de daño es *not unlikely* sino que, además, resulta imprescindible determinar si existió una *assumption of responsibility* por parte de los fletadores en el momento de la celebración del contrato.

La diferencia entre ambos razonamientos jurídicos es, fundamentalmente, la siguiente: para la visión tradicional, si el tipo de daño reclamado es *not unlikely*, es indemnizable; por el contrario, conforme a la visión innovadora, un tipo de daño *not unlikely* puede no ser indemnizable si se concluye que el deudor no asumió la responsabilidad por el mismo en el momento de la celebración del contrato.

La mayoría de los árbitros, el juez de la Queen's Bench Division y la Court of Appeal adoptaron la misma visión tradicional que *lord* Rodger y *barones* Hale. Sin embargo, llegaron a una conclusión opuesta: si para los magistrados de la *House of Lords* el lucro cesante reclamado es *unlikely*, para el resto se trata de un daño *not unlikely*.

¹³ *Barones* Hale no esconde sus incertidumbres y sus dudas acerca de la justicia de esta solución. En concreto, puede leerse lo siguiente: "Therefore, if this appeal is to be allowed, as to which I continue to have doubts [...]", in [2008] UKHL 48 § 93.

Lord Hoffmann no discute que el lucro cesante sufrido por los propietarios fuera un daño *not unlikely* en el momento de la celebración del contrato. Ahora bien, lo que no puede afirmarse, en opinión del *lord*, es que los primeros fletadores hubieran asumido responsabilidad por dicho lucro cesante. Es ésta la razón por la que *lord Hoffmann* estima el recurso interpuesto por los fletadores.

En las líneas que siguen analizaremos pormenorizadamente los razonamientos correspondientes a cada una de las visiones indicadas.

III. VISIÓN TRADICIONAL: LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO

El análisis de los partidarios de la visión tradicional se centra en la previsibilidad del daño en el momento de la celebración del contrato.

Para determinar si el lucro cesante reclamado por los propietarios del *Achilleas* cumple o no la primera regla de Hadley¹⁴, la discusión de quienes

¹⁴ Los fletadores intentaron situar la indemnización del lucro cesante solicitada por los propietarios en la segunda regla de Hadley: se trataría, pues, a su juicio, de un daño inusual cuyo riesgo de acaecimiento en el caso concreto no fue comunicado en el momento de la celebración del contrato. Literalmente los demandados afirmaban: “An award for loss of profit in respect of a subsequent charter could only be made under the second limb of the rule in *Hadley v. Baxendale* which did not apply in the present case because the charterers had not been told, at or before the making of the addendum, that the owners were going to enter into a subsequent fixture of the same type as the *Cargill* fixture and that it was critical that redelivery take place on time”, véase [2006] EWHC 3030 (Comm).

Lord Rodger parece aceptar, en un momento de su razonamiento, esta perspectiva de los fletadores. Para el *lord* los propietarios debían haber advertido de la existencia de un siguiente flete. El caso se incardinaba en la segunda regla de Hadley: “[...] the position on damages might also be different, if, for example when a charter-party was entered into- the owners drew the charterers’ attention to the existence of a forward charter of many months’ duration for which the vessel had to be delivered on a particular date. The charterers would know that a failure to redeliver the vessel in time to allow the owners to deliver it under that charter would be liable to result in the loss of that fixture. Then the second rule or limb in *Hadley v. Baxendale* might well come into play. But the point does not arise in this case” (véase [2007] 2 Lloyd’s Rep. 555, § 75.)

También el árbitro disidente adoptó una visión similar. En concreto, consideraba que el lucro cesante se incardinaba en la segunda regla de Hadley: “damages based on the fact that a shipowner had concluded a particularly lucrative period fixture and has done so at time when the market is at a peak (and shortly before it fails dramatically) would have to be regarded as a type of loss or damage ‘only likely to occur in a small minority of cases’. As such, damages of this type would only be recoverable under the ‘second limb’ of the rule in *Hadley v. Baxendale*”.

plantearon la resolución del caso desde una perspectiva tradicional se centró en los siguientes tres puntos:

- 1) La trascendencia en el caso concreto de las fluctuaciones del mercado en el momento en que acaecieron los hechos;
- 2) La interpretación de los casos invocados por los fletadores para apoyar su forma de calcular la indemnización debida;
- 3) Las consecuencias prácticas de establecer la indemnización conforme a cada una de las pautas propuestas por las partes.

3.1. *Las fluctuaciones del mercado*

Uno de los principales argumentos aducidos por *lord* Rodger para considerar que el lucro cesante reclamado por los propietarios es *unlikely* reside, precisamente, en las inusuales fluctuaciones del mercado en el momento en que acaecieron los hechos.

Para el *lord*, cuando las partes del litigio celebraron el contrato (en septiembre de 2003) era absolutamente imprevisible que el mercado fuera a fluctuar de manera tan acusada como lo hizo en los nueve días que separaron a la celebración del contrato de flete con Cargill y su consiguiente renegociación. Como se recordará, el precio original de este segundo flete, pactado en abril de 2004, era muy favorable para los propietarios; cuando, en mayo de 2004, éstos renegociaron el contrato con el objetivo de impedir la cancelación del mismo por Cargill, los precios de flete habían descendido de manera brusca¹⁵.

¹⁵ Las palabras de *lord* Rodger fueron en concreto: “[...] the extent of the relevant rise and fall in the market within a short time was actually unusual. The owners’ loss stemmed from that unusual occurrence [...] I am satisfied that, when they entered into the addendum in September 2003, neither party would reasonably have contemplated that an overrun of nine days would ‘in the ordinary course of things’ cause the owners the kind of loss for which they claim damages. That loss was not the ‘ordinary consequence’ of a breach of that kind. It occurred in this case only because of the extremely volatile market conditions which produced both the owners’ initial (particularly lucrative) transaction, with a third party, and the subsequent pressure on the owners to accept a lower rate for that fixture. Back in September 2003, this loss could not have been reasonably foreseen as being likely to arise out of the delay in question. It was, accordingly, too remote to give rise to a claim for damages for breach of contract”.

En la misma línea *barones* Hale observa: “It was only because of the unusual volatility of the market at that particular time that this particular loss was suffered. It is one thing to say, as did the majority arbitrators, that missing dates for a subsequent fixture was within the parties’ contemplation as ‘not unlikely’. It is another thing to say that the ‘extremely volatile’ conditions which brought about this particular loss were ‘not unlikely’”.

Pues bien, a pesar de que en las instancias inferiores las inusuales fluctuaciones del mercado fueron tomadas en consideración, la conclusión a la que llegaron, tanto la mayoría de los árbitros como la Commercial Court y la Court of Appeal, fue opuesta a la de *lord* Rodger. Y ello conforme a dos tipos de razones.

Ante todo, se invocó la doctrina en virtud de la cual lo que debe ser previsible es el tipo de daño, no su extensión: la posibilidad de que los propietarios perdieran un contrato de flete posterior como consecuencia del retraso en la restitución del buque era previsible por lo que es un daño *not too remote*, con independencia de que la cuantía exacta del lucro cesante exigido fuera imprevisible¹⁶.

La segunda razón invocada es que, conforme al conocimiento que cabe imputar a los fletadores, éstos podían prever:

- 1) que el retraso en la entrega podía implicar la pérdida de un flete contratado por los propietarios;
- 2) que dicha eventualidad no debía considerarse muy inusual;
- 3) que las fluctuaciones del mercado eran posibles, tanto al alza como a la baja y
- 4) que el lucro cesante derivado de la materialización de los riesgos indicados era un resultado previsible¹⁷. Y así, la Court of Appeal afirmó:

“The refixing of the vessel at the end of the charterers’ charter was not merely ‘not unlikely’, it was in truth highly probable [...]. The nature of the chartering market was at all times an open book to the charterers: it was their own business, in which they were experienced. It was of course a market which went up and down and could be volatile. Against that background of knowledge, with the charterers had always possessed, and in truth arose out of the ordinary nature

¹⁶ Y así, la mayoría de los árbitros afirmó: “[...] to the knowledge of the charterers, it was recognized and accepted as a hazard of late redelivery that the vessel would miss her cancellation date for the next fixture; that that was not something that was very unusual but, on the contrary, the kind of result which the parties would have had in mind; that rapid variations in market rates in either direction were market knowledge; and that the kind of loss suffered by the owners, namely the need, on account of delay in redelivery, to adjust the dates for the subsequent employment of the vessel with a reduction in the previously agreed rate of hire, was within the contemplation of the parties as a not unlikely result of the breach”. Véase. [2006] EWHC 3030 (Comm).

¹⁷ El juez de la Commercial Court añadió que el flete celebrado con Cargill se adecuaba a los precios de mercado y que los propietarios no habían previsto un lapso inusual entre la fecha prevista de devolución del buque por parte *de* Transfield y de entrega a Cargill.

of things, the charterers should have been cautious about the danger of late redelivery”¹⁸.

En definitiva, un mismo dato de hecho, las fluctuaciones del mercado, para unos (*lord* Rodger y *barones* Hale implica que el daño reclamado sea imprevisible, mientras que para otros (la mayoría de los árbitros, la Commercial Court y la Court of Appeal) este dato no cambia el carácter previsible del daño reclamado.

3.2. *La interpretación de los casos invocados por los fletadores*

Los fletadores invocaron en su favor todos los casos planteados con anterioridad en los tribunales en que se había entregado con retraso un buque a los propietarios: en todos ellos, la indemnización se había calculado conforme a la diferencia entre el precio de mercado y el precio del flete pagado por los fletadores incumplidores (naturalmente, cuando aquél era mayor que éste)¹⁹.

Tanto la Commercial Court como la Court of Appeal rechazan el citado argumento de los fletadores. Para ambas instancias los casos invocados no son asimilables al *Achilleas* porque en ninguno de ellos se había reclamado el lucro cesante²⁰: a partir de dichos casos se puede desprender que, en caso de no existir reclamación del lucro cesante, la medida de la indemnización se corresponde con la diferencia entre el precio de mercado y el del flete por los días de retraso; pero lo que no se desprende de dichos casos, según las instancias judiciales indicadas, es que, en caso de reclamar lucro cesante, éste no sea indemnizable.

Lord Rodger, sin embargo, interpreta los casos invocados por los fletadores en otro sentido. Para el magistrado en ellos se pone de manifiesto que las

¹⁸ [2007] 2 Lloyd’s Rep. 555 § 96.

¹⁹ Los casos concretos que toma en consideración pueden verse en [2006] EWHC 3030 (Comm) §§ 18 a 32.

²⁰ “[...] There are a number of statements from commercial judges of distinction (or submissions by those who were to become such) that the prima facie measure of damages for late redelivery under the first limb is the difference between the market and charter-party rates for the overrun period. [...] But in none of these cases was the question of recoverability of loss of profit on a subsequent charter actually in issue; nor were there any findings of fact as such those made by the majority of arbitrators. Whilst, therefore, these cases are authority of the proposition that, absent any such finding, the owners are entitled to recover the market/charter party rate differential, they cannot, in my judgment, be regarded as deciding that, even with such a finding, recovery of loss of profit on a subsequent fixture cannot arise under the first limb or cannot be recovered at all”. Véase [2006] EWHC 3030 (Comm), §§ 33 and 34.

partes, al celebrar un contrato de flete, contemplan que, en caso de que el propietario pierda un contrato posterior, existe un mercado disponible que le permitirá celebrar otro y que le protegerá adecuadamente:

“[...] the parties would also have contemplated that, if the owners lost a fixture , they would then be in a position to enter the market for a substitute fixture. Of course in some cases, the available market rate would be lower and, in some cases, higher, than the rate under the lost fixture. But the parties would reasonably contemplate that, for the most part, the availability of the market would protect the owners if they lost a fixture. That I understand to be the thinking which lies behind the dicta to the effect that the appropriate measure of damages for late redelivery of a vessel is the difference between the charter rate and the market rate if the market rate is higher than the charter rate for the period between the final terminal date and redelivery”²¹.

²¹ La argumentación indicada de *lord* Rodger, relativa a la disponibilidad del mercado, engarza con uno de los argumentos esgrimidos por los fletadores y desestimados tanto por la Commercial Court como por el Court of Appeal. Transfield invoca el principio *res inter alios acta* estableciendo un paralelismo entre el caso concreto y el de reventa de bienes, en el sentido que a continuación se indica. En caso de compraventa de bienes y existiendo un mercado disponible de bienes, los contratos que el comprador vaya a celebrar con terceros sobre los bienes adquiridos al vendedor es, para este último, *res inter alios acta*. Del mismo modo, y existiendo un mercado disponible de buques como el *Achilleas*, aquello que decida hacer el propietario tras la devolución del buque constituye *res inter alios acta* para el fletador cuya responsabilidad, por tanto, no se ve influida en modo alguno por lo que no dejan de ser decisiones personales del propietario. Afirmar en concreto Transfield: “It is a general principle of commercial law that, where there is an available market, then, in the absence of special circumstances, contracts made by owners with third parties are *res inter alios acta*. Any different approach could produce the result that, because of a few days delay in redelivery, the charterer had to shoulder a disproportionate burden in the form of loss of profit on a charter lasting months or a year or more, when the charterer had never assumed responsibility for such a loss” ([2006] EWHC 3030 (Comm), §16).

El juez rechaza este argumento invocando las palabras de *lord* Devlin en el caso *Kwei Tek Chao v. British Traders and Shippers Ltd* ([1954] 1 Lloyd’s Rep 16): “Everyone who sells to a merchant knows that he bought for a resale”. De modo que en caso de falta de entrega el lucro cesante de la reventa no sólo no es imprevisible sino “not unlikely”. Cuando existe un mercado disponible de los mismos bienes dicho lucro cesante no es indemnizable porque el Derecho asume que el comprador acudirá al mercado alternativo y reemplazará los bienes. Pero hay casos en que ello no sucede: se trata de aquéllos en los que el comprador va a revender exactamente los mismos bienes que ha adquirido. Siguiendo con el paralelismo de los fletadores: “If late delivery of goods under a sale contract is to be regarded as analogous to late redelivery under a charter-party, it has to be remembered that that which is to be redelivered will in all probability be the very thing that is thereafter to be delivered under a subsequent charter” ([2006] EWHC 3030 (Comm) § 94).

3.3. *Las consecuencias prácticas de una u otra solución*

Los fletadores también alegaron que la indemnización, calculada conforme a las pautas indicadas por ellos, era una solución pragmática: sencilla, fácilmente aplicable y reconocida²².

Pues bien, la valoración de la Court of Appeal es absolutamente opuesta: para ella, dicha solución sería indeseable y contraria al tráfico²³. Indeseable porque los propietarios quedarían a merced de los fletadores. Contraria al tráfico, porque se estaría exigiendo a los propietarios algo que no pueden conseguir para que el lucro cesante fuera indemnizado: conocer de antemano las características exactas de un flete futuro²⁴.

Es importante reproducir completamente las palabras del juez Devlin en *Kwei Tek Chao v. British Traders and Shippers Ltd*: “It is perfectly true that the defendants knew that the plaintiffs were merchants who had bought for re-sale but everybody who sells to a merchant knows that he has bought it for resale, and it does not, as I understand it, make any difference to the ordinary measure of damage where there is a market. What is contemplated is that the merchant buy for resale, but if the goods are not delivered to him he will go out into the market and buy similar goods and honour his contract in that way. If the market has fallen he has suffered no damage; if the market has risen the measure of damage is the difference in the market price. There are, of course, cases where that prima facie measure of damage is not applicable because something different is contemplated. If, for example, a man sells goods of special manufacturer and it is known that they are to be resold, it must also be known that they cannot be bought in the market, being specially manufactured by the seller. In such a case the loss of profit becomes the appropriate measure of damage. Similarly, it may very well be that in the case of string contracts, if the seller knows that the merchant is not buying merely for resale generally, but upon a string contract where he will re-sell those specific goods and where he could only honour his contract by delivering those goods and no others, the measure of loss of profit on resale is the right measure”. Aplicadas dichas ideas al caso concreto, diríamos que Mercator iba a fletar el *Achilleas* y no otro buque. No existía por tanto un mercado donde pudiera adquirirlo.

La Court of Appeal, por su parte, apela al deber de mitigar el daño: “That, however, is because where there is an available market, the claimant is assumed to have mitigated his loss by buying in substitute goods at the market price. It does not matter that he chooses not to buy in, or delays his purchase. That is his own speculative decision or, where the subsequent transaction involves third parties, (in the Latin phrase) *res inter alios acta*” (§102).

²² [2007] 2 Lloyd’s Rep. 55, §84.

²³ [2007] 2 Lloyd’s Rep. 55, §119.

²⁴ En concreto, afirma: “all that an owner will be able to tell his charterer in most cases is that he plans to fix his vessel at the time of redelivery. To which the charterer might well reply: ‘Well, I know that already! But don’t expect that your telling me that is enough to put me on notice for the purpose of claiming loss of fixture damages if I redeliver the vessel late and you turn out to lose your fixture! Such an answer, however, reflects the uncommerciality and error of the charterers’ submission”.

Precisamente para *lord* Rodger carece de sentido práctico desde el punto de vista del tráfico comercial exigir al fletador que indemnice un daño imposible de cuantificar en el momento en que se celebra el contrato²⁵.

IV. VISIÓN INNOVADORA

Puede afirmarse que la doctrina moderna de la *remoteness rule* se construye sobre dos pilares básicos:

- 1) la demostración de que la interpretación tradicional, basada en la previsibilidad del daño, no explica adecuadamente por qué en determinados casos un daño es indemnizable y en otros no; en síntesis, se pone de manifiesto la “imprevisibilidad de la regla de la previsibilidad”;
- 2) el contrato como instrumento de individualización del daño indemnizable.

4.1. La crítica a la regla de la previsibilidad del daño

Las razones por las que *lord* Hoffmann se separa de la línea tradicional en la resolución del *Achilleas* aparecen claramente explicadas por el propio magistrado en un artículo publicado en la *Edinburgh Law Review* en el año 2010²⁶.

En opinión de *lord* Hoffmann, al juez Alderson no le parecía adecuado que el transportista de *Hadley v. Baxendale*²⁷, que había cobrado un precio de £2.4,

²⁵ Las palabras de *lord* Rodger fueron: “Rix LJ objects [...] that such an approach is uncommercial because to demand that, before the charterers are held liable, they would need to know more than they already do in the ordinary course of events, is to demand something that cannot be provided. But that is simple to criticize the long-standing rule of the English Law of contract under which a party is not liable for this kind of loss, precisely because it arises out of unusual circumstances which are not –indeed cannot be– within the contemplation of the parties when they enter into the contract. In any event, it would not, in my view, make good commercial sense to hold a charterer liable for such a potentially extensive loss which nether party could quantify at the time of contracting”.

²⁶ HOFFMANN (n. 9).

²⁷ En el caso concreto se partía del incumplimiento de un contrato de transporte. El litigio se centraba en el lucro cesante indemnizable.

Los propietarios de un molino contrataron el transporte de una pieza rota, con el fin de que fuera conducida al fabricante y sustituida por una nueva. Así se hizo saber a los transportistas quienes, sin embargo, desconocían que el molino quedaba paralizado hasta la llegada de la nueva pieza.

Los transportistas entregaron la nueva pieza a los propietarios del molino con varios días de retraso. Los propietarios reclamaban el lucro cesante derivado de la paralización del molino durante los días en que se retrasó la entrega de la pieza. El tribunal desestimó la demanda.

tuviera que hacerse cargo de las £50 correspondientes al lucro cesante sufrido por el propietario del molino como consecuencia del retraso en el transporte de la pieza. Para guiar al jurado hacia esta solución, el juez utilizó la idea de la previsibilidad; el problema, apunta *lord* Hoffmann, es que Alderson no tuvo en cuenta casos distintos al que se le planteaba: supuestos en que no parece razonable que un daño, aunque previsible, no sea indemnizable o, viceversa, casos en los que el daño, a pesar de ser imprevisible, debería ser indemnizable. En definitiva, para *lord* Hoffmann la regla de la previsibilidad, creada para un caso concreto e incapaz de dar respuesta a todos los posibles casos que pueden darse en la práctica²⁸, se ha extendido de manera impropia.

4.2. La asunción de responsabilidad como parámetro alternativo

Si la previsibilidad del daño no constituye un parámetro adecuado para determinar si un daño es o no *too remote*, ¿qué alternativa propone *lord* Hoffmann? El magistrado apela a la *assumption of responsibility* en los siguientes términos:

“That seems to me the key to understanding the principles of remoteness of damage in contract. The question is: what obligation to make compensation for breach of contract would a reasonable observer understand the contracting party to have undertaken? In the ordinary way, that will be compensation for any loss which the parties would reasonably have regarded as likely to flow from the breach. But there may be cases in which a reasonable man would consider that a greater or lesser obligation was being accepted. In such cases it is necessary to explain why the answer is different”.

En síntesis:

- 1) un tipo de daño no es demasiado remoto si la parte incumplidora asumió la responsabilidad por dicho daño en el momento en que se celebró el contrato;
- 2) para determinar si se ha asumido la responsabilidad por un tipo de daño hay que preguntarse cuál fue el riesgo del que se hizo cargo la parte incumplidora en el momento de la celebración del contrato;

²⁸ Afirma el *lord* retirado: “The rule is not capable of meeting all cases [...] It seems to me the time has come to look for a broader principle which can explain not only the, to speak, run of the mill cases like *Hadley v. Baxendale* but also the more puzzling cases like the *Achillea*”, HOFFMANN (n. 9), p. 54

- 3) la respuesta a la pregunta anterior debe partir necesariamente de la finalidad del deber incumplido, así como de la interpretación de las cláusulas del contrato, en particular, del precio²⁹.

Volvamos al *Achilleas*. Lord Hoffmann no discute que el lucro cesante sufrido por los propietarios sea un daño previsible en el momento de la celebración del contrato. Ahora bien, lo que no puede afirmarse, en opinión del *lord*, es que los primeros fletadores hubieran asumido responsabilidad por dicho lucro cesante. Las fluctuaciones del mercado y los usos son los dos factores que guían al *lord* en la interpretación objetiva del contrato sometido a su consideración³⁰.

Así, apunta, en primer lugar, que carece de sentido desde el punto de vista de los negocios responsabilizar a un fletador por un daño potencialmente extenso que ninguna de las partes podría cuantificar en el momento de la celebración del contrato; en segundo lugar, el caso no puede ser resuelto al margen de los usos imperantes en el sector del tráfico naviero³¹. En el artículo

²⁹ En relación con el precio, *lord* Hoffmann afirmó en la resolución del *Achilleas* lo siguiente: “The view which the parties take of the responsibilities and risks they are undertaking will determine the other terms of the contract and in particular the price to be paid. Anyone asked to assume a large and unpredictable risk will require some premium in exchange. A rule of law which imposes liability upon a party for a risk which he reasonably thought was excluded gives the other party something for nothing” (§ 13).

³⁰ Probablemente también habrían sido tenidos en cuenta por los autores que defienden una interpretación moderna de la *remoteness rule*. Así, TETTENBORN (n. 9), pp. 142-143 apunta que los lucros excesivos no se encuadran en la finalidad de la obligación asumida por el deudor, sino que entran en el círculo interno de los negocios del acreedor. En cuanto a los usos del comercio, se trata de uno de los factores que ROBERTSON (n. 10) señala para guiar al juez en la determinación de cuál es la distribución de riesgos más justa, pp. 194-195).

³¹ “If, therefore, one considers what these parties, contracting against the background of market expectations found by the arbitrators, would reasonably have considered the extent of the liability they were undertaking, I think it is clear that they would have considered losses arising from the loss of the following fixture a type or kind of loss for which the charterer was not assuming responsibility. Such a risk would be completely unquantifiable, because although the parties would regard it as likely the owners would at some time during the currency of the charter enter into a forward fixture, they would have no idea when that would be done or what its length or other terms would be. If it was clear to the owners that the last voyage was bound to overrun and put the following fixture at risk, it was open to them to refuse to undertake it. What this shows is that the purpose of the provision for timely redelivery in the charter party is to enable the ship to be at the full disposal of the owner from the redelivery date. If the charterer’s orders will defeat this right, the owner may reject them. If the orders are accepted and the last voyage overruns, the owner is entitled to be paid for the overrun at the market rate. All this will be known to both parties. It does not require any knowledge of the owner’s arrangements for the next charter. That is regarded, as the saying goes, *res inter alios acta*. [...] The owners say that the parties are entirely at liberty to insert an express term excluding

citado del año 2010 *lord* Hoffmann explica claramente los extremos a los que nos acabamos de referir; merece la pena transcribir sus palabras³²:

“The reasons I would give for saying that the loss of profit should not be recoverable in the *Achilleas* are two-fold. One is the reason given by Lord Rodger, that it does not make commercial sense to hold a charterer liable for potentially extensive loss which neither party could quantify at the time of contracting. [...] Secondly, I would rely upon what appears to have been the common assumption in the trade. Owners and charterers, or at any rate their legal advisers, would have assumed from previous authorities and textbooks that, in the absence of contrary provision in the agreement, the liability of the charterer for late delivery was limited to the difference between the market rate and the charter rate for the period of the overrun. The purpose of the law of contracts is to fulfil reasonable expectations and such expectations should therefore be self fulfilling. Businessmen do not like surprises. [...]”.

V. EL IMPACTO DEL *ACHILLEAS* EN LA DOCTRINA INGLESA

Quizá sea pronto todavía para evaluar el impacto del *Achilleas* en el Derecho inglés. A la vista de las primeras reacciones de la doctrina puede, sin embargo, afirmarse que no ha dejado indiferente a ningún especialista del Law of Contracts y del Law of Damages.

Una comprensión adecuada de las reacciones doctrinales exige, a nuestro juicio, distinguir, por un lado, la constatación de lo que significa el *Achilleas*

consequential loss if they want to do so. Some standard forms of charter do. I suppose it can be said of many disputes over interpretation, especially over implied terms, that the parties could have used express words or at any rate expressed themselves more clearly than they have done. But, as I have indicated, the implication of a term is a matter of construction of the contract as a whole in its commercial context and the implication of the limits of damages liability seem to me to involve the application of essentially the same technique of interpretation. In both cases, the court is engaged in construing the agreement to reflect the liabilities which the parties may reasonably be expected to have assumed and paid for. It cannot decline this task on the ground that the parties could have spared it the trouble by using clearer language. In my opinion, the findings of the arbitrators and the commercial background to the agreement are sufficient to make it clear that the charterer cannot reasonably be regarded as having assumed the risk of the owner's loss of profit on the following charter”.

³² HOFFMANN (n. 9), p. 59.

y, por otro lado, la valoración que para la doctrina inglesa merece esta constatación.

Y así, se reconoce que, a partir del *Achilleas*, la previsibilidad del daño no es el único factor que debe tomarse en consideración para calificarlo como un daño *not too remote* y, por tanto, indemnizable³³.

Pero, ¿era necesario añadir un nuevo *test*? ¿Soluciona los problemas existentes el *test* de la *assumption of responsibility*? Las palabras de Harvey McGregor³⁴ que reproducimos a continuación demuestran que el autor respondería negativamente a las preguntas planteadas:

“What Lord Hoffmann and Lord Hope propose is full of difficulty, uncertainty and impracticality. How are we to tell what subjectively the contracting parties were thinking about assumption of responsibility? When contracting, assumption of responsibility was probably not in their minds at all, for it is well known that parties entering a contract are thinking of its performance rather than of its breach. Apart from this uncertainty there is the impracticality of allowing defendants to raise the issue, as they will surely do, in case after case as an extra argument, thereby taking up the time of the courts unnecessarily and making the arriving at settlements more difficult”.

Los temores expresados por Harvey McGregor se reproducen en otros autores³⁵ como Edwin Peel³⁶, quien afirma: “It may well be that the decision does not have a profound effect in practice”.

En la 30ª edición de *Chitty on Contracts* no se critica tan duramente la nueva interpretación de la *remoteness rule*; sin embargo, se apunta la conveniencia de

³³ En palabras de Adam Kramer: “[...] although still relevant, foreseeability of a loss as a not unlikely consequence of breach is now neither necessary nor sufficient for a finding that the loss is not too remote and therefore recoverable”, Adam KRAMER, “The new test of remoteness in contract”, in *LQR*, vol. 125, London, 2009, p. 408.

En un sentido similar Richard FARNHILL & Joanna HUGHES, “Thansfield: a change of approach required?”, in *Journal of International Banking and financial Law*, vol. 23, 2008, p. 3.

³⁴ MCGREGOR (n. 1), pp. 208-209.

³⁵ Como Simon CROALL y Yash KULKARNI para quienes: “further area of confusion arises from the minority ratio. The legal test for remoteness in relation to contract damages appears less clear after this appeal than it did before. [...] It is now far from clear what question a court or tribunal should be asking itself in the context of remoteness and hence harder than ever to give clear and certain legal advice”, Simon CROALL and Yash KULKARNI, “Has promoting commercial certainty made the Law more uncertain?”, in *Computers and Law*, 2008, p. 38.

³⁶ Edwin PEEL, “Remoteness re-visited”, in *LQR*, vol. 125, London, 2009, p. 11.

que su aplicación se limite únicamente a aquellos casos en los que, como en el *Achilleas*, las circunstancias excepcionales así lo justifiquen³⁷.

³⁷ “Contractual liability is of course based on express or implied agreement, and it is argued that the reason a party who has broken the contract should be held liable for losses that were not unusual, or which he had brought home to him might occur, is that (unless it is agreed otherwise) he can be taken to have agreed to compensate them. But it does not follow that liability for likely losses should be limited by a vague criterion such as ‘assumption of responsibility’. Rather it is submitted that it is better to have a simple rule that the party in breach is be liable for all losses that are sufficiently likely to occur in the usual case, or whose likelihood has been brought home to him when the contract was made, unless he has validly excluded or restricted his liability. [...] It is thus to be hoped that the approach adopted by the majority in *The Achilleas* will be applied by the courts only in exceptional circumstances, such as those emphasized by Lord Hoffmann in that case”. CHITTY (n. 3), § 26-100G.

INTERFERENCIA EN CONTRATO AJENO: LIMITANDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COMPETIDOR

*Cristián Banfi Del Río**

INTRODUCCIÓN

Este artículo muestra la necesidad de acotar el vasto principio del *neminem laedere*¹ en el ámbito de la competencia. El método recomendado consiste en requerir el dolo (o la culpa grave) del demandado, elemento que delata el abuso del derecho o libertad de competir que es corolario de la libertad económica garantizada en la Constitución². Sin duda, los tribunales también pueden constreñir la responsabilidad entre adversarios empleando fórmulas procesales genéricas, conocidas y menos complicadas, especialmente rechazando la acción si el daño es incierto o indirecto. Sin embargo, el problema estriba en aceptar que quienes perjudican a sus contendores con su imprudencia o negligencia ordinaria o levísima deben responder. La responsabilidad por culpa sin otra calificación, aunque pueda ser descartada tanto por ausencia de la causalidad como del daño, es inconciliable con la competencia, ocupación que esencial e inevitablemente lesiona a los derrotados. Una responsabilidad coherente con la libertad de competir presupone conductas intencionales o sumamente descuidadas. Las prácticas reñidas con las buenas costumbres comerciales y que configuran la “competencia desleal” debieran ser definidas como delitos civiles, los que incorporan el dolo y no sólo la mala fe del demandado (entendida como el conocimiento o conciencia de una situación fáctica o jurídica determinada). La clase de intención requerida para atribuir responsabilidad dependerá de los hechos sometidos al escrutinio del juez. Por ejemplo, quien interfiere un contrato ajeno debiera responder si intenta provocar la infracción contractual y este resultado efectivamente se verifica. En este caso, el dolo no reside en la intención de perjudicar al acreedor³ sino en la de causar el incumplimiento contractual, efecto que el tercero produce

* Profesor asistente de Derecho Civil, Universidad de Chile.

¹ Arts. 2314 y 2329 del *CC*.

² Art. 19 N° 21 de la CPR.

³ Art. 44 del *CC*.

y persigue como un fin (con malicia) o, normalmente, como un medio para lograr un propósito ulterior, con frecuencia su propio enriquecimiento.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN CHILE

1. Los autores nacionales han estudiado la responsabilidad civil entre competidores tímida, aunque progresivamente. Arturo Alessandri R., siguiendo las explicaciones de los hermanos Mazeaud, entre otros juristas franceses, admitió que el cómplice en el incumplimiento contractual ajeno que actuaba dolosa o culpablemente y a sabiendas debía responder frente al acreedor,

“como si el arrendador de una fábrica que ha prometido venderla a su arrendatario, la vende a un tercero, quien la compra con conocimiento de la promesa a fin de impedir su realización y eliminar así a un competidor”⁴.

A su vez, el tratado más relevante publicado en Chile desde 1943 destina decenas de páginas a los ilícitos de los negocios, incluyendo la interferencia contractual y temas asociados⁵.

Sin embargo, estas obras y otros trabajos⁶ corroboran el incipiente estado de la jurisprudencia patria en la materia. Aparte de la tipificación de diversas prácticas competitivas desleales por las antiguas comisiones antimonopolios y

⁴ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 63.

⁵ Enrique BARRÓS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 en particular pp. 135, 158-164, 283-286, 648-650, 993-1.000 y 1.042-1.055.

⁶ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos (parte general)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 262 y s.; Francisco GONZÁLEZ HOCH, *Elementos de la culpabilidad en la interferencia contractual por terceros*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1995, 68 pp.; José Manuel BUSTAMANTE GUBBINS y Enrique URRUTIA PÉREZ, “Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Santiago, 2007, pp. 73-83; Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 14, Santiago, 2007, pp. 85-94; Cristián BANFI DEL RÍO, “Notas sobre el factor de atribución de la responsabilidad civil derivada de conductas contrarias a la libre y leal competencia”, en Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO (edits.), *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y Principios Generales: Nuevos Problemas, Nuevas Soluciones. IV Jornadas Chilenas De Derecho Civil*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 431-448; Cristián BANFI DEL RÍO, “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Santiago, julio 2007, pp. 9-57.

el actual TDLC⁷, el único pleito nacional de responsabilidad civil entre rivales citado en recientes publicaciones es el juicio Pivcevic con Lan Chile. El fallo de primer grado⁸, confirmado, en definitiva⁹, ordenó indemnizar los perjuicios patrimoniales sufridos por la aerolínea actora, la que debió cesar sus operaciones en la ruta Santiago-Punta Arenas a consecuencia de los precios predatorios impuestos por las demandadas, abusando de su posición dominante según había determinado la Comisión Resolutiva¹⁰. Ahora bien, el reconocimiento legislativo de acciones por daños emanados de conductas anticompetitivas¹¹ y desleales¹² está suscitando más litigación¹³. Aunque los acreedores connacionales siempre han podido accionar contra el deudor incumplidor y su cómplice, intentando una condena solidaria¹⁴, no han incursionado en este camino. Así,

⁷ BARROS (n. 5), pp. 1.052-1.053.

⁸ Cuarto Juzgado Civil Santiago, rol 4.831-97, 22 de junio de 2000, en Fernando ARAYA JASMA, “Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4, Santiago, julio 2005, pp. 9-32.

⁹ Corte de Apelaciones Santiago, 14 de julio de 2004, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 101, Santiago, 2007, II, sección 2ª, p. 55; Corte Suprema, 27 de diciembre de 2006, rol 5.835-2004.

¹⁰ Decisión N° 479, 31 de diciembre de 1996.

¹¹ Art. 30, del DFL N° 1/2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211/1973. *Diario Oficial*, Santiago, 7 de marzo de 2005.

¹² Art. 5, letra d), ley N° 20.169, que regula la competencia desleal. *Diario Oficial*, Santiago, 16 de febrero de 2007.

¹³ Un caso interesante de abuso de posición dominante y precios predatorios (Producción Química y Electrónica Quimel y Cementa S.A. con James Hardie, Corte Suprema, 29 de noviembre de 2006, revocando sentencia TDLC 39/2006, 30 de junio de 2004 Corte Suprema, rol 3.449-2006, 29 de noviembre de 2006, Número identificador Legal Publishing: 35642) desembocó en dos demandas de responsabilidad aquiliana dirigidas contra el mismo demandado, ante el Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Santiago: Cementa S.A. con James Hardie, 2007 y Producción Química y Electrónica Quimel con James Hardie, 2007, rol 13.272-2007, 24 de abril de 2009; siendo la primera desestimada por falta de causalidad (24 de abril de 2009) y la segunda acogida (23 de junio de 2009). Sin embargo, el 25 de mayo de 2010 los actores se desistieron de las demandas, probablemente luego de transigir en términos confidenciales, decretándose el archivo de los expedientes. A su vez, uno de los primeros juicios de responsabilidad civil por competencia desleal, Rojas Olmedo con Lexis-Nexis, 2009, Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, rol 3.266-2008, 15 de junio de 2009; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5.181-2009, 12 de julio de 2010 se encuentra con un recurso de casación en el fondo pendiente (rol 8.120-2010), después que la demanda fuese rechazada en ambas instancias (Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, 15 de junio de 2009 y Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2010).

¹⁴ Aunque no existe solidaridad entre el deudor y el cómplice pues perpetran ilícitos autónomos, el hecho de que ambos contribuyan a causar el daño no excluye ni reduce la responsabilidad individual por el perjuicio sufrido por el actor: BARROS (n. 5), pp. 423-424 y 1.000. En forma análoga, la jurisprudencia española declara solidariamente responsables al deudor y al cómplice: Inverlo S.A. con Hijos de Pedro Jesús, STS, 14 de octubre de 1997, recurso N° 2669/1993

el constructor perjudicado por la terminación unilateral del contrato por su mandante, confiando éste las obras a un tercero que estaba enterado de ese convenio, demandó solamente la resolución y los perjuicios causados por el incumplimiento deliberado del mandante. El libelo fue rechazado por no haberse probado el dolo¹⁵. Como Carlos Pizarro bien observa, el constructor desperdió la oportunidad de demandar al cómplice, que es la única opción factible cuando el deudor ha devenido insolvente¹⁶. Es más, sólo demandando al cómplice puede obtenerse una indemnización de todos los daños directos, incluso imprevisibles, sin necesidad de acreditar el dolo o la culpa lata de aquél. En efecto, la jurisprudencia ordena la reparación integral de los perjuicios en sede extracontractual, por levísima que sea la culpa del demandado, confinando el art. 1558 del *CC* a la responsabilidad contractual, como Arturo Alessandri R., afirmó¹⁷ postura que ha sido criticada con cierto¹⁸. En otro pleito de interés, el demandado había prometido vender un bien raíz al actor quien pagó el precio por anticipado. Sin embargo, el demandado vendió dicho inmueble a terceros que sabían que esta transacción violaba la referida promesa. Interponiendo principalmente la acción pauliana, el demandante solicitó la nulidad de la compraventa y la cancelación de la inscripción de la propiedad a nombre de los compradores. En subsidio, demandó al promitente vendedor los perjuicios derivados del dolo, acción que la Corte Suprema acogió, pero con fundamento en la culpa y mala fe del demandado, prescindiendo de la falta de prueba del dolo¹⁹. Un último ejemplo: un trabajador constituyó una sociedad comercial destinada a competir con su empleador, infringiendo gravemente sus obligaciones laborales y siendo finalmente condenado a indemnizar los perjuicios al empleador²⁰. En ninguno de estos litigios se demandó a los cómplices en el incumplimiento contractual, a pesar de que la jurisprudencia nacional se contenta con exigir la culpa ordinaria o levísima del demandado.

2. Por una parte, parecería que los litigantes prefieren utilizar los remedios contractuales. Sin subestimar el conocimiento y la experiencia de los abogados

¹⁵ RB Construcciones con CAMG Ltda, Corte Suprema, 6 de mayo de 2004, N° identificador Lexis Nexis 27568.

¹⁶ Carlos PIZARRO WILSON, “Comentarios de jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4, Santiago, julio 2005, pp. 193-198 y Carlos PIZARRO WILSON, “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (edit.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007, p. 559.

¹⁷ ALESSANDRI (n. 4), p. 552.

¹⁸ BARROS (n. 6), pp. 89-92.

¹⁹ Cooperativa y Servicios Habitacionales Villa Koke con Koke, Corte Suprema, 26 de enero de 2000, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 97, Santiago, 2000, II, sección 1ª, p. 36.

²⁰ Verdugo con Compañía Distribuidora de Electrónica y Telecomunicaciones Ltda., Corte Suprema, 12 de junio de 2003, N° identificador Lexis Nexis.

en materia de responsabilidad aquiliana, es posible que no la estimen indispensable para defender los derechos personales de sus clientes. De partida, los créditos son resguardados constitucional y legalmente a través del derecho de dominio²¹. La acción constitucional de protección ha amparado de modo eficaz a los acreedores cuya “propiedad” es desafiada por deudores o terceros que –haciéndose justicia por mano propia– amenazan, perturban o impiden el cumplimiento contractual en forma arbitraria o ilegal²². Enseguida, el Derecho Privado provee de una batería de remedios que salvaguardan los créditos, incluyendo las acciones de nulidad y resolutoria con sus consecuencias restitutorias. Así, puede alegarse la nulidad absoluta por ilicitud de la causa u objeto del contrato entre el deudor y el tercero que contradice una convención anterior entre aquél y el demandante, ya que vulnera las buenas costumbres comerciales²³. Adicionalmente, en casos urgentes pueden decretarse medidas precautorias para prevenir la celebración del segundo contrato²⁴. Asimismo, las compraventas, promesas de compraventa y arrendamientos de inmuebles inscritos en el registro conservatorio correspondiente son oponibles a terceros²⁵. Además, la ley protege el derecho del primer comprador, impidiendo al segundo comprador adquirir el mismo bien u obligándole a restituirlo si ya le fue transferido²⁶. Pero el modo más obvio de auxiliar el crédito es la ejecución forzada del contrato y la indemnización de perjuicios según las reglas generales²⁷. Por otra parte, la actual “sequía litigiosa” también obedece a la influencia de los principios de la fuerza obligatoria y de la relatividad de los efectos del contrato²⁸.

3. No obstante, estos argumentos no son conclusivos. En primer término, la responsabilidad civil de quien induce o participa en el incumplimiento de una convención ajena no sólo refuerza el *pacta sunt servanda* y suple las imperfecciones del Derecho de los Contratos, sino que tiene una justificación independiente de la infracción contractual: disuadir y reprimir a quien altera

²¹ Art. 19 N° 24 CPR; arts. 578, 583 y 1437 del CC; Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo 6, vol. 3, p. 327.

²² Andrés JANA LINETZKY y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ, *El recurso de protección en materia de contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 19 y s; Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 363 y s.

²³ Arts. 1461 y 1467 del CC.

²⁴ Art. 290 y s del CPC; BARROS (n. 5), p. 1.000.

²⁵ Art. 1962 del CC.

²⁶ Arts. 1815 y 1817 del CC; Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compraventa y de la promesa de venta*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, vol. II, p. 19; Loyola con Escobar, Corte Suprema, 11 de abril de 2007, Número identificador Legal Publishing 36308.

²⁷ Arts. 1489 y 1545 y s del CC.

²⁸ Arts. 578 y 1545 del CC.

la distribución de los riesgos pactada por los contratantes. Esta responsabilidad puede ser útil o necesaria no sólo cuando el deudor es insolvente, como se dijo, sino, también, cuando el acreedor quiere mantener bajo reserva información comercial sensible o desea cuidar una larga relación contractual con el deudor que resultaría estropeada si lo demandara por su incumplimiento²⁹. Es más, el acreedor puede no tener otra opción que demandar al tercero cómplice debido a que, por ejemplo, como se ha resuelto en Francia, su acción contra el deudor está prescrita³⁰ o el contrato es nulo³¹.

En segundo lugar, si bien el contrato vincula sólo a sus otorgantes, es un hecho social que debe ser respetado por todos quienes lo conocen real o presuntamente: éste es el “efecto absoluto del contrato”³². Por cierto, los créditos son tan integrantes del patrimonio como los derechos reales. El acreedor es “dueño” de su derecho contractual, pues puede exigir el cumplimiento a su deudor con exclusión del resto del mundo, asemejándose al propietario de una cosa corporal³³. El sello patrimonial del crédito lo convierte en un activo con un valor económico merecedor de protección jurídica contra quien lo invade intencionalmente³⁴. El efecto absoluto del contrato es reforzado mediante la atribución de responsabilidad civil a quienes menosprecian e interfirieren contratos ajenos. Como señala Vernon Palmer, la responsabilidad del tercero que no respeta un contrato ajeno es plenamente coherente con el carácter patrimonial del crédito y sus efectos *erga omnes* en el Derecho francés. En cambio, la responsabilidad por el ilícito civil (*tort*) de inducción al incumplimiento ajeno contradice el principio de la relatividad del contrato (*privity*) y la ausencia de efectos absolutos del mismo en el *Common Law*³⁵.

Sin embargo, la doctrina angloamericana se esmera en argumentar por el reconocimiento del efecto absoluto del contrato que obliga a respetarlo a

²⁹ David PARTLETT, “From Victorian opera to rock and rap: inducement to breach of contract in the music industry”, in *Tulane Law Review*, N° 66, New Orleans, 1991, *passim*; BARROS (n. 5), p. 996.

³⁰ Cass. com., 21 de julio de 1980, *Bull. civ.*, vol. IV, Paris, 1981, N° 308.

³¹ Cass. com., 22 de marzo de 1982, *Bull. civ.* vol. IV, Paris, 1983, N° 115.

³² Álvaro VIDAL OLIVARES, “El efecto absoluto de los contratos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, Santiago, julio 2006, *passim*.

³³ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Las cosas incorporales en la doctrina y el Derecho Positivo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 141 y 145; JANA Y MARÍN (n. 22), p. 29 y s; Daniel PEÑALILLO ARÉVALO, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 21 y s.

³⁴ Boris STARCK, nota, dans *Jurisclasseur périodique (Semaine Juridique)* édition générale, vol. I, Paris, *passim*.

³⁵ Vernon PALMER, “A comparative study (from a common law perspective) of the French action for wrongful interference with contract”, in *American Journal of Comparative Law*, N° 40, Ann Arbor, 1992, *passim*.

todo quien lo conoce³⁶. Para lograr este objetivo, Richard Epstein interpreta la inducción al incumplimiento como una regla de dominio, similar al *trespass*³⁷. Para este prestigioso profesor de Chicago el tercero debiese responder por el sólo hecho de interferir a sabiendas un contrato ajeno, aunque no tenga la intención de causar la infracción, condición generalmente exigida por la jurisprudencia inglesa y estadounidense³⁸. De este modo, Richard Epstein propone proteger el contrato frente a terceros mediante una suerte de responsabilidad estricta, en congruencia con su brillante, aunque polémica teoría³⁹. Recientemente, se ha valorado la responsabilidad por inducción al incumplimiento como un medio de prevenir conductas que contradicen el efecto “cuasipropietario” del contrato, esto es, el control exclusivo y excluyente que el acreedor ejerce sobre la prestación del deudor⁴⁰. De hecho, la jurisprudencia inglesa ha calificado los derechos contractuales como una “especie de propiedad”, la que es resguardada por la vía de declarar responsables a quienes la amenazan al persuadir a otros a no cumplir sus obligaciones contractuales⁴¹. En definitiva, la libertad de competir del tercero cede a la propiedad ajena. El tercero debe responder porque se apropia a sabiendas de derechos pertenecientes a otros sin o contra la voluntad de sus titulares⁴². Ahora bien, mientras Richard Epstein sólo exige la mala fe del tercero⁴³, el Derecho inglés –como se indicará más adelante– requiere la intención de causar el incumplimiento contractual en la hipótesis de inducción y, tratándose de la interferencia ilícita en negocios

³⁶ ANÓNIMO, “Developments in the law competitive torts”, in *Harvard Law Review*, N° 77, Cambridge (Massachusetts), 1964, pp. 959-960; Peter JAFFEY, *Private Law and Property Claims*, Oxford, Hart, 2007, p. 89 and s.

³⁷ I.e., “transgredir, entrar o permanecer ilegalmente o sin autorización en la propiedad ajena”, Steven KAPLAN, *Wiley’s English-Spanish Legal Dictionary*, New York, Wiley & Sons, 1993 628 pp.

³⁸ Richard EPSTEIN, “Inducement of breach of contract as a problem of ostensible ownership”, in *Journal of Legal Studies*, N° 16, Chicago, 1987, p. 30 and s.; Richard EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 9ª ed., New York, Aspen Publishers, 2008, pp. 1.249-1.250. Véase también BARROS (n. 5), p. 994.

³⁹ Richard EPSTEIN, “A theory of strict liability”, in *Journal of Legal Studies*, N° 2, Chicago, 1973, *passim* y Richard EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability. Toward a Reformulation of Tort Law*, San Francisco, Cato Institute, 1980, *passim*.

⁴⁰ Pey-Woan LEE, “Inducing breach of contract, conversion and contract as property”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 29, Oxford, 2009, *passim*.

⁴¹ OBG v. Allan, Douglas v. Hello! & Mainstream v. Young, 2007: House of Lords, 2 de mayo de 2007, [2008] 1 A.C., §32, *lord Hoffmann*.

⁴² Benjamin FINE, “An analysis of the formation of property rights underlying tortious interference with contracts and other economic relations”, in *University of Chicago Law Review*, N° 50, Chicago, 1983, *passim* y Daniel FRIEDMANN, “The efficient breach fallacy”, in *Journal of Legal Studies*, N° 18, Chicago, 1989, *passim*.

⁴³ EPSTEIN (n. 38), *passim*.

ajenos, la intención de dañar al actor. En España y Francia, donde no es necesario esforzarse por demostrar la naturaleza patrimonial del crédito que es indudable, la responsabilidad que recae sobre quienes instigan o colaboran en el incumplimiento ajeno indudablemente contribuye a fortalecer la estabilidad contractual⁴⁴. Este predicamento también es válido en Chile.

II. JUSTIFICANDO LA RESPONSABILIDAD POR INTERFERENCIA CONTRACTUAL

4. La posibilidad de imputar responsabilidad por invadir contratos ajenos no está exenta de reparos. Una de las principales razones esgrimida en contra de la indemnización del daño puramente patrimonial (*pure economic loss*)⁴⁵ es que los propios contratantes pueden prevenir y distribuir sus riesgos mejor que nadie⁴⁶. En Inglaterra, la responsabilidad extracontractual ha crecido inmoderadamente, transformándose en el Derecho Común y Supletorio⁴⁷: el contrato tiene un ámbito de aplicación estrecho y no se dispone de un mecanismo para evitar la concurrencia de responsabilidades. En este escenario, el empleo prioritario de los remedios contractuales es un anhelo innegable⁴⁸. Aparte, desde una óptica causal, se advierte que culpar a terceros que no son los autores de la infracción debilita la relación contractual y en nada ayuda

⁴⁴ Cass. 1^a civ, 17 de octubre de 2000, *Bull. civ.*, vol. I, N° 246, D. 2001, p. 952, nota de Marc Billiau y Jacques Moury; Máximo Juan PÉREZ G., *La protección aquiliana del Derecho de Crédito*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, *passim*.

⁴⁵ Éste es el perjuicio patrimonial sufrido por el actor a consecuencia del daño a la persona o propiedad de otro. Se trata de un daño que usualmente consiste en la pérdida de una ganancia actual o potencial, trátase de clientela, de una cuota de mercado, contratos o negocios: Mauro BUSSANI y Vernon PALMER, “The notion of pure economic loss and its setting”, in Mauro BUSSANI and Vernon PALMER (edits.), *Liability for Pure Financial Loss in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 10-11; Helmut KOZIOL, “Recovery for pure economic loss in the European Union”, in *Arizona Law Review*, N° 48, Tucson (Arizona), 2006, p. 872. Este tipo de perjuicio, el más común entre competidores, corresponde a las categorías clásicas del daño emergente y, sobre todo, del lucro cesante: Barry NICHOLAS, *The French Law of Contract*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 226-227; BARROS (n. 5), pp. 283-286 y 1.054.

⁴⁶ Simon DEAKIN, Angus JOHNSTON and Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 6^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 160.

⁴⁷ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, 1994: House of Lords, 25 de julio de 1994, [1995] 2 A.C. 145, p. 193, *lord Goff*.

⁴⁸ Basil MARKESINIS, “An expanding tort law - the price of a rigid contract law”, in *Law Quarterly Review*, N° 103, London, 1987, *passim* y Simon WHITTAKER, “Privity of contract and the law of tort: the French experience”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 15, Oxford, 1995, *passim*.

a que los contratantes afronten sus propias adversidades⁴⁹. Incluso, se llega a sostener que la misma autonomía personal del deudor es puesta en duda si otro responde por los incumplimientos voluntarios de aquél⁵⁰.

El “principio del vecino” imperante en la responsabilidad por culpa⁵¹ es restringido con severidad tratándose del daño patrimonial puro: el *Common Law* generalmente rechaza la reparación de este tipo de perjuicio cuando proviene de hechos negligentes. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd*⁵² es una importante excepción a esta regla. En este famoso caso se estableció que un banco debe responder por las declaraciones o informes emitidos descuidadamente y en los que terceros confían entrando así en negocios perjudiciales⁵³. Sin embargo, Tony Weir reprochó que esta sentencia responsabilizara al demandado quien no estaba vinculado contractualmente con el actor, pues este último debió haberse protegido contra el riesgo de un mal negocio contratando un seguro. En este sentido, Tony Weir opina que *Hedley Byrne* contradice la negación en el Derecho inglés de una responsabilidad por interferencia culpable en contrato ajeno (contrastando con la inducción al incumplimiento, ilícito necesariamente doloso)⁵⁴. El rechazo de la responsabilidad por interferencia contractual negligente emana del también legendario caso *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*⁵⁵. La demandada, empresa

⁴⁹ Efstathios BANAKAS, “Tender is the night: economic loss - the issues”, in Efstathios BANAKAS (edit.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, London, Kluwer International, 1996, vol. 16, p. 8.

⁵⁰ Dan DOBBS, “Tortious interference with contractual relationships”, in *Arkansas Law Review*, N° 34, Fayetteville (Arkansas), 1980, pp. 358-359.

⁵¹ *Donoghue v. Stevenson*, 1932: House of Lords, 26 de mayo de 1932, [1932] A.C. 562, p. 580, *lord Atkin*: “La responsabilidad por negligencia... indudablemente se basa en un juicio público general de un acto moralmente incorrecto por el que su autor ha de pagar. Sin embargo, en un mundo práctico no puede estimarse que los actos u omisiones que cualquier código moral censuraría confieren a cada persona el derecho a ser indemnizada... La regla según la cual debes amar a tu vecino, en derecho se convierte en el deber de no dañar a tu vecino; y la pregunta para el jurista sobre quién es mi vecino tiene una respuesta limitada. Debes evitar los actos u omisiones que razonablemente puedes prever perjudicarían a tu vecino ¿Quién es entonces mi vecino en derecho? La respuesta parece ser personas tan próxima y directamente afectadas por mis actos que debería razonablemente contemplarlas como afectadas cuando pienso en los actos u omisiones respectivos”.

⁵² *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, 1963: House of Lords, 28 de mayo de 1963, [1964] A.C. 465.

⁵³ Esta excepción se extiende a los auditores: *Caparo Industries Plc. v. Dickman*, 1990: House of Lords, 8 de febrero de 1990, [1990] 2 A.C. 605. Nótese, sin embargo, que en *Hedley Byrne* el banco demandado fue absuelto en virtud de una cláusula eximente (*disclaimer*).

⁵⁴ Tony WEIR, “Liability for syntax”, in *Cambridge Law Journal*, N° 21, Cambridge, 1963, pp. 216-220.

⁵⁵ *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*, 1875: Court of Queen’s Bench, 5 de julio de 1875, (1875) LR 10 Q.B. 453. Véase, además, *Robins Dry Dock v. Flint*, 1927: Supreme Court of

de agua potable, debía mantener una de las cañerías principales por debajo de una carretera construida sobre un terreno perteneciente al dueño de ciertos predios colindantes. Este último encargó al actor la construcción de un túnel para cruzar de un lado al otro de la ruta, pero debido a su omisión culpable la demandada causó la filtración de las tuberías, la inundación del suelo y el atraso de las obras de construcción del túnel, con los consiguientes mayores gastos para el actor. Sin embargo, en definitiva, se desestimó la indemnización del daño económico padecido por el demandante a consecuencia del perjuicio a la finca del mandante de las obras. En rigor, la acción fue rechazada por ausencia de causalidad entre el hecho y el perjuicio, con prescindencia de la naturaleza del daño⁵⁶. Sólo la doctrina y jurisprudencia posteriores han considerado que este fallo es un bastión de la postura contraria a reparar el daño patrimonial derivado de la negligencia⁵⁷. Similarmente, Gary Schwartz censuró la sentencia de la Corte de Apelaciones de California en *J'Aire Corp. v. Gregory*, que declaró responsable a quien había interferido un contrato ajeno con mera imprudencia, pese a que el deudor estaba facultado para ponerle término de manera similar⁵⁸. En opinión de Gary Schwartz, la Corte debió haber utilizado la teoría del contrato en beneficio de terceros en lugar de recurrir a la responsabilidad extracontractual⁵⁹.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses tienden a limitar la responsabilidad por interferencia contractual, exigiendo el dolo, la sentencia aludida confirma que no existe una respuesta categórica o unívoca, como Enrique Barros parece sugerir⁶⁰.

the United States, 12 de diciembre de 1927, 275 U.S. 303 (1927), el fallo líder del Derecho estadounidense contrario a la reparación del daño patrimonial puro causado culpablemente.

⁵⁶ Patrick ATIYAH, “Negligence and economic loss”, in *Law Quarterly Review*, N° 83, ciudad, 1967, p. 248. Este influyente jurista agrega que el perjuicio financiero tiene la potencialidad de extenderse con mayor facilidad y frecuencia que el daño a la persona o propiedad, al producirse en el marco de múltiples relaciones interpersonales que generan reacciones en cadena: *op. cit.*, p. 270. De ahí que otros autores destaquen la necesidad de limitar la legitimación activa a quienes sufren un perjuicio económico a resultas de un daño causado a su propia persona o bienes: Mario RIZZO, “A theory of economic loss in the law of torts”, in *Journal of Legal Studies*, N° 11, Chicago, 1982, *passim*.

⁵⁷ *Caparo Industries...* (n. 53), p. 633, *lord Bridge*.

⁵⁸ *J'Aire Corp. v. Gregory*, 1979: Supreme Court of California, 13 de agosto de 1979, 24 Cal.3d 799 n. 581979.

⁵⁹ Gary SCHWARTZ, “Economic loss in American tort law: the examples of *J'Aire* and of products liability”, in *San Diego Law Review*, N° 23, San Diego (California), 1986, *passim* y Gary SCHWARTZ, “American tort law and the (supposed) economic loss rule”, in Mauro BUSSANI y Vernon PALMER (edits.), *Liability for Pure Financial Loss in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, *passim*.

⁶⁰ BARROS (n. 5), p. 999, n. 54.

En principio, la solución al problema del incumplimiento debe buscarse con las propias herramientas contractuales. Por ejemplo, la terminación o incumplimiento abrupto de un contrato puede interpretarse como una violación del deber de buena fe sin necesidad de echar mano a la responsabilidad delictual del tercero que la provocó⁶¹. Análogamente, los contratantes pueden asegurar el riesgo de insolvencia del deudor⁶². Sin embargo, el contrato es un medio imperfecto de distribución de los riesgos⁶³. Por eso, la doctrina propugna utilizar en forma subsidiaria a la responsabilidad extracontractual, supliendo los vacíos dejados por el silencio de los contratantes⁶⁴. Con todo, es necesario circunscribir la responsabilidad aquiliana a las conductas dolosas o gravemente negligentes de los terceros.

5. Asimismo, el análisis económico del Derecho cuestiona en forma persuasiva la existencia de la responsabilidad extracontractual por el daño económico proveniente de la interferencia culpable e, incluso, intencional en contratos y negocios ajenos. En general, se afirma que la responsabilidad civil es onerosa; que el daño patrimonial puro experimentado por individuos está comúnmente asociado a un beneficio social; que cada una de las víctimas particulares sufre un daño más bien nimio, transferible con facilidad a los consumidores en el precio de los bienes y servicios; y que los demandados no cuentan con la información necesaria para calcular cuánto invertir en precaución⁶⁵. Sin embargo, se contesta que el daño patrimonial soportado por los individuos a menudo conlleva un costo social. De este modo, los clientes del competidor expelido del mercado debido a las maniobras desleales de su rival están expuestos a recibir de éste servicios de inferior calidad a los que prestaba aquél⁶⁶. Además, la ausencia de

⁶¹ Sandra CHUTORIAN, "Tort remedies for breach of contract", in *Columbia Law Review*, N° 86, New York City, 1986, *passim*.

⁶² Mark GERGEN, "Tortious interference: how it is engulfing commercial law, why this is not entirely bad, and a prudential response", in *Arizona Law Review*, N° 38, Tucson (Arizona), 1996, *passim*; Dan DOBBS, *The Law of Torts*, St. Paul Minn, West Group, 2000, p. 1.267.

⁶³ Fowler HARPER, "Interference with contractual relations", in *Northwestern University Law Review*, N° 47, Chicago, 1953, pp. 873-893.

⁶⁴ Simon WHITTAKER, "Privity of contract and the tort of negligence: future directions", in *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 16, Oxford, 1996, *passim*.

⁶⁵ William BISHOP, "Economic loss in tort", in *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 2, Oxford, 1982, pp. 1-29; Victor GOLDBERG, "Recovery for economic loss following the Exxon Valdez oil spill", in *Journal of Legal Studies*, N° 23, Chicago, 1994, pp. 1-39 y David HOWARTH, "Duty of care", in Ken OLIPHANT (edit.), *The Law of Tort 2^a ed.*, London, Butterworths-LexisNexis, 2007, *passim*; Richard POSNER, "Common-Law economic torts: an economic and legal analysis", in *Arizona Law Review*, N° 48, Tucson (Arizona), 2006, pp. 735-747.

⁶⁶ Gary SCHWARTZ, "The economic loss doctrine in American tort law: assessing the recent experience", in Efstathios BANAKAS (edit.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, London, Kluwer International, 1996, vol. 16, p. 128 and s.

responsabilidad extracontractual puede exacerbar la protección contractual y hacer que se invierta menos del óptimo en la prevención del daño⁶⁷.

Concretamente, el sistema de remedios contractuales vigente en el Derecho angloamericano se erige como un obstáculo importante para aceptar la responsabilidad por inducir o participar en la infracción contractual. Las reglas contractuales no están diseñadas para prevenir ni castigar el incumplimiento⁶⁸. El deudor puede incumplir, incluso deliberada o dolosamente, con tal que pague la indemnización equivalente. Según Wendell Holmes inmortalizara, dando cuerpo a la teoría del *efficient breach of contract*, “el deber de cumplir un contrato significa que si no lo haces debes pagar perjuicios y nada más”⁶⁹. En primer lugar, la ejecución forzada (*specific performance*) es una sanción excepcional. En cambio, generalmente la indemnización de perjuicios es considerada adecuada por tener un valor de mercado equivalente al de la prestación insatisfecha⁷⁰. Por un lado, los tribunales británicos deniegan la ejecución forzada de los contratos de trabajo⁷¹ y de prestación de servicios⁷² para no coartar la libertad individual de los deudores ni propender a su esclavización⁷³. Por otro lado, la jurisprudencia inglesa es reacia a involucrarse en el largo y complejo monitoreo del cumplimiento de la obligación. Por eso, deja en manos de los contratantes la protección de sus propios intereses, sea cumpliendo voluntariamente sus compromisos, sea indemnizando los perjuicios causados por el incumplimiento⁷⁴. En segundo lugar, por dolosa que sea la infracción, la responsabilidad del deudor no se extiende más allá de los perjuicios que las partes contemplaron o pudieron prever al momento de contratar⁷⁵, descartándose tanto los daños imprevistos como los daños punitivos. Por regla general, las

⁶⁷ EPSTEIN, *Cases...* (n. 38), p. 1.266.

⁶⁸ Chapman v. Honig, 1963: Court of Appeal, 1 de mayo de 1963, [1963] 2 QB 502.

⁶⁹ Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881 p. 301 y Oliver Wendell HOLMES, “The path of the law”, in *Harvard Law Review*, N° 10, Cambridge (Massachusetts), 1897, p. 462.

⁷⁰ Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd., 1980: House of Lords, 14 de febrero de 1980, [1980] AC 827, pp. 848-849, lord Diplock.

⁷¹ Lo que reitera el art. 236 de la Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, Inglaterra.

⁷² Johnson v. Shrewsbury and Birmingham Railway Company, 1853, 43 ER 358, Ch.

⁷³ De Francesco v. Barnum, 1890: Court of Chancery, 5 de agosto de 1890, (1890) LR 45 Ch.D. 430, p. 438, juez Fry.

⁷⁴ Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd., 1997: House of Lords, 21 de mayo de 1997, [1998] AC 1, pp. 11-12 y 15, lord Hoffmann.

⁷⁵ Hadley v. Baxendale, 1854: Court of Exchequer, 23 de febrero de 1854, (1854) 156 ER 145, p. 151, juez Alderson. La responsabilidad extracontractual por culpa también está restringida a los daños previstos: The Wagon Mound (N° 1), 1961: Judicial Committee (House of Lords), 18 de enero de 1961, [1961] AC 388.

obligaciones son de resultado y la responsabilidad contractual es estricta. Por tanto, el motivo que subyace detrás del incumplimiento es irrelevante y no procede la alegación del deudor consistente en haber hecho su mejor esfuerzo por cumplir si finalmente no cumplió⁷⁶. La responsabilidad contractual es un verdadero seguro contra el riesgo de que el contrato no sea cumplido, lo que da sustento a la doctrina del incumplimiento eficiente⁷⁷. Sin embargo, esta doctrina se ve amenazada por la existencia de una responsabilidad extracontractual por ilícitos intencionales (como el fraude, la interferencia ilícita en negocios ajenos y la inducción al incumplimiento contractual), porque ésta comprende todos los perjuicios directos, previstos e imprevistos⁷⁸. Así, el acreedor tiene un mayor incentivo en demandar al inductor que al deudor, aunque deberá acreditar el dolo⁷⁹.

Según sostienen los partidarios del incumplimiento eficiente, en la medida que la indemnización de perjuicios deja al acreedor en la misma situación en que se hallaría si se hubiese cumplido la obligación⁸⁰, el acreedor no resulta perjudicado y el deudor y el inductor pueden contratar en mejores condiciones económicas: nadie se empobrece y dos personas al menos se benefician. Por el contrario, la responsabilidad por inducción desalienta el incumplimiento

⁷⁶ Raineri v. Miles, 1980, House of Lords, 24 de abril de 1980, [1981] AC 1050, p. 1.086, *lord* Edmund-Davies.

⁷⁷ Richard POSNER, "Let us never blame a contract breaker", in *Michigan Law Review*, N° 107, Ann Arbor, 2009, pp. 1.349-1.363.

⁷⁸ Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd. (1969): Court of Appeal, 31 de enero de 1969, [1969] 2 Q.B. 158, p. 167, *lord* MR Denning; Smith New Court Securities Ltd. v. Scrimgeour (Asset Management) Ltd. (1996): House of Lords, 21 de noviembre de 1996, [1997] AC 254, pp. 279-282, *lord* Steyn.

⁷⁹ *V.gr.*, tendrá que acreditar que el autor del fraude sabía que la declaración emitida por el mismo era falsa, que no creía en su veracidad o ésta le era indiferente: Pasley v. Freeman, 1789: King's Bench Division, 1789, (1789) 3 T.R. 51; Derry v. Peek, 1889: House of Lords, 1 de julio de 1889, (1889) LR 14 App. Cas. 337. Por contrapartida, el demandado no puede alegar la culpa de la víctima (Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping, 2002: House of Lords, 6 de noviembre de 2002, [2003] 1 A.C. 959), a diferencia del demandado por mera negligencia: Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945.

⁸⁰ Robinson v. Harman, 1848: Court of Exchequer, 18 de enero de 1848, (1848) 154 ER 363, p. 365, juez Parke. En cambio, el objeto primordial de la responsabilidad extracontractual es restituir a la víctima al estado anterior al daño: Livingstone v. Rawyards Coal Co., 1880: House of Lords, 13 de febrero de 1880, (1880) 5 App. Cas. 25, p. 39, *lord* Blackburn. Mientras el contrato es "productivo" y la indemnización por los perjuicios derivados de su infracción está destinada a dejar al acreedor en una situación mejor a aquélla en que hallaba antes de contratar, la responsabilidad extracontractual es "protectora" e impide que la víctima quede en peor condición a aquélla en que encontraba antes de ser lesionada: Tony WEIR, "Complex liabilities", in André TUNC (edit.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, J.C.B. Mohr, Paul Siebeck, 1976, vol. 11: Torts, p. 5.

eficiente porque contradice la libre opción del deudor, amparada legamente, de indemnizar al acreedor en vez de cumplir. En el sentir de David Howarth, esta regla de responsabilidad disuade la celebración y ejecución de contratos rentables⁸¹. Para Richard Posner y Steven Shavell, el Derecho de los Contratos estadounidense se aleja de la moral, pues confiere la facultad de indemnizar en lugar de cumplir e, incluso, el deudor puede incumplir intencionalmente, como ocurre siempre que elige no cumplir por resultarle más oneroso que indemnizar al acreedor. De hecho, la expansión social del contrato ha obedecido en gran parte a que el ordenamiento jurídico no sólo autoriza sino fomenta el incumplimiento eficiente⁸². Por eso es que algunos de los críticos más acérrimos de esta escuela proponen reflejar en reglas jurídicas el deber moral de honrar la palabra empeñada, por ejemplo, permitiendo los daños punitivos en caso de incumplimientos intencionales⁸³.

Por el contrario, el Derecho francés pareciera reproducir la moralidad del cumplimiento. La fuerza obligatoria del contrato, la buena fe, el carácter principal de la ejecución forzada y la extensión de la responsabilidad a todos los perjuicios directos en caso de incumplimientos dolosos⁸⁴ (o gravemente negligentes)⁸⁵ obstaculizan la recepción del incumplimiento eficiente⁸⁶. Asimismo, el incumplimiento consciente (deliberado) es doloso, aunque el deudor no haya intentado dañar al acreedor, porque denota la absoluta indiferencia

⁸¹ David HOWARTH, “Against Lumley v. Gye”, in *Modern Law Review*, N° 68, London, 2005, pp. 195-232.

⁸² POSNER (n. 77), *passim*; Steven SHAVELL, “Why breach of contract may not be immoral given the incompleteness of contracts”, in *Michigan Law Review*, N° 107, Ann Arbor, 2009, pp. 1.569-1.581.

⁸³ Seana SHIFFRIN, “The divergence of contract and promise”, in *Harvard Law Review*, N° 120, Cambridge (Massachusetts), 2007, pp. 708-753 y Seana SHIFFRIN, “Could breach of contract be immoral?”, in *Michigan Law Review*, N° 107, Ann Arbor, 2009, pp. 1.551-1.568.

⁸⁴ Art. 1150 del *Código Civil* francés: “El deudor sólo estará obligado al pago de los daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte”.

⁸⁵ Careciendo de un precepto legal que asimile la culpa lata al dolo, la doctrina y la jurisprudencia galas equiparan el incumplimiento gravemente culpable al doloso y entienden que la culpa lata envuelve una presunción de dolo: Cass. com., 25 de marzo de 1963, *D.* 1964, p. 17, nota de René Rodière; Geneviève VINEY, nota, *Recueil Dalloz-Sirey*, chronique, Paris, 1975, p. 263; Cass. com., 11 de mayo de 1976, *D.* 1976, somm. 64; Cass. com., 3 de octubre de 1989, *D.* 1990, p. 81, n. de Michel Jéol., somm. 332, observación de Yves Serra; Cass. 1^a civ., 1 de marzo de 1983, *Gaz. Pal.* 1984, 1, panor., p. 58, n. de François Chabas. Véase Cristián BANFI DEL RÍO, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*, Santiago, LexisNexis, 2003, *passim*.

⁸⁶ Ronald SCALISE, “Why no ‘efficient breach’ in the civil law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract”, in *American Journal of Comparative Law*, N° 55, Ann Arbor, 2007, *passim*.

del deudor hacia sus obligaciones voluntariamente asumidas⁸⁷. En efecto, la reparación integral de los perjuicios es consecuencia del carácter delictual del dolo⁸⁸: quien transgrede intencionalmente sus obligaciones se asemeja al autor de un delito civil, fingiéndose como si jamás hubiese contratado. De ahí que el principio que prohíbe el cúmulo (opción) de responsabilidades⁸⁹ tampoco rija tratándose de infracciones dolosas⁹⁰. Tan delictual es el incumplimiento deliberado que, en opinión de Philippe Le Tourneau, éste es el único caso auténtico de “responsabilidad contractual”, ya que genera una nueva obligación, a saber: indemnizar todos los perjuicios directos⁹¹. El problema es que quien rompe un contrato porque le conviene contratar con un tercero, que es lo que define al incumplimiento eficiente, quebranta sus obligaciones deliberadamente y, por tanto, debería reparar todos los daños ocasionados al acreedor. De este modo, esta regla dificulta la implementación de la doctrina del incumplimiento eficiente.

Por su parte, el cumplimiento en naturaleza también es el principal remedio contractual chileno⁹²; pero como en la práctica ha sido sobrepasado por la indemnización de perjuicios, el incumplimiento eficiente no es un caso perdido. Sin embargo, esta teoría encara el mencionado escollo representado por la

⁸⁷ Cass. 1^a civ., 4 de febrero de 1969, *D.* 1969, p. 601, n. Jean Mazeaud, *RTDCiv*, Paris, 1969, p. 798, obs. Georges Durry; Cass. com., 19 de enero de 1993, *Bull. civ.*, vol. IV, Paris, 1993, N° 24.

⁸⁸ Una admirable defensa de esta tesis en Tomás CHADWICK VALDÉS, “De la naturaleza jurídica del dolo civil”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 35, vol. I, Santiago, 1938, *passim* y tomo 36, vol. I, 1939, *passim*.

⁸⁹ Cass. civ., 21 de julio de 1890, *DP.*, 1891, 1, 380; Cass. 2^a civ., 24 de junio de 1987, *Bull. civ.*, vol. II, Paris, 1987, N° 142; Cass. com., 9 de julio de 2002, *RTDCom*, Paris, 2003, p. 363, obs. Bernard Bouloc.

⁹⁰ Cass. 3^a civ., 18 de diciembre de 1972, *D.* 1973, p. 272, n. Jean Mazeaud; Cass. 1^a civ., 11 de mayo de 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 2, p. 612, n. de François Chabas; Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil. Les Effets de la Responsabilité*, 2^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 593.

⁹¹ Philippe RÉMY, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, dans *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1997, p. 323 et s. Philippe Le Tourneau desconoce la “responsabilidad contractual” por incumplimiento culpable, ya que es la misma obligación pactada, aunque satisfecha por equivalencia. Sólo los delitos y cuasidelitos crean una obligación autónoma de todo vínculo previo y producen “responsabilidad”: Philippe LE TOURNEAU, “Responsabilité (en général)”, dans Éric SAVAUX (edit.), *Dalloz Répertoire de Droit Civil*, Paris, Dalloz, 2009, tome X: Dalloz Encyclopédie Juridique, §§ 79-90.

⁹² Carlos PIZARRO WILSON, “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (edit.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valparaíso, 2007)*, Santiago, Legal Publishing 2008, pp. 398-399; Enrique BARROS BOURIE, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (edit.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valparaíso, 2007)*, Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 412.

agravación de la responsabilidad por dolo o culpa lata⁹³, máxime que el dolo engloba la intención de dañar como un medio y no sólo como fin, por lo que incluye los incumplimientos conscientes o deliberados. Con todo, cabe argüir que si el ordenamiento jurídico reacciona contra los incumplimientos graves, intensificando la indemnización, parece razonable responsabilizar a quienes intencionalmente incitan a otros a transgredir sus contratos (al menos cuando la infracción al dolo o culpa lata). Asimismo, el hecho de que el acreedor carezca de un aliciente claro para demandar al tercero si puede obtener una indemnización completa contra el deudor que vulnera sus obligaciones en forma dolosa o gravemente culpable, no elimina la ilicitud del comportamiento perpetrado por quien induce esa infracción y medra a costa del acreedor. En fin, tampoco los perjuicios causados por el incumplimiento necesariamente coinciden con o se superponen a los daños inferidos por el tercero (inductor) al acreedor.

6. La responsabilidad por inducción al incumplimiento es defendida desde distintos flancos. Por lo pronto, los acreedores asumen el riesgo del incumplimiento y no el de que extraños ataquen sus contratos⁹⁴. En esencia, la responsabilidad por inducción sirve para reprimir comportamientos dolosos mediante los cuales sus autores se apropian, sin pagar nada a cambio, lo que pertenece a sus competidores⁹⁵. Además, esta clase de responsabilidad contribuye a garantizar el cumplimiento de los contratos, principio fundamental en una economía de mercado⁹⁶. Contar con la certeza de que los contratos válidamente concluidos serán cumplidos es esencial. De hecho, existe un interés público en preservar el contrato⁹⁷ y la “relación especial” que éste involucra⁹⁸. En efecto, mientras el deudor se obliga a cumplir porque estima que su compromiso es singular y el

⁹³ Arts. 1558 y 44 del CC.

⁹⁴ Peter CANE, *Tort Law and Economic Interests*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 118.

⁹⁵ Gary MYERS, “The differing treatment of efficiency and competition in antitrust and tortious interference law”, in *Minnesota Law Review*, N° 77, Minneapolis (Minnesota), 1993, p. 1.118 and s.; Clark REMINGTON, “Intentional interference with contract and the doctrine of efficient breach: fine tuning the notion of the contract breacher as wrongdoer”, in *Buffalo Law Review*, N° 47, Buffalo (New York), 1999, pp. 645-711.

⁹⁶ William SCHOFIELD, “The principle of Lumley v. Gye, and its application”, in *Harvard Law Review*, N° 2, Cambridge (Massachusetts), 1888, p. 20 and s.; Henry TERRY, “Malicious torts”, in *Law Quarterly Review*, N° 20, London, 1904, p. 10 and s.; Francis SAYRE, “Inducing breach of contract”, in *Harvard Law Review*, N° 36, Cambridge (Massachusetts), 1923, *passim*; Peter CANE, “Tortious interference with contractual remedies”, in *Law Quarterly Review*, N° 111, London, 1995, pp. 402-403.

⁹⁷ William WOODWARD, “Contractarians, community and the tort of interference with contract”, *Minnesota Law Review*, N° 80, Minneapolis (Minnesota), 1996, *passim*.

⁹⁸ Joseph RAZ, “Promises in morality and law”, in *Harvard Law Review*, N° 95, Cambridge (Massachusetts), 1982, *passim*.

acreedor adquiere un derecho preferente sobre ese deber, el inductor entorpece este proceso⁹⁹. Asimismo, el hecho de que la indemnización de perjuicios tenga por objetivo situar al acreedor en la misma posición en que se hallaría si el contrato hubiese sido cumplido¹⁰⁰ revela la aspiración del ordenamiento jurídico de que los contratos sean honrados¹⁰¹. Es más, el incumplimiento contractual es considerado como una conducta ilícita aun si el acreedor es compensado¹⁰². El incumplimiento, dice Charles Fried, es un acto incorrecto desde un punto de vista moral, pues traiciona la promesa del deudor y la confianza depositada en ésta por el acreedor¹⁰³. Incluso, contra la tendencia predominante en el *Common Law*, Melvin Eisenberg radica la responsabilidad contractual en la culpa del deudor y sostiene que el incumplimiento sólo se justifica cuando cumplir prácticamente conduce a la ruina del deudor¹⁰⁴.

Por otra parte, no es posible aseverar que la responsabilidad por inducción es ineficiente sin evidencia empírica que corrobore tal aserto¹⁰⁵. De hecho, el incumplimiento eficiente podría ser más costoso que imponer la responsabilidad al tercero, por lo menos respecto de los contratos que recaen sobre bienes o servicios exclusivos o irremplazables¹⁰⁶. En otros términos, la indemnización que el deudor debe pagar al acreedor por el incumplimiento podría exceder los costos de renegociación incurridos por ambas partes y el inductor. En efecto, la responsabilidad por inducción obliga al tercero a comprar directamente al acreedor el derecho de éste a la prestación, mientras que el incumplimiento eficiente fuerza al inductor a tratar en primer lugar con el deudor y luego con el acreedor¹⁰⁷. El incumplimiento eficiente, incluso, excedería en costos a la

⁹⁹ Winnie CHAN and Andrew SIMESTER, “Inducing breach of contract: one tort or two?”, in *Cambridge Law Journal*, N° 63, Cambridge, 2004, p. 139 and s.

¹⁰⁰ Véase n. 80.

¹⁰¹ Simon WHITTAKER, “Introductory”, in Hugh G. BEALE (edit.), *Chitty on Contracts. General Principles*, 30^a ed., London, Swett & Maxwell, 2008, vol. I, p. 17.

¹⁰² *South Wales Miners’ Federation v. Glamorgan Coal Company Ltd.*, 1905, House of Lords, 14 de abril de 1905, [1905] A.C. 239, p. 253, *lord Lindley*.

¹⁰³ Charles FRIED, *Contract as a Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981, p. 113.

¹⁰⁴ Melvin EISENBERG, “The role of fault in contract law: unconscionability, unexpected circumstances, interpretation, mistake, and nonperformance”, in *Michigan Law Review*, N° 107, Ann Arbor, 2009, pp. 1.428-1.429.

¹⁰⁵ WOODWARD (n. 97), pp. 1.140-1.141.

¹⁰⁶ Harvey PERLMAN, “Interference with contract and other economic expectancies: a clash of tort and contract doctrine”, in *University of Chicago Law Review*, N° 49, Chicago, p. 78 and s.

¹⁰⁷ EPSTEIN, “Inducement...” (n. 38), *passim*; Fred MCCHESENEY, “Tortious interference with contract versus ‘efficient’ breach: theory and empirical evidence”, in *Journal of Legal Studies*, N° 28, Chicago, 1999, pp. 131-186.

ejecución forzada, los daños punitivos y la restitución de las ganancias ilícitas¹⁰⁸. Además, al disponer de una acción contra el inductor, el acreedor puede participar de las utilidades obtenidas por aquél y el deudor, pues el inductor es forzado a comprar los derechos del acreedor si quiere evitar ser condenado¹⁰⁹.

En conclusión, los argumentos que respaldan la responsabilidad por interferencia en contrato ajeno son suficientemente sólidos como para instar por su consagración en Chile. Pero las también macizas alegaciones levantadas en su contra hacen imperativo matizar las condiciones para su aplicación armónica con la libertad de competencia. En este sentido, la experiencia de los sistemas francés e inglés puede ser paradigmática.

III. DELIMITANDO LA RESPONSABILIDAD ENTRE COMPETIDORES

7. En Francia, al igual que en Chile, la responsabilidad civil está consagrada en reglas generales que exigen la culpa, el daño y la relación de causalidad¹¹⁰. La responsabilidad civil es empleada preeminentemente para reparar el daño¹¹¹ restituyendo a la víctima al estado anterior a aquél¹¹². En principio, la prevención y la retribución constituyen misiones y finalidades secundarias: la culpa es concebida objetivamente, como un acto anormal, examinado en abstracto con referencia a un estándar de conducta predeterminado¹¹³; la indemnización varía con la magnitud del daño, cualquiera sea la gravedad de la culpa¹¹⁴ y, mientras una doctrina vanguardista propone ampliar y explicitar las funciones disuasiva y represiva de la responsabilidad civil¹¹⁵, la jurisprudencia

¹⁰⁸ MYERS (n. 95), p. 1.118 and s.

¹⁰⁹ Lilian BEVIER, “Reconsidering Inducement”, in *Virginia Law Review*, N° 76, Charlottesville (Virginia), 1990, *passim*.

¹¹⁰ Arts. 1382 y 1383 del *Code Civil*.

¹¹¹ Cass. 2ª civ., 19 de junio de 2008, N° 07-14.805, *Gaz. Pal.* 8 de enero de 2009, N° 8, p. 10, n. Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ; Cass. 2ª civ., 22 de enero de 2009, N° 07-20.878 y N° 08-10.392, *D.* 2009, p. 1114, n. R. Loir.

¹¹² Cass. 2ª civ., 28 de octubre de 1954, *Bull. civ.* vol. II, Paris, 1955, N° 328; obs. Henri y Léon Mazeaud, *RTDCiv*, Paris, 1955, p. 324.

¹¹³ Cass. 1ª civ., 20 de julio de 1976, *JCP* 1978, II, p. 18.793, nota por Dejean de la Bâtie y Cass. 2ª civ. 29 de abril de 1976, *JCP* 1978, II, p. 18.793, n. Dejean de la Bâtie; Philippe CONTE, “Responsabilité du fait personnel”, dans Éric SAVAUX (edit.), *Dalloz Répertoire de Droit Civil, Dalloz Encyclopédie Juridique*, Paris, Dalloz, 2002, tome I, §§ 16-17.

¹¹⁴ Cass. civ., 24 de mayo de 1913, *DP.* 1916. 1, 171; Cass. civ., 8 de mayo de 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 11, 233.

¹¹⁵ Notablemente, Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, Paris 1947, 504 pp.; Suzzane CARVAL,

ejecuta estos papeles camufladamente, en especial incrementando el monto del daño moral¹¹⁶, incluso, del que deriva de conductas desleales¹¹⁷. Esta preferencia por el daño en desmedro de la culpa devela una cierta precedencia de la seguridad sobre la libertad de actuación de las personas.

Por su parte, el *Common Law* reconoce un abundante catálogo de ilícitos civiles particulares (*torts*), cada uno con sus propios requisitos, sanciones e intereses protegidos, semejante al inventario de tipos penales¹¹⁸. Es más, el esfuerzo dogmático por construir a partir del ilícito de *negligence* un principio de responsabilidad por culpa que sustituya a la plétora de *torts* ha sido infructuoso. Las formas de acción procesales, a pesar de haber sido abolidas en el siglo XIX, mantienen su influencia en la academia y en el foro¹¹⁹, debiendo los demandantes precisar los ilícitos específicos en que sustentan sus pretensiones¹²⁰. Por eso, tiende a prevalecer la visión según la cual es una utopía y una pérdida de tiempo organizar los ilícitos civiles en torno a un canon general¹²¹. Son tantas las excepciones que justifican dañar a otros que parecería que la ausencia de responsabilidad es la regla¹²². Y es que los jueces resuelven los casos en la medida que les son presentados¹²³, razonan intuitiva más que lógicamente¹²⁴ y valoran las taxonomías por su utilidad práctica antes que

La Responsabilité Civile dans sa Fonction de Peine Privée, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995, 417 pp.; Muriel CHAGNY, *Droit de la Concurrence et Droit Commun des Obligations*, Paris, Dalloz 2004, 1.111 pp. y Aurélie BALLOT-LÉNA, *La Responsabilité Civile en Droit des Affaires. Des Régimes Spéciaux vers un Droit Commun*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008, *passim*.

¹¹⁶ VINEY Y JOURDAIN (n. 90), pp. 4-9.

¹¹⁷ Cass. com., 6 de enero de 1987, *D.* 1988, somm. 211, obs. Yves Serra.

¹¹⁸ *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd.*, 1986: Chancery Division, 21 de marzo de 1986, [1986] 1, *W.L.R.* 1120, p. 1.129, juez V.C. Browne-Wilkinson; Ferdinand STONE, “Touchstones of tort liability”, in *Stanford Law Review*, N° 2, Stanford (California), 1950, pp. 259-284; Bernard RUDDEN, “Torticles”, in *Tulane Civil Law Forum*, N° 6, New Orleans, 1991, *passim*; Tony WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 16.

¹¹⁹ “Las formas de acción que hemos enterrado aún nos rigen desde sus sepulturas”: Frederic MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law: A Course of Lectures*, reprint, Cambridge, Cambridge University Press, 1965, p. 2.

¹²⁰ *Letang v. Cooper*, 1964: Court of Appeal, 15 de junio de 1964, [1965] 1 Q.B. 232, pp. 242-243, juez L.J. Diplock

¹²¹ John Frederic CLERK & William LINDSELL, *The Law of Torts*, London, Sweet & Maxwell 1889, p. 3.

¹²² John SALMOND, *The Law of Torts. A Treatise on the English Law of Liability for Civil Injuries*, London, Stevens & Haynes, 1907, p. 7 and 429-430.

¹²³ Robert HEUSTON & Richard BUCKLEY, *Salmond & Heuston on the Law of Torts*, 21ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 14-16.

¹²⁴ Anthony GUEST, “Logic in the law”, in Anthony GUEST (edit.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 176-197.

por su calidad científica¹²⁵. La consistencia (entre las decisiones judiciales) y la coherencia normativa (la comprensibilidad de reglas bajo un principio común aplicable por analogía)¹²⁶ son ideales siempre buscados, pero nunca alcanzados¹²⁷. En consecuencia, el *Common Law* construye la responsabilidad civil desde la experiencia sin obedecer una racionalidad rigurosa.

Ahora bien, tal como ocurre en el Derecho francés, la reparación del daño también es la función y el objetivo primario del *tort law*. Aunque se argumenta que esta disciplina debiera atender fines distributivos, como la maximización del bienestar, y que el seguro es un medio más eficiente de indemnización de las víctimas particulares que la responsabilidad civil¹²⁸, esta última gobierna la relación bilateral entre autor y víctima, obligando a aquél a compensar a ésta y, por consiguiente, restablece la justicia correctiva¹²⁹. Sin embargo, esto no excluye que la responsabilidad civil sirva también metas preventivas, retributivas e, incluso, restitutorias como la doctrina y la jurisprudencia han señalado¹³⁰.

8. A pesar de lo dicho, la responsabilidad civil sufre importantes ajustes en sus propósitos y elementos cuando es empleada para regular la interacción entre los rivales. Es necesario graduar las reglas comunes en sintonía con la libertad de perjudicarse de que gozan quienes bregan en el mercado. Ni la culpa ordinaria ni el sólo hecho de lesionar al adversario son criterios aceptables para atribuir la obligación indemnizatoria. La responsabilidad tiene que estar restringida al daño cometido por quien se propasa al ejercer su libertad de

¹²⁵ Jeremiah SMITH, “Tort and absolute liability: suggested changes in classification”, in *Harvard Law Review*, N° 30, Cambridge (Massachusetts), 1917, p. 420.

¹²⁶ Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press 1978, p. 101 and s.

¹²⁷ HOLMES (n. 69), p. 36.

¹²⁸ Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1987, p. 297.

¹²⁹ David OWEN, “The fault pit”, in *Georgia Law Review*, N° 26, Athens (Georgia), 1992, p. 703 and ss; Jules COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 508 pp. y Ernst WEINRIB, *Idea of Private Law*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1995, *passim*; Gerald POSTEMA, “Introduction: search for an explanatory theory of torts”, in Gerald POSTEMA (edit.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 1 and s.

¹³⁰ *Wilkes v. Wood*, 1763: Court of King’s Bench, 6 de diciembre de 1763, (1763) 98 *ER* 489 pp. 498-499, juez Pratt; *Rookes v. Barnard*, 1964: House of Lords, 21 de enero de 1964, [1964] *AC* 1129; *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, 1972: House of Lords, 23 de febrero de 1972, [1972] *AC* 1027; *AG of Trinidad and Tobago v. Ramanoop*, 2005: Privy Council, 25 de marzo de 2005, [2006] 1 *AC* 328, §§ 19-20, *lord* Nicholls; Clarence MORRIS, “Punitive damages in tort cases”, in *Harvard Law Review*, N° 44, Cambridge (Massachusetts), 1931, p. 1.205 and s.; Hans STOLL, “Penal purposes in the law of tort”, in *American Journal of Comparative Law*, N° 18, Ann Arbor, 1970, p. 3; Richard WRIGHT, “Right, justice, and tort law”, in David OWEN (edit.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 175 and s.; James EDELMAN, “In defence of exemplary damages”, in Charles RICKETT (edit.), *Justifying Private Law Remedies*, Portland, Hart 2008, p. 225 and s.

competir, actuando en forma desleal o anticompetitiva, conducta que descubre el dolo o, al menos, la extrema negligencia de su autor. Además, la responsabilidad civil puede servir funciones preventivas, punitivas y restitutorias. Junto a la protección de los intereses de las víctimas individuales, la responsabilidad civil está convocada a auxiliar al Derecho Público en la preservación de una competencia libre y sana para el bienestar de los consumidores.

La libertad de competir es, paradójicamente, motivo de éxito para unos y de fracaso para otros. Pero el perjuicio que emana de la competencia leal y libre es legítimo. En efecto, los comerciantes no son dueños de la clientela y, por ende, sus contrincantes pueden desviarla en forma lícita. El competidor derrotado no es una “víctima” legitimada a recibir una compensación, salvo que haya sido vencido por medios deshonestos o abusivos, como sucede cuando el demandado ha abusado de su posición dominante en el mercado. De este modo, para la doctrina francesa la libre competencia es una causal de justificación del daño si no ha sido objeto de abuso¹³¹. Asimismo, en nombre de la libertad comercial la jurisprudencia francesa autoriza diversos actos (supuesto que no se lleven a cabo por medios desleales) tales como la venta a precios inferiores (pero no ridículamente bajos) a los del competidor¹³², la venta puerta a puerta a los clientes del rival¹³³, la copia (incluso servil) de un modelo de utilidad no protegido por derechos de propiedad industrial¹³⁴ o la constitución por los ex trabajadores de la empresa demandante de una sociedad que compite con esta última¹³⁵. Como apuntara Boris Starck,

“todo derecho subjetivo, toda libertad individual (haciendo referencia, en concreto, a la libertad comercial y de competir) otorga a su titular una cierta facultad de dañar impunemente”¹³⁶.

El ejercicio anormal de una libertad (a diferencia de un derecho subjetivo) no configura un “abuso” sino un “exceso”¹³⁷. Sin embargo, es razonable aplicar

¹³¹ André TUNC, *La Responsabilité Civile*, 2ª ed., Paris, Economica, 1989, p. 153; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*, 9ª ed., Paris, Montchrestien, 1998, tome II / premier volume, pp. 477 et 484; Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil. Les Conditions de la Responsabilité*, 3ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, pp. 563-564.

¹³² Cass. 1ª civ., 10 de julio de 1979, *Bull. civ.*, vol. I, Paris, 1980, N° 203.

¹³³ CA Paris, 26 de febrero de 1991, *D.* 1991, I.R. p. 101.

¹³⁴ Cass. com., 29 de noviembre de 1994, *RJDA*, Paris, 1995, N° 791.

¹³⁵ Cass. com., 24 de marzo de 1998, *D.* 1999, somm. 113, obs. Rémy Libchaber.

¹³⁶ Boris STARCK, “Domaine et Fondement de la Responsabilité sans Faute”, dans *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2, Paris, 1958, p. 505.

¹³⁷ Paul ROUBIER, *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, pp. 155-156; CA Versailles, 19 de enero de 1995, *D.* 1995, p. 259, n. Yves Serra.

la teoría del abuso del derecho, una auténtica “creación pretoriana”¹³⁸, imponiendo la responsabilidad civil, cuando el demandado sobrepasa el límite de lo permisible actuando con deslealtad o infringiendo las normas que regulan la libre competencia¹³⁹. En este sentido, como indica Juliana de Van-Karila, el “derecho a dañar” es inherente a actividades socialmente valiosas como la competencia, la que se vería gravemente coartada si estuviese sometida al principio *neminem laedere* sin introducirle matices de ninguna especie. El perjuicio resultante de la competencia no es ilegítimo ni puede dar lugar a la responsabilidad a menos que su autor abuse de su derecho a dañar; es decir, en principio la libertad económica del demandado prevalece sobre la seguridad del demandante. En cambio, cuando el derecho a dañar es una simple consecuencia de una actividad en particular, como en el caso de los perjuicios emanados de las relaciones entre vecinos, el deber general de no causarse daño con descuido está justificado como una forma de sopesar la libertad de actuación del demandado contra el derecho a la seguridad de la víctima¹⁴⁰.

Según se ha referido, el *Common Law* es reacio a indemnizar el daño puramente patrimonial causado con negligencia. Una de las razones principales que explica esta actitud¹⁴¹ es que el perjuicio económico producido por la

¹³⁸ *V.gr.*, Cass. soc., 11 de junio de 1953, *D.* 1953, p. 661; Cass. 3ª civ., 23 de mayo de 1968, *D.* 1970, p. 463, n. Philippe Jestaz; Cass. 1ª civ., 9 de abril de 1975, *RTDCiv*, Paris, 1976, p. 781, obs. Georges Durry .

¹³⁹ Yves SERRA, “Concurrence déloyale”, dans Louis VOGEL (edit.), *Dalloz Répertoire de Droit Commercial Dalloz Encyclopédie Juridique*, Paris, Dalloz, 2004, tome III, §§1-8, 32 et 191; Loïc CADDIET et Philippe LE TOURNEAU, “Abus de droit”, dans Éric SAVAUX (edit.), *Dalloz Répertoire de Droit Civil, Dalloz Encyclopédie Juridique*, Paris, Dalloz, 2008, tome I, §§ 9-15.

¹⁴⁰ Juliana de VAN-KARILA, “The droit to nuire”, dans *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, p. 533 et s.

¹⁴¹ Entre otras importantes justificaciones de esta reacción del Derecho anglo-americano, cabe mencionar el temor inveterado de la jurisprudencia hacia una responsabilidad ilimitada que podría saturar el sistema judicial con una litigiosidad exacerbada (*floodgates*). Una regla amplia de responsabilidad traería consigo un serio peligro de indeterminación en el monto, tiempo y clase de víctimas potenciales: *Ultramares Corporation v. Touche*, 1931: Court of Appeals of New York, 6 de enero de 1931, 255 NY 170 (1931), p. 179, juez Cardozo. Éste es un argumento político, incomprensible desde la sola óptica de la justicia correctiva: *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, 1972: Court of Appeal, 22 de junio de 1972, [1973] Q.B. 27, p. 36, *lord Denning*; Peter CANE, recensión sobre Robert Stevens, *Torts and Rights*, in *Modern Law Review*, N° 71, London, 2008, p. 641 and s; Simon DOUGLAS, recensión sobre Alan Beever, *Rediscovering the Law of Negligence*, in *Law Quarterly Review*, N° 124, London, 2008, p. 715 and s; Christian WITTING, “The house that Dr Beever built: corrective justice, principle and the law of negligence”, in *Modern Law Review*, N° 71, London, 2008, p. 621 and s. Un argumento político es un tipo de justificación que permite evaluar, creativa y coherentemente con el precedente y las reglas vigentes, las fortalezas y las consecuencias

atracción de clientela ajena es un efecto previsible e inexorable de la legítima competencia, actividad ventajosa para la gran masa de consumidores¹⁴². Por ende, este tipo de daño está justificado por la persecución del propio interés: “la filosofía del mercado parte de la base que es lícito obtener una ganancia a costa del perjuicio ajeno”¹⁴³. Por eso, la competencia sería impracticable si el demandado tuviese que responder por los daños causados al adversario sólo porque pudo preverlos¹⁴⁴. El daño es intrínseco a la competencia, lo que excluye un deber de cuidado recíproco entre los rivales. Éstos sólo pueden responder cuando lastiman a sus contrincantes maliciosamente o como un medio de enriquecimiento y se han valido de métodos ilícitos, incluyendo los actos desleales¹⁴⁵. Los competidores no poseen un “derecho-acción” que los demás deban respetar (a diferencia de los derechos reales) sino únicamente una “libertad-privilegio” que, en principio, los terceros pueden interferir de manera legítima¹⁴⁶. En el mejor de los casos, los competidores disponen de una “libertad-derecho” limitada por deberes específicos de no dañar al adversario usando procedimientos ilícitos¹⁴⁷. De este modo, sin abuso o deslealtad

sociales y económicas que se siguen de una u otra forma de resolver el pleito: John BELL, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Clarendon Press, 1983, *passim*. Por otra parte, el *floodgates* expresa la necesidad práctica de prevenir la expansión desmesurada de la responsabilidad en desmedro de actividades socialmente beneficiosas y económicamente eficientes: Robert RABIN, “Tort recovery for negligently inflicted economic loss: a reassessment”, in *Stanford Law Review*, N° 37, Stanford (California), 1985, p. 1513 and s.

¹⁴² *Vegehlahn v. Guntner*, 1896: Supreme Judicial Court of Massachusetts, 27 de octubre de 1896, 44 N.E. 1077, pp. 1.080-1.081, juez Holmes; *Aikens v. Wisconsin*, 1904: Supreme Court of the United States, 7 de noviembre de 1904, 195 U.S. 194, p. 204, juez Holmes; SHAVELL (n. 128), pp. 50 and 139-140; William LANDES and Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1987, pp. 111-112; Peter CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart 1997, pp. 152-153.

¹⁴³ *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, 1984: Court of Appeal, 7 de diciembre de 1984, [1985] Q.B. 350, p. 393, juez Goff.

¹⁴⁴ John FLEMING, *The Law of Torts*, 9ª ed., Sidney, Law Book Company, 1998, p. 193.

¹⁴⁵ PERLMAN (n. 106), p. 95 and s; Richard EPSTEIN, “A common law for labour relations: a critique of the New deal labor legislation”, in *Yale Law Journal*, N° 92, New Haven (Connecticut), 1983, p. 1.368; COLEMAN (n. 129), pp. 275, 330 and s; Peter CANE, “Justice and justifications for tort liability”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 2, Oxford, 1982, p. 30 and s.; Stephen PERRY, “Protected interests and undertakings in the law of negligence”, in *University of Toronto Law Journal*, N° 42, Toronto, 1992, p. 263 and s.; Kenneth ABRAHAM, “The trouble with negligence”, in *Vanderbilt Law Review*, N° 54, Vanderbilt, 2001, pp. 1.187-1.223. En Chile: BARROS (n. 5), p. 285.

¹⁴⁶ Wesley HOHFELD, “Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning”, in *Yale Law Journal*, N° 23, New Haven (Connecticut), 1913, pp. 16-59.

¹⁴⁷ Herbert L.A. HART, “Bentham on legal rights”, in A.W.B. SIMPSON (edit.), *Oxford Essays in Jurisprudence, (Second Series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 180-181.

no es posible implementar un régimen indemnizatorio compatible con la libre competencia¹⁴⁸. El derecho de la competencia está construido sobre el supuesto de que el daño entre rivales es lícito e, incluso, saludable dado que el objetivo primordial es proteger a los consumidores¹⁴⁹. Que algunos competidores deban abandonar o disminuir su participación en el mercado es un signo positivo de una economía que premia a las empresas más eficientes e innovadoras, capaces de ofrecer bienes o servicios de mejor calidad y a menor precio¹⁵⁰. Y como la obtención o consolidación de una posición monopólica con frecuencia redundan en beneficio de los consumidores, la responsabilidad de los competidores requiere de un abuso como los precios predatorios¹⁵¹.

En contraste, el sistema francés autoriza la indemnización de todo tipo de daños causados con culpa o dolo, sin que existan –en principio– inconvenientes para compensar el daño patrimonial puro causado con culpa leve¹⁵². No obstante, la responsabilidad puede ser descartada por ausencia de causalidad o incertidumbre del daño¹⁵³. En realidad, el argumento político y de consecuencias explicitado por la jurisprudencia angloamericana (*floodgates*) también repercute en la limitación de la responsabilidad por el daño económico por los tribunales franceses, sólo que esta influencia no es manifiesta sino que se encuentra implícita en los conceptos formales de la culpa, la causalidad y el perjuicio.

9. De lo dicho se sigue que el *Common Law* protege los intereses puramente patrimoniales (como los créditos y las meras expectativas) con menor intensidad que la integridad física y síquica y los bienes corporales, reflejando la jerarquía superior de éstos. En efecto, los intereses económicos son resguardados si han sido lesionados por una conducta dolosa, mientras que la integridad y los bienes tangibles son amparados mediante una acción de

¹⁴⁸ CANE (n. 142), pp. 57-58 y Peter CANE, “Mens rea in tort law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 20, Oxford, 2000, pp. 533-556; WEIR (n. 118), p. 191.

¹⁴⁹ *Brown Shoe Co. v. U.S.*, 1962: Supreme Court of the United States, 25 de junio de 1962, 370 U.S. 294, p. 320, juez Warren.

¹⁵⁰ Diane WOOD, “Unfair trade injury: a competition-based approach”, in *Stanford Law Review*, N° 41, Stanford (California), 1989, *passim*.

¹⁵¹ *Hoffmann La Roche v. Commission*, 1979; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso 85/76, 13 de febrero de 1979, [1979] 3 C.M.L.R. 211; *Albion Water v. DG Water Services*, 2005: Competition Appeal Tribunal, 22 de diciembre de 2005, [2005] CAT 40 § 262.

¹⁵² Suzanne GALAND-CARVAL, “Fault under French law”, in Pierre WIDMER (edit.), *Unification of Tort Law: Fault. European Centre of Tort and Insurance Law. Principles of European Tort Law*. La Haya, Kluwer Law International, 2005, vol. 10, p. 91.

¹⁵³ Robert STEVENS, *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 343 and s. Pero la responsabilidad civil también puede ser calificada requiriendo que el demandado actúe con dolo o particular desprecio por el interés ajeno: BARROS (n. 5), pp. 161 y 286.

responsabilidad estricta fundada en el ilícito de *trespass*, acción que procede aún si la víctima no ha sido perjudicada: en este caso el objeto de la responsabilidad es reivindicar los derechos de la víctima que han sido invadidos por el demandado¹⁵⁴. En forma semejante, el *Código Civil* alemán excluye a los intereses puramente económicos de la lista de derechos protegidos¹⁵⁵, confinando su reparación a los actos intencionales (cometidos con dolo directo o eventual) contrarios a las buenas costumbres mercantiles¹⁵⁶. Es decir, los Derechos inglés y alemán especifican las conductas que acarrearán el deber de reparar sin consagrar un principio general¹⁵⁷.

Sin embargo, el requerimiento en Inglaterra y Alemania de un elemento intencional como condición para atribuir la responsabilidad por el daño patrimonial puro también puede ser interpretado como un reconocimiento del elevado rango de la libertad de competir en dichos ordenamientos. Por eso, aunque la responsabilidad entre adversarios puede ser válidamente desestimada cuando el daño es indirecto o hipotético, ella no debe fundarse en la culpa ordinaria ni menos en la sola producción del perjuicio. Una responsabilidad estricta universal conduciría a la inercia y a la ruina social y económica. Sólo una responsabilidad por culpa calificada es consistente con el liberalismo económico y jurídico¹⁵⁸. Una responsabilidad estricta absoluta, como la que Richard Epstein propuso, es inaceptable en el dominio de la competencia. Para él, así como el demandado debe asumir los daños que causa a sus propios bienes, igualmente debe responder por los perjuicios que ocasiona a los bienes de terceros, aunque haya actuado sin culpa (por ejemplo, aun si los costos de prevenir el daño superan los beneficios que la actividad trae consigo)¹⁵⁹. Pero su teoría no explica qué ocurre cuando el daño resulta de la interacción entre el autor y la víctima¹⁶⁰. La responsabilidad estricta tiene sentido en el caso de actividades peligrosas, que exponen a las víctimas a riesgos “no recíprocos”, esto es, de mayor gravedad que aquéllos generados por las víctimas¹⁶¹. Pero la competencia no es “peligrosa” pese a que inevitablemente irroga pérdidas

¹⁵⁴ WEIR (n. 54), p. 218.

¹⁵⁵ § 823 del *BGB*.

¹⁵⁶ § 826 del *BGB*.

¹⁵⁷ BARROS (n. 5), pp. 285-286.

¹⁵⁸ Philippe LE TOURNEAU, nota, doctrine, dans *Gazette du Palais*, vol. 1, Paris, 1991, *passim* y LE TOURNEAU (n. 91), §§ 118, 120 et 137.

¹⁵⁹ EPSTEIN (n. 93), *passim* y EPSTEIN (n. 35), p. 12.

¹⁶⁰ Stephen PERRY, “The impossibility of general strict liability”, in Joel FEINBERG and Jules COLEMAN (edits.), *Philosophy of Law. Part III*, Belmont, California, Thomson Wadworth 2004, p. 612 and s.

¹⁶¹ George FLETCHER, “Fairness and utility in tort theory”, in *Harvard Law Review*, N° 85, Cambridge (Massachusetts), 1972, pp. 542 and 550.

para los vencidos. En síntesis, como asevera Enrique Barros, una prohibición absoluta de no perjudicarse sería impensable¹⁶².

10. En Francia, la competencia desleal ha sido una construcción jurisprudencial a partir de los arts. 1382 y 1383 del *Code*. Estas normas proporcionan a los jueces la generalidad y flexibilidad suficientes para atrapar nuevas conductas contrarias a las buenas costumbres comerciales, sin necesidad de contar con un estatuto especial. Todo ejercicio culpable de la libertad de competir puede formar un comportamiento desleal e ilícito¹⁶³. Por otra parte, el núcleo de la competencia desleal es la trasgresión de la igualdad de los medios de que se valen los adversarios en su contienda comercial, por ejemplo, violando las normas aplicables¹⁶⁴ o aprovechándose del trabajo e inventiva ajenas (comportamiento parasitario)¹⁶⁵. Con el valioso aporte de la doctrina, la que tempranamente clasificó a las conductas desleales en actos de confusión, denigración y desorganización¹⁶⁶, la jurisprudencia francesa ha elaborado un catálogo de ilícitos particulares, similares a los *torts* ingleses. De este modo, el sistema codificado no ha impedido la creatividad judicial ni la tipificación de los actos ilícitos¹⁶⁷.

Adicionalmente, el contexto económico influencia la forma en que son aplicadas las reglas generales de la responsabilidad civil. En efecto, ésta no sólo es un medio de indemnizar a los competidores personalmente afectados por los actos desleales de terceros sino, además, sirve fines preventivos y punitivos con la mira de proteger al mercado y los consumidores¹⁶⁸.

11. En primer lugar, mientras por regla general incumbe al actor acreditar el daño y la relación causal¹⁶⁹, la jurisprudencia francesa ha presumido sistemáticamente ambos elementos de la propia conducta desleal, por ejemplo, de la interferencia en contrato ajeno¹⁷⁰. Esta presunción comprende tanto el

¹⁶² BARROS (n. 5), p. 1.045 y Enrique BARROS BOURIE, “La responsabilidad civil como derecho privado”, en *Estudios Públicos*, N° 112, Santiago, 2008, pp. 314 y 321.

¹⁶³ SERRA (n. 139), §§ 11-12 y 120; Chagny (n. 115), pp. 278-280.

¹⁶⁴ CA Paris, 16 de enero de 1980, *D.* 1981, p. 564, n. Godé.

¹⁶⁵ Philippe LE TOURNEAU, note dans, *Recueil Dalloz-Sirey*, chronique, Paris, 1993; Cass. com., 18 de febrero de 1997, *D.* 1988, somm. 216, obs. Yves Serra; Cass. com., 11 de febrero de 2003, *Bull. civ.* vol. IV, Paris, 2004, N° 20.

¹⁶⁶ Paul ROUBIER, “Théorie générale de l’action en concurrence déloyale”, dans *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, 1948, p. 541 et s.

¹⁶⁷ Esta tipificación también es notoria en la copiosa jurisprudencia elaborada por las antiguas comisiones antimonopolios chilenas en materia de conductas desleales: véase (n. 7).

¹⁶⁸ BALLOT-LÉNA (n. 115), N°s 5, 10, 75 y 381.

¹⁶⁹ Cass. com., 21 de noviembre de 1972, *D.* 1973, somm. 55; Cass. com., 25 de abril de 1983, *Bull. civ.* vol. IV, Paris, 1984, N° 123; Cass. 1ª civ., 11 de julio de 1988, *Bull. civ.* vol. I, Paris, 1989, N° 237; MAZEAUD *et al.* (n. 131), pp. 415 et s. et 660-661.

¹⁷⁰ Cass. com., 22 de octubre de 1985, *Bull. civ.* vol. IV, Paris, 1986, N° 245, *D.* 1986, I.R. 339, obs. Serra; Cass. com., 30 de enero de 2001, *D.* 2001, p. 1.939, n. Le Tourneau.

“trastorno comercial” (o el “daño concurrential” que afecta el funcionamiento del mercado y la competencia, esto es, el orden público económico) como la existencia y la extensión del perjuicio sufrido por el competidor individual¹⁷¹. Al respecto, cabe señalar que la doctrina francesa en general considera el “daño” y el “perjuicio” como términos sinónimos¹⁷². En cambio, Philippe Le Tourneau distingue el *dommage* (la lesión o atentado al cuerpo, las cosas y los sentimientos), el que en principio es ilícito y remediado *in natura*, del *préjudice* (las repercusiones de dicha lesión), el cual debe probarse y es reparado por equivalencia¹⁷³. Siguiendo estas ideas, algunos autores aceptan la presunción del daño concurrential a partir de la conducta desleal, dada la ilicitud de ésta y la necesidad de prevenirla y castigarla. En cambio, esta doctrina plantea que el competidor particular debería acreditar su propio perjuicio. Siendo éste en principio lícito, para poder ser resarcido el demandante tiene que demostrar que tal perjuicio no fue un efecto normal de la libre competencia, pues en este caso la responsabilidad civil es simplemente compensatoria¹⁷⁴. Con todo, la jurisprudencia también presume el daño particular del competidor a partir de la conducta desleal. De esta manera, el demandante sólo debe acreditar el acto desleal y puede esquivar la prueba de los perjuicios y de la causalidad, la que a menudo es complicada por la confluencia de múltiples causas: es el demandado quien debe revertir esta presunción demostrando que el perjuicio sufrido por el demandante emanó de causas ajenas a su propia conducta. Asimismo, la presunción del daño concurrential pone de manifiesto las finalidades represiva y preventiva de la responsabilidad civil respecto de los comportamientos desleales¹⁷⁵. En efecto, si se exigiera la prueba del daño y de la relación de causalidad con arreglo a las reglas comunes, las víctimas individuales verían sensiblemente disminuida la posibilidad de ser resarcidas y, al mismo tiempo, las prácticas desleales quedarían impunes¹⁷⁶. Por otro lado, la jurisprudencia con frecuencia decreta medidas tendientes a prevenir o hacer cesar las conductas desleales, evitando que ellas causen un daño permanente

¹⁷¹ Cass. com., 10 de enero de 1989, *D.* 1990, somm. 75, obs. Yves Serra; Cass. com., 29 de junio de 1993, *D.* 1995, somm. 211, obs. Yves Picod; Cass. com., 9 de octubre de 2001, *RTDCiv*, Paris, 2002, p. 304, obs. Patrice Jourdain.

¹⁷² MAZEAUD *et al.* (n. 131) p. 412; Jean CARBONNIER, *Les Obligations*, 22^a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2000, N° 205.

¹⁷³ Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats 2008-2009*, 7^a ed., Paris, Dalloz, 2008, N°s 1305 et s.

¹⁷⁴ Nicolas DORANDEU, *Le Dommage Concurrentiel*, Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan 2000, N°s 202 et 203; CHAGNY (n. 115), pp. 466-467; BALLOT-LÉNA (n. 115), N°s 364 et 502-503.

¹⁷⁵ SERRA, §§ 108-115; BALLOT-LÉNA (n. 115), N°s 17 et 113-114.

¹⁷⁶ CARVAL (n. 115), p. 132.

e irreversible. Incluso, se ha llegado al extremo de prohibir íntegramente la actividad profesional o industrial del demandado, lo que ha sido criticado porque la competencia ilícita (prohibida) es de resorte exclusivo de la ley y los contratantes (mediante la estipulación de pactos de no competir)¹⁷⁷. En suma, la indemnización de perjuicios no es la sanción primaria ni ideal contra la competencia desleal.

En segundo lugar, la jurisprudencia interpreta la culpa (que es la propia conducta desleal) considerando no sólo a los competidores perjudicados sino, también, a los consumidores y a la competencia en su conjunto. Por eso el régimen de responsabilidad civil es extendido a los actos parasitarios. En estos casos el demandado lucra a costa del esfuerzo y creatividad del actor, a pesar de no ser competidores¹⁷⁸. En tercer lugar, la jurisprudencia relaja la exigencia de un daño cierto y, dependiendo de la probabilidad de que el acto reprochado perjudique al acreedor, ordena indemnizar la pérdida de una chance¹⁷⁹. Así, se indemniza el “riesgo” de confusión creado por el demandado respecto del origen o características del producto comercializado por el actor¹⁸⁰, el riesgo que deriva del ataque causado mediante un acto de denigración¹⁸¹ y las ganancias que el actor habría obtenido del contrato que no pudo celebrarse o fue incumplido debido a la interferencia culpable de terceros¹⁸². Por otro lado, los tribunales decretan medidas para prevenir el daño futuro¹⁸³. Además, la conducta desleal es sancionada implícitamente, ya sea aumentando la indemnización según la gravedad de la culpa y los ingresos ilícitos obtenidos por el demandado, ya sea presumiendo el daño del acto desleal¹⁸⁴. En particular, la neutralización del enriquecimiento injusto ilustra con nitidez los fines disuasivos y punitivos de la responsabilidad civil. En efecto, las conductas desleales y parasitarias no pueden ser prevenidas ni sancionadas de manera eficaz si sólo se indemnizan los perjuicios, porque éstos, a menudo, son inferiores a las utilidades ilegítimamente percibidas por el demandado¹⁸⁵.

¹⁷⁷ Cass. com., 28 de abril de 1980, *JCP* 1982, II, 19791, n. Azéma.

¹⁷⁸ Cass. com., 30 de enero de 1996, *D.* 1997, p. 232, obs. Serra.

¹⁷⁹ *Vgr.*, la pérdida de la oportunidad de percibir las ganancias derivadas de la inversión dentro del plazo previsto por el actor: Cass. com., 20 de octubre de 1998, *RJDA*, Paris, 1999, N° 109.

¹⁸⁰ Cass. com., 27 de febrero de 1996, *D.* 1997, somm. 104, obs. Serra.

¹⁸¹ CA Paris, 24 de marzo de 1995, *D.* 1996, somm. 252, obs. Izorche.

¹⁸² Cass. com., 2 de noviembre de 1993, *Bull. civ.*, vol. IV, Paris, 1994, N° 380, *RTDCiv*, Paris, 1994, p. 622, obs. Patrice Jourdain, *JCP* 1995, I, 3853, 25, obs. Viney.

¹⁸³ BALLOT-LÉNA (n. 115), N° 95.

¹⁸⁴ CA Paris (n. 181).

¹⁸⁵ CA Paris, 10 de julio de 1986, *JCP* 1986, II, 20.712, note Agostini.

En fin, en la medida que la responsabilidad civil por conductas desleales atiende objetivos disuasivos y represivos, la culpa recobra la trascendencia que no tiene en el estatuto general de responsabilidad. Boris Starck sostuvo que la culpa ordinaria bastaba para poner en marcha la función de garantía de la responsabilidad civil respecto del perjuicio inferido tanto a la integridad física como a los bienes. En cambio, a su juicio, la responsabilidad civil opera como una sanción privada en lo que atañe a los perjuicios morales y económicos, siempre que el demandado actúe con “culpa caracterizada”. Esta exigencia adicional es particularmente justificada en el caso del daño patrimonial puro porque éste es un efecto inexorable de la libertad de competir y, por ende, *prima facie* lícito¹⁸⁶. El típico ejemplo de culpa caracterizada es la conducta desleal, en cuyo caso la responsabilidad civil opera como un instrumento de represión más que de reparación del daño¹⁸⁷.

Sin embargo, la culpa caracterizada es una noción ambigua y difícilmente separable de la culpa leve. De hecho, se ha asegurado que la responsabilidad civil defiende más eficazmente la libre competencia si sólo se requiere la mera negligencia¹⁸⁸. Con originalidad, la *Cour de cassation* exigió el dolo para declarar la responsabilidad por actos de competencia desleal (mientras que la “competencia ilícita” se configuraba con la culpa ordinaria)¹⁸⁹. Pero a partir del año 1958 la jurisprudencia decidió someter la acción por competencia desleal a las reglas generales, de suerte que el cuasidelito es suficiente para desencadenar la responsabilidad civil¹⁹⁰. Así, se prescinde del dolo¹⁹¹, con excepción de la denigración¹⁹² y la usurpación de nombres comerciales¹⁹³. Por consiguiente, la competencia desleal es definida objetivamente, como una conducta anormal o deficiente¹⁹⁴, contraria a los usos honestos en los asuntos comerciales, industriales o profesionales, que altera o puede afectar el comportamiento económico del consumidor medio, racional e informa-

¹⁸⁶ STARCK (n. 115) *passim* y (n. 136) p. 505; TUNC (n. 131) pp. 153-155; Boris STARCK, Henri ROLAND y Laurent BOYER, *Obligations. Responsabilité Délictuelle*, 5ª ed., Paris, LITEC, 1996, pp. 114 et 150.

¹⁸⁷ CARVAL (n. 115), p. 145.

¹⁸⁸ Cass. com., 3 de mayo de 2000, *D.* 2001, somm. 1312, obs. Yves Serra.

¹⁸⁹ Cass. Req., 9 de noviembre de 1871, *D.P.* 1871, 1, p. 211.

¹⁹⁰ Cass. com., 18 de abril de 1958, *D.* 1959, p. 87, n. Fernand Derrida.

¹⁹¹ Cass. com. (n. 188); Cass. com., 12 de mayo de 2004, *Bull. civ.* vol. IV, Paris, 2005, N° 88, *Gaz. Pal.* Paris, 2005, somm. 571, obs. Guével.

¹⁹² Cass. com., 16 de junio de 1965, *Bull. civ.* vol. IV, Paris, 1966, N° 378; Cass. com., 6 de marzo de 1978, *JCP*, 1978, II, 19001, n. Azéma.

¹⁹³ Cass. com., 16 de febrero de 1977, *Bull. civ.* vol. IV, Paris N° 51.

¹⁹⁴ CA Paris, 6 de noviembre de 1989, *D.* 1990, p. 564, n. Thouvenin; Philippe LE TOURNEAU, nota, *Gazette du Palais*, vol. 2, doctrine, Paris, 2001, p. 1.590.

do¹⁹⁵. La jurisprudencia requiere únicamente la mala fe del demandado¹⁹⁶, por ejemplo, del cómplice en el incumplimiento contractual¹⁹⁷. No es necesario que el tercero induzca la infracción porque él responde por el daño infligido al acreedor “con ocasión” y no “a consecuencia” del incumplimiento, siendo éste obra exclusiva del deudor¹⁹⁸. Como corolario de la presunción general de buena fe, la que otorga estabilidad a los negocios y certeza jurídica, los terceros no tienen que indagar si acaso existen contratos ajenos susceptibles de ser afectados por su libertad de actuación. Por ende, los terceros no responden si interfieren en un convenio que no conocen personalmente; y quien acciona contra el tercero careciendo de pruebas sobre el conocimiento por éste del contrato interferido abusa de su derecho procesal a demandar¹⁹⁹. Por el contrario, el tercero debe responder si impide el cumplimiento o facilita la infracción de contratos que conoce, como ocurre con quien adquiere un inmueble sabiendo que había sido ofrecido con antelación al actor y aun cuando no haya querido perjudicarlo. El clásico ejemplo es la interferencia a sabiendas en cláusulas contractuales de no competir (las que suelen producir efectos procompetitivos)²⁰⁰, supuesto que sean válidas²⁰¹, a saber: deben estar limitadas temporal o espacialmente y no pueden proscribir la actividad económica del deudor en términos absolutos²⁰². Lo decisivo es que el pacto de no competir sea necesario para proteger el interés legítimo del acreedor de acuerdo con el objetivo del contrato principal a que accede²⁰³. Pues bien,

¹⁹⁵ Su fuente es el art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, conforme al cual competencia desleal es “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

¹⁹⁶ Cass. com., 21 de marzo de 1989, *Bull. civ.* vol. IV, Paris, 1990, N° 97; Cass. com., 7 de abril de 1998, *D.* 1999, somm. 128, obs. Schmidt-Szalewski.

¹⁹⁷ Cass. 3^a civ., 22 de marzo de 1968, *D.* 1968, p. 412, n. Jean Mazeaud.

¹⁹⁸ SERRA (n. 139), §§ 65-66.

¹⁹⁹ Cass. com., 3 de octubre de 1968, *JCP*, 1969, II, 15964, n. Prieur; Cass. 2^a civ., 13 de abril de 1972, *D.* 1972, p. 440; Cass. 1^a civ., 3 de octubre de 1974, *JCP* 1975, II, 18801, obs. Dagot.

²⁰⁰ Yves PICOD, Yvan AUGUET et Marc GOMY, “Concurrence (obligation de non-)”, dans Louis VOGEL (edit.), *Dalloz Répertoire de Droit Commercial, Dalloz Encyclopédie Juridique*, Paris, Dalloz, 2009, tome III, §§ 1-5. Asimismo, en Chile los pactos de no competir suelen traer consigo externalidades positivas, como el mejoramiento, abaratamiento de bienes y servicios o ambos. Toca al TDLC contrastar los efectos pro y anticompetitivos de estas cláusulas, siempre que sean válidas, es decir, que estén limitadas en cuanto al mercado, el territorio y el tiempo: Paulo MONTT RETTIG, “Validez de las cláusulas contractuales de no competir”, en *Revista de Derecho Económico*, N° 75, Santiago, 2010, *passim*.

²⁰¹ Cass. com., 13 de marzo de 1979, *D.* 1980, p. 1, n. Serra; Cass. com., 5 de febrero de 1991, *D.* 1992, somm. 54, obs. Serra; Cass. com., 18 de diciembre de 2001, *D.* 2003, somm. 1029, obs. Picod.

²⁰² Cass. civ., 14 de junio de 1945, *D.* 1945, p. 332; Cass. com. (n. 85).

²⁰³ Cass. com., 18 de noviembre de 1995, N° 93-16.299, *D.* 1997, somm. 59, obs. Ferrier; Cass. com., 4 de junio de 2002, N° 00-15.790, *D.* 2003, somm. 902, n. Auguet.

la complicidad en el incumplimiento de estas prohibiciones convencionales constituye un acto de competencia desleal, como si un tercero colabora con el vendedor en el quebrantamiento del pacto de no competir suscrito a favor del comprador²⁰⁴ o contrata al empleado de su rival que se había obligado a no competir con éste por cierto plazo desde la terminación del contrato de trabajo²⁰⁵. El debate se centra en si el demandante debe probar que el tercero conocía dicha cláusula²⁰⁶ o si este conocimiento se presume²⁰⁷, en especial tratándose de empresarios o profesionales quienes acostumbran estipular esta clase de prohibiciones²⁰⁸.

En definitiva, la doctrina especializada invita al legislador y al juez a reconocer abiertamente las funciones disuasiva y sancionadora de la responsabilidad civil, sugiriendo, entre otras soluciones, la introducción de los daños punitivos, la imposición de multas civiles destinadas a las arcas públicas y la restitución de las ganancias obtenidas de manera ilícita por el demandado a expensas del demandante. Esta última medida permitiría sancionar la “culpa lucrativa” del demandado, esto es, su intento por beneficiarse, incluso, por sobre la indemnización de los perjuicios que debe pagar al demandante. En este sentido, se ha propuesto convertir a la acción de reembolso en un recurso principal cuyo límite sea el enriquecimiento del demandado. El objetivo central es evitar que las reglas generales de la responsabilidad civil, diseñadas para compensar y no para castigar, sean distorsionadas producto de su utilización para atender fines preventivos y punitivos²⁰⁹.

12. Por su parte, el Derecho angloamericano no sólo rechaza, como se ha visto, un principio de responsabilidad por el daño patrimonial puro causado con culpa, sino, también, niega un canon similar basado en el dolo. La especificidad de los ilícitos económicos que involucran a los competidores (*economic torts*) ha sido una valla insalvable para su sistematización. La doctrina no ha logrado en la práctica estructurar estos delitos civiles en torno a un principio general fundado en la intención y en los medios ilícitos (*unlawful wrongful means*). Por un lado, a fines del siglo XIX Frederick Pollock y Wendell

²⁰⁴ Cass. com., (n. 201).

²⁰⁵ Cass. com., (n. 201); Cass. com., 13 junio 1995, *D.* 1997, somm. 105, obs. Picod.

²⁰⁶ Cass. com., (n. 201).

²⁰⁷ Cass. com., 7 de febrero de 1995, N° 93-14.569, *JCP* 1995, II, 22411, n. Le Tourneau, *D.* 1997, somm. 105, obs. Picod; Cass. com., 23 de enero de 2007, N° 04-17.837, *D.* 2008, pan. 2199, n. Ferrier.

²⁰⁸ PICOD *et al.* (n. 200), § 183.

²⁰⁹ CARVAL (n. 115), pp. 144, 158-159 et 162-163; CHAGNY (n. 115), pp. 527-528; BALLOT-LÉNA (n. 115) N°s 491 et 504. Además, el art. 1371 del *Avant-Projet* de Reforma del Derecho de las Obligaciones y de la Prescripción (bajo la dirección de Pierre Catala) introduce los daños punitivos tratándose de “una culpa manifiestamente deliberada, en especial de una culpa lucrativa”.

Holmes postularon una regla de responsabilidad por el daño económico causado intencionalmente a menos que estuviese justificado (*prima facie tort theory*), por ejemplo, en el ejercicio de la libertad de competir o del derecho de propiedad, que es similar a la versión más fuerte del abuso del derecho²¹⁰. En Inglaterra, esta tesis ha sido respaldada, entre otros, por Percy Winfield²¹¹ y John D. Heydon, este último elogiando la capacidad del *prima facie tort* para capturar nuevas formas de comportamiento ilícito sin oprimir la libre competencia²¹². Por otro lado, Tony Weir propuso un principio de responsabilidad por el perjuicio patrimonial infligido dolosamente y utilizando medios ilícitos²¹³. Ambos requisitos, explica Peter Cane, permiten aplicar la responsabilidad civil en forma congruente con la libertad de competir²¹⁴. A su vez, Philip Sales y Daniel Stilitz identificaron el dolo de los ilícitos económicos con la intención de dañar (como un fin o como un instrumento para obtener un fin mediato) y definieron los medios ilícitos como todos aquéllos que el demandado no puede utilizar, incluyendo los delitos civiles (*torts*), los delitos penales y las infracciones contractuales²¹⁵. A su turno, Hazel Carty ha procurado organizar los *economic torts* alrededor de una noción común de medios ilícitos y ha propugnado la idea de que la jurisprudencia debe representar un papel modesto en el control de la competencia, mediante la responsabilidad extracontractual, en comparación al papel preponderante del legislador²¹⁶. En fin, a juicio de Simon Deakin y John Randall los ilícitos económicos ayudan a proteger la integridad del proceso competitivo frente a la interferencia directa e intencional de terceros, salvo que esta conducta esté

²¹⁰ Sir Frederick POLLOCK, *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, London, Stevens & Sons 1887, *passim*, Sir Frederick POLLOCK, Comentarios de jurisprudencia, in *Law Quarterly Review*, N° 6, London, 1890, p. 113; Oliver Wendell HOLMES, “Privilege, malice, and intent”, in *Harvard Law Review*, N° 8, Cambridge (Massachusetts), 1894, *passim*.

²¹¹ Percy WINFIELD, “The Foundation of Liability in Tort”, in *Columbia Law Review*, N° 27, New York City, 1927, *passim*; Percy WINFIELD, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, p. 32 y s. y Percy WINFIELD, *A Text-Book of the Law of Tort*, London, Sweet & Maxwell, 1937, pp. 1-2, 15 y s.

²¹² John Dyson HEYDON, *Economic Torts*, 2ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1978, *passim*.

²¹³ Tony WEIR, “Chaos or cosmos? Rookes, Stratford and the economic torts”, in *Cambridge Law Journal*, N° 22, Cambridge, 1964, p. 225 y s.

²¹⁴ CANE (n. 94) y (148) *passim*.

²¹⁵ Philip SALES and Daniel STILITZ, “Intentional infliction of harm by unlawful means”, in *Law Quarterly Review*, N° 115, London, 1999, *passim*.

²¹⁶ Hazel CARTY, “Intentional violation of economic interests: the limits of common law liability”, in *Law Quarterly Review*, N° 104, ciudad, 1988, *passim*; Hazel CARTY, “The economic torts in the 21st century”, in *Law Quarterly Review*, N° 124, London, 2008, *passim*; Hazel CARTY, *An Analysis of the Economic Torts*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, *passim*.

justificada en la persecución de un interés económico legítimo o un derecho contractual anterior del tercero²¹⁷.

Sin embargo, como Frederick Pollock concedió, la jurisprudencia británica únicamente reconoce un cuerpo heterogéneo e incoherente de ilícitos particulares²¹⁸. Incluso, valoró la exigencia de actos o medios ilícitos como condición para atribuir la responsabilidad, como fuera resuelto en el gran caso *Allen v. Flood*²¹⁹, estimando que este método era una forma práctica y objetiva de balancear los intereses contradictorios de los litigantes²²⁰. Aunque se arguye que un comportamiento es lícito sí y sólo sí tanto los medios usados como los fines perseguidos por su autor son legítimos²²¹, *Allen v. Flood* estableció el principio conforme al cual un motivo malicioso no convierte la conducta en ilícita ni un motivo noble justifica un acto antijurídico²²². Por eso, el perjuicio patrimonial puro es reparado sólo si proviene de alguno de los ilícitos intencionales específicos representados por los *economic torts*. Si ningún derecho o interés legítimo de la víctima es violado, el daño está justificado (*damnum sine iniuria*), por perversos que sean los motivos y fines de su autor²²³. Coincidentemente, la jurisprudencia más reciente y relevante reafirma la existencia de delitos civiles independientes por oposición a un principio general de respon-

²¹⁷ Simon DEAKIN and John RANDALL, “Rethinking the economic torts”, in *Modern Law Review*, N° 72, London, 2009, pp. 519-553.

²¹⁸ POLLOCK (n. 210), pp. 21-22, 129 y s.

²¹⁹ *Allen v. Flood*, 1897, House of Lords, 14 december 1897, [1898] A.C. 1. Uno de los más preclaros especialistas no trepida en calificar *Allen v. Flood* como la sentencia más trascendente de todo el Derecho de los *torts*, incluso, por sobre el mítico *Donoghue v. Stevenson* (n. 51); Tony WEIR, *A Casebook on Tort Law*, 10ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 604.

²²⁰ Sir Frederick POLLOCK, “*Allen v Flood*”, in *Law Quarterly Review*, N° 14, London, 1898, p. 129.

²²¹ John FINNIS, “Intention in tort law”, in David OWEN (edit.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 238 and s.

²²² Glanville WILLIAMS, “The aims of the law of tort”, *Current Legal Problems*, London, 1951, p. 144; FLEMING (n. 144), pp. 751 and 767.

²²³ POLLOCK (n. 210), pp. 129-130; Peter BIRKS, “The concept of a civil wrong”, in David OWEN (edit.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 38; WEINRIB (n. 129), pp. 134 and 161-162; Peter BENSON, “The basis for excluding liability for economic loss in tort law”, in David OWEN (edit.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press 1995, pp. 429, 444, 455-457; Peter BENSON, “The problem with pure economic loss”, in *South Carolina Law Review*, N° 60, Columbia, South Carolina, 2009, p. 867 and s; Stephen WADDAMS, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 41 and 56; KOZIOL (n. 45), pp. 881 and 893-894; STEVENS (n. 153), pp. 22 and 42 y Robert STEVENS, “Torts”, in Louis BLOM-COOPER, Brice DICKSON and Gavin DREWRY (edits.), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 633-634 and 639.

sabilidad por el daño económico causado intencionalmente²²⁴. Los medios antijurídicos incluyen los delitos civiles, los delitos penales (de origen legal o jurisprudencial) que confieren a las víctimas una acción de responsabilidad civil, el incumplimiento contractual, la infracción de normas legales (como las que regulan la libre competencia), los actos de competencia desleal y, en general, los comportamientos abusivos. En consecuencia, el *wrongful means* delimita la responsabilidad civil e impide que la judicatura se inmiscuya en la regulación de la competencia, asunto que incumbe al Parlamento²²⁵. La anti-juridicidad expresa así la renuencia de los tribunales anglosajones a restringir la competencia más allá de determinados ilícitos económicos²²⁶.

13. Ahora bien, mirando más de cerca el elemento intencional de la responsabilidad civil, existe consenso en cuanto a que el daño causado con malicia (como un fin en sí) es moral y jurídicamente intolerable. Pero la auténtica dificultad radica en distinguir el perjuicio infligido como un medio para lograr otro fin (el interés propio) del daño derivado como efecto previsible y colateral de una actividad dada, en particular de la competencia. Desde una perspectiva ético-filosófica, competir, prever que habrá derrotados y triunfar son actos irreprochables que expresan la autonomía individual. Nada hay de malo en que, como postulara Adam Smith, en una sociedad capitalista las empresas prosperen con tal que observen la ley y se abstengan de cometer abusos, ni en que la cooperación mutua sea egoísta: el bien común resulta de la búsqueda del interés propio en la competencia (“la mano invisible”), antes que de la virtud²²⁷. Lo moralmente cuestionable es intentar la ruina del rival, como un fin o como un vehículo para conseguir un propósito ulterior²²⁸. Desde que santo Tomás de Aquino delineara la doctrina del doble efecto²²⁹, las consecuencias intentadas como fines o como medios son segregadas de los

²²⁴ OBG *v.* Allan... (n. 41).

²²⁵ *Op. cit.*, §§ 147-148, lord Nicholls.

²²⁶ Peter CANE, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford, Hart, 2002, pp. 181 and 224; DEAKIN *et al.* (n. 46), p. 571 and s; CARTY (n. 216), p. 642.

²²⁷ Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford, Edit. Kathryn Sutherland, Oxford University Press, [1776], 2008, book I, chap. II, pp. 22-23; book IV, chap. II, pp. 291-292 y chap. III, p. 307.

²²⁸ En esto coinciden los estudios sobre ética de los negocios, *v.gr.*, Jennifer JACKSON, *An introduction to business ethics*, Oxford, Blackwell, 1996, p. 86 and s.; Kevin GIBSON, *Ethics and Business. An Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 59; Tibor MACHAN, *The Morality of Business. A Profession for Human Wealthcare*, New York, Springer, 2007, p. 31.

²²⁹ “Nada obsta a que una acción tenga dos efectos, uno intentado y el otro no. Pero los actos morales adquieren su naturaleza según lo que se intenta, no según lo que está junto a la intención ya que esto es accidental”: Saint Thomas AQUINAS, *Summa Theologica*, traducción Laurence Shapcote, 2ª ed., Chicago, Encyclopædia Britannica, [1274], 1990, chap. II-II, cuestión 64, art. 7.

efectos previsibles e inexorables. La culpabilidad moral surge del resultado intentado, en cuanto es elegido por su autor, proporcionándole motivos para actuar. Un efecto es intentado si contribuye al propósito del agente; un efecto incidental o secundario no es procurado, ni siquiera con un fin utilitario, y por eso es intrascendente para lograr una finalidad ulterior²³⁰. A su vez, el efecto intentado como un medio para alcanzar un fin mediato es perseguido en forma deliberada, directa y oportunista, pues su autor instrumentaliza a la víctima para alcanzar su objetivo²³¹. De forma análoga, en el Derecho la intención atinge a las consecuencias elegidas y buscadas, mientras que los motivos ofrecen justificaciones que permiten reconstruir y explicar la conducta²³². Más aún, las consecuencias intentadas como fines o medios son causalmente próximas al hecho del que fluyen²³³.

El perjuicio que resulta como efecto colateral e inexorable de la promoción del propio interés es justificado, por ejemplo, en el ejercicio de la libertad de competir. El mero hecho de que la lucha por la superioridad en un mercado inevitablemente deje perdedores y ganadores no convierte a estos últimos en responsables por el infortunio de aquéllos²³⁴. En cambio, el daño causado a otro individuo como un medio necesario para obtener un fin posterior es tan intencional como el perjuicio ocasionado con maliciosa²³⁵. A su vez, el daño

²³⁰ Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, edits. J.H. Burns and H.L.A. Hart, Clarendon Press, [1781], 1996, chap. VIII, §6, p. 86 and chap. IX, §17, p. 94; Gertrude E.M. ANSCOMBE, *Intention*, 2ª ed. Oxford, Blackwell, 1963, *passim*; Joseph M. Jr. BOYLE, “Toward understanding the principle of double effect”, in *Ethics*, N° 90, Chicago, 1980, pp. 527-538.

²³¹ Warren QUINN, “Actions, intentions, and consequences: the doctrine of double effect”, in *Philosophy and Public Affairs*, N° 18, Malarn (Massachusetts), 1989, pp. 334-351.

²³² John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, London, Weidenfeld & Nicolson, [1832], 1954, p. 111; Carleton ALLEN, “Legal morality and the *ius abutendi*”, in *Law Quarterly Review*, N° 40, London, 1924, p. 180; John SALMOND, *Jurisprudence*, 9ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1937, p. 527; William Page KEETON, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed., St. Paul Minn., West Publishing, 1984, p. 26; Grant GILLET, “Intention and agency”, in Ngairé NAFFINE, Rosemary OWENS and John WILLIAMS (edits.), *Intention in Law and Philosophy*, Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 2001, p. 67.

²³³ Herbert L.A. HART, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 2008, p. 120.

²³⁴ *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 1945: Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 12 de marzo de 1945, 148 F.2d 416, p. 430, juez Hand Learned.

²³⁵ John FINNIS, “Intention and side-effects”, in R.G. FREY and Christopher MORRIS (edits.), *Liability and Responsibility. Essays in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 36 and s.; James HENDERSON and Aaron TWERSKI, “Intent and recklessness in tort: the practical craft of restating law”, in *Vanderbilt Law Review*, N° 54, Nashville (Tennessee), 2001, p. 1.141 and s.

infligido con completa desconsideración por el otro (*recklessness*)²³⁶, similar al dolo eventual del Derecho Penal continental y a la culpa lata del Derecho Civil²³⁷, es homologado al daño causado dolosamente porque también consiste en una acción deliberada a través de la cual el agente utiliza a la víctima en provecho propio. Quien actúa con *recklessness* es consciente del efecto nocivo de su conducta y, pudiendo evitarlo, persevera en ella hasta causar ese mal. Por el contrario, quien actúa con mera negligencia sólo prevé que puede perjudicar a terceros pero no quiere provocar esta consecuencia²³⁸.

En Inglaterra, David Howarth ha defendido la responsabilidad por el daño patrimonial puro causado negligentemente, proponiendo limitar esta regla general mediante la evaluación prudencial de los costos y beneficios derivados de la competencia. El Derecho no es un espejo de la moral y, por eso, nada justifica confinar la responsabilidad a conductas dolosas. El sello distintivo de la responsabilidad civil es la antijuridicidad. Por ende, todo acto ilícito perjudicial, doloso o culpable, debiera dar lugar a la reparación²³⁹. Sin embargo, cabe insistir en que sólo los comportamientos abusivos e intencionales ameritan la atribución de responsabilidad civil entre competidores. Las conductas desleales y anticompetitivas presuponen la intención del agente de dañar al contendor (la que, de hecho, puede colegirse de esos actos) y revelan una irracionalidad económica ausente en las acciones descuidadas. Además, la dificultad real de probar el dolo es una forma concreta de restringir la responsabilidad congruentemente con la libertad de competir. En este ámbito, el derecho refleja la lección kantiana de tratar a los demás como fines, jamás como medios. En cambio, los rivales no pueden ni deben responder por los daños inferidos con imprudencia, pues no son más que secuelas colaterales, previsibles e inexorables de la legítima batalla comercial en la que están mezclados.

²³⁶ Este vocablo equivale a la ‘temeridad’ (KAPLAN n. 37): “excesiva imprudencia” o “lo que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo”: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

²³⁷ SALMOND (n. 232), p. 518 y s.

²³⁸ KEETON (n. 232), pp. 34-35; David JUNG and David LEVINE, “Whence knowledge intent - whither knowledge intent”, in *University of California at Davis Law Review*, N° 20, Davis (California), 1986, p. 551 and s.; Kenneth SIMONS, “Rethinking mental states”, in *Boston University Law Review*, N° 72, Boston, 1992, p. 482; Kenneth SIMONS, “A Restatement (Third) of intentional torts”, in *Arizona Law Review*, N° 48, Tucson (Arizona), 2006, p. 1.063; CANE (n. 142), pp. 33-34; Anthony SEBOK, “Purpose, belief, and recklessness: pruning the Restatement (Third)’s definition of intent”, in *Vanderbilt Law Review*, N° 54, Nashville (Tennessee), 2001, pp. 1173 and 1180 and s.

²³⁹ David HOWARTH, “Is there a future for the intentional torts?”, in Peter BIRKS (edit.), *The Classification of Obligations*, Oxford, Clarendon Press, 1997, *passim*.

Por lo demás, la jurisprudencia británica reconoce la centralidad de la intención en los ilícitos económicos y distingue los resultados queridos (en forma intrínseca o instrumental) de los efectos meramente previstos. Así, en el delito de inducción al incumplimiento contractual exige la intención del demandado de causar la infracción del contrato, en tanto que en el delito de interferencia ilícita en negocios ajenos requiere la intención del demandado de perjudicar al actor o, al menos, una desconsideración extrema. Uno u otro resultado puede ser el único fin del demandado o un medio para conseguir un propósito mediato, con frecuencia su propio enriquecimiento; pero la responsabilidad es excluida si estas consecuencias fueron simplemente previstas²⁴⁰. Por tanto, el demandado que incumple el contrato anticipando que, a consecuencia de ello, su contraparte romperá el convenio que, a su vez, la vincula con el demandante, no es responsable del daño sufrido por éste; salvo que haya intentado perjudicarla valiéndose de medios ilícitos²⁴¹.

14. El mayor problema consiste en diferenciar el resultado intentado como medio del efecto meramente previsible. La frontera entre uno y otro es oscura, en gran parte, porque los competidores no pueden vencer sino dañando a sus oponentes²⁴². Además, mirada desde fuera, la conducta es idéntica, sea que el autor haya querido causar el resultado o no²⁴³. Penetrar en la recóndita psicología del agente y desentrañar el dolo es de suyo complejo: “ni el diablo conoce el pensamiento del hombre”²⁴⁴. Igualmente difícil es discriminar el dolo directo del dolo eventual (o culpa grave), al punto que la jurisprudencia estadounidense normalmente concentrarse en el dolo y la culpa como criterios genéricos, obviando toda una gama de categorías intermedias²⁴⁵. El problema ha sido agravado con la prohibición impuesta por la jurisprudencia británica de presumir que el autor del daño intentó este resultado a partir de

²⁴⁰ *OBG v. Allan...* (n. 41), § 134, *lord Hoffmann*, §§ 166-167, *lord Nicholls*.

²⁴¹ *Op. cit.*, § 43, *lord Hoffmann*, anulando el fallo contrario dictado en *Millar v. Bassey*, 1993: Court of Appeal, 12 de julio de 1993, [1994] E.M.L.R. 44.

²⁴² “¿Cómo puede trazarse una línea definitiva entre los actos cuyo real propósito es promover los intereses de los demandados y los actos cuya auténtica finalidad es perjudicar el negocio del actor? Esto excede mi capacidad. Cuando el objetivo de los demandados es conquistar el negocio del demandante la ganancia de aquellos corresponde a la pérdida de éste... El éxito de los demandados consiste en la desaparición del actor y lo primero no puede obtenerse sin lo segundo”: *Sorrell v. Smith*, 1925: House of Lords, 15 de mayo de 1925, [1925] A.C. 700, p. 742, *lord Sumner*.

²⁴³ ANSCOMBE (n. 230), pp. 44-45.

²⁴⁴ Este antiguo apotegma es atribuido al juez medieval Brian, quien lo enunció durante el reinado de Eduardo IV (Y.B. 17 Edw. IV, 1), véase Albert CARTER, *A History of English Legal Institutions*, London, Butterworth, 1902, p. 19.

²⁴⁵ Edwin BYRD, “Reflections on wilful, wanton, reckless and gross negligence”, in *Louisiana Law Review*, N° 48, Baton Rouge (Louisiana), 1988, p. 1.383 and s.

la circunstancia de que lo previó como una consecuencia natural, necesaria o probable de su acción²⁴⁶, presunción que, en cambio, se mantiene vigente en el Derecho Penal²⁴⁷.

Para no confundir el perjuicio intentado como un medio con aquél simplemente previsible, se ha sugerido restringir el dolo al resultado “dirigido” contra el actor²⁴⁸. Pero una noción estricta de dolo no hace menos ardua su prueba ni asegura el consenso de los jueces y académicos sobre si, en un caso particular, el demandado obró con intención o no. Considérese, por ejemplo, el caso *Douglas v. Hello*²⁴⁹. Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones confirieron exclusividad a la revista *Ok* para publicar las fotografías de su boda. Su competidora, la revista *Hello*, publicó en el Reino Unido fotografías del evento, sabiendo que habían sido tomadas subrepticamente por un *paparazzo*. *Ok* demandó a *Hello* por interferencia ilícita en su negocio. La Cámara de los Lores (House of Lords, hoy UK Supreme Court) rechazó el libelo, aunque la demandada había intentado perjudicar a la actora (quien de hecho sufrió pérdidas económicas), no usó medios independientemente ilícitos que afectaran la libertad del matrimonio Douglas de negociar su acuerdo comercial con *Ok*. Además, el derecho a la privacidad de la pareja no fue conculcado por la demandada sino por el fotógrafo clandestino. Por el contrario, la Corte de Apelaciones había desestimado la demanda porque consideró que *Hello* no había actuado de manera dolosa²⁵⁰. Sin embargo, la Cámara de los Lores declaró que la demandada había intentado perjudicar a la actora y consumado su objetivo, como un medio de proteger su propia publicación en el mercado relevante²⁵¹. Como se observa, el hecho de que los sentenciadores y los especialistas compartan una misma noción de dolo (la intención de dañar al actor, como un fin o como un medio, o el perjuicio dirigido a los intereses económicos del actor) no impidió que discreparan acerca de si la demandada intentó o no dañar a la demandante. Así, para Hazel Carty, la demandada simplemente buscó obtener una ganancia mediante su actividad lícita, consistente en explotar la curiosidad del público²⁵². A la inversa, Simon Deakin y John Randall opinan que la demandada sí intentó

²⁴⁶ *OBG v. Allan...* (n. 41).

²⁴⁷ *R v. Harvey*, 1823: Court of King’s Bench, 8 de diciembre de 1823, (1823) 107 *ER* 379; Glanville WILLIAMS, “Oblique intention”, in *Cambridge Law Journal*, N° 46, Cambridge, 1987, p. 417 and s.

²⁴⁸ *CARTY* (n. 216), p. 653 and s.

²⁴⁹ *OBG v. Allan...* (n. 41).

²⁵⁰ *Douglas and others v. Hello! Ltd and others*, N° 3, 2005: Court of Appeal, 18 de mayo de 2005, [2006] Q.B. 125, §§ 159, 166, 213-214, 223-225, 236, *lord M.R Phillips*.

²⁵¹ *OBG v. Allan...* (n. 41), §§ 130-136, *lord Hoffmann*.

²⁵² *CARTY* (n. 216), p. 653 and s.

perjudicar al demandante, pues la ganancia de la primera correspondió a la pérdida de la segunda²⁵³.

En verdad, el dolo necesario para responsabilizar a quien daña a sus contendores debe acreditarse mediante presunciones fundadas en hechos objetivos, debiendo descartarse las conjeturas con las que sólo se procura “adivinar” este estado mental. El juez podrá colegir la intención del demandado de perjudicar a su competidor de la conducta económicamente irracional de aquél y del impacto negativo de su acción sobre el mercado. En efecto, quien actúa con malicia o temeridad está dispuesto, incluso, a endeudarse para perjudicar a su víctima. Esta conducta suele ser más onerosa (y a menudo mucho más) que una acción encaminada a prevenir el daño²⁵⁴. Pero los competidores rara vez intentan perjudicar a sus oponentes “desinteresadamente” (como un fin). Lo usual es que dañen a sus adversarios como un efecto colateral de su actuar y, a lo sumo, como un medio de beneficiarse. De hecho, la conducta del demandado orientada a enriquecerse a costa del actor (calculando que obtendrá una ganancia producto de la comisión de su acto ilícito) es una de las escasas situaciones en las que la jurisprudencia anglosajona admite los daños punitivos²⁵⁵.

El dolo podrá ser presumido, por ejemplo, de los precios predatorios impuestos por el demandado²⁵⁶, en particular si éste –tras eliminar a su rival– se retira de la actividad²⁵⁷. Es lo que ocurrió en *Tuttle v. Buck*²⁵⁸. Un acaudalado banquero, guiado por el exclusivo propósito de arruinar al actor (barbero), instaló una peluquería, aprovechó sus contactos personales para atraer la clientela de aquél y, tan pronto consiguió su inicuo objetivo, abandonó el mercado. En definitiva, el demandado fue declarado responsable por los perjuicios causados al actor con su conducta, que ha sido rotulada como el epítome de la deslealtad por antonomasia²⁵⁹. En general, según han resuelto

²⁵³ DEAKIN and RANDALL (n. 217), p. 519.

²⁵⁴ William LANDES and Richard POSNER, “An economic analysis of intentional torts”, in *International Review of Law and Economics*, N° 1, Maryland Height (Missouri), 1981, *passim*; Dorsey ELLIS, “An economic theory of intentional torts: a comment”, in *International Review of Law and Economics*, N° 3, Maryland Height (Missouri), 1983, p. 45 and s.; CANE (n. 148), p. 544 and s.

²⁵⁵ *Rookes v...* (n. 130), pp. 1.226-1.227, *lord* Devlin.

²⁵⁶ John MCGEE, “Predatory price cutting: the Standard Oil (N.J.) case”, in *Journal of Legal Studies*, N° 1, Chicago, 1958, p. 137 and s.

²⁵⁷ PERLMAN (n. 106), p. 95 and s.

²⁵⁸ *Tuttle v. Buck*, 1909: Supreme Court of Minnesota, 19 de febrero de 1909, 107 Minn. 145.

²⁵⁹ Geri SHAPIRO, “The prima facie tort doctrine: acknowledging the need for judicial scrutiny of malice”, in *Boston University Law Review*, N° 63, Boston, 1983, p. 1.101 and s.

la Corte Europea de Justicia y el Tribunal de la Competencia británico, las prácticas predatorias y ventas a pérdida revelan un abuso de posición dominante y la intención del autor de expulsar a sus adversarios actuales o impedir el ingreso de potenciales competidores. Mientras más extenso sea el período durante el cual una empresa dominante vende sus productos por debajo de los costos variables promedio, con mayor facilidad puede presumirse la intención del agente de eliminar a sus oponentes²⁶⁰. En realidad, la práctica de precios predatorios es considerada como intrínsecamente ilícita²⁶¹ y no es necesario que el actor pruebe la habilidad del demandado para recuperarse de las pérdidas, pues esto se desprende de su poder de mercado²⁶².

15. Los ilícitos económicos más pertinentes al presente artículo son la inducción al incumplimiento contractual y la interferencia ilícita en negocio ajeno. No es posible aquí resumir la interesante y extensa historia de ambos delitos civiles, pero sí puede señalarse que la jurisprudencia inglesa más reciente y trascendente, disipando la incertidumbre reinante en la doctrina y en la práctica forense durante gran parte del siglo XX, determinó que son ilícitos autónomos²⁶³.

La interferencia ilícita en negocio ajeno presupone la intención del demandado de dañar al actor en sus intereses económicos, resultando éste perjudicado, a consecuencia de un ilícito civil o penal cometido por el demandado contra un tercero con quien el actor mantenía una relación comercial. Es la situación del antes reseñado caso *Douglas v. Hello!*²⁶⁴ o el clásico caso de quien, con el objetivo de eliminar a su competidor, amedrenta a los clientes de éste por medio de violencia física, *v.gr.*, disparándoles con un arma de fuego²⁶⁵. A su vez, en la inducción al incumplimiento contractual el demandado persuade al deudor a romper su contrato con el acreedor. El demandado debe conocer dicho contrato y tener la intención de causar su incumplimiento, produciéndose éste. En el legendario caso *Lumley v. Gye*²⁶⁶, el demandado,

²⁶⁰ *AKZO v. Commission*, 1991: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso C-62/86, 3 de julio de 1991, [1993] 5 C.M.L.R. 215, § 72; *Aberdeen Journals Ltd. v. Office of Fair Trading*, 2003: Competition Appeal Tribunal, 23 de junio de 2003, [2003] CAT 11, § 356.

²⁶¹ Phillip AREEDA and Donald TURNER, "Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act", in *Harvard Law Review*, N° 88, Cambridge (Massachusetts), 1975, p. 697 and s.

²⁶² *Tetra Pak International SA v. Commission*, 1996: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso C-333/94P, 14 de noviembre de 1996, [1997] 4 CMLR 662, § 44; Richard WHISH, *Competition Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 736.

²⁶³ *OBG v. Allan...* (n. 41).

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Tarleton v. M'Gawley*, 1793: Assizes, 21 de diciembre de 1793, (1793) 170 ER 153.

²⁶⁶ *Lumley v. Gye*, 1853: Court of Queen's Bench, 1 de enero de 1853, (1853) 118 ER 749.

gerente del Covent Garden Theatre, indujo a la cantante de ópera Johanna Wagner a incumplir el contrato de prestación de servicios profesionales que ella había celebrado con Lumley, gerente del Her Majesty's Theatre, persuadiéndola a cantar para su establecimiento. La diva se había obligado a ejecutar sus servicios exclusivamente para la demandante y a no cantar para terceros, por el plazo de tres meses en Londres, salvo autorización escrita de la actora. En definitiva, se resolvió que quien induce a otro a incumplir su contrato, sabiendo del mismo y con la intención de provocar su infracción, debe responder por los perjuicios inferidos al acreedor²⁶⁷. Sin embargo, el voto disidente sostuvo que la única responsable del incumplimiento había sido la deudora, asilándose en el efecto relativo del contrato (*privity*)²⁶⁸.

Entre las diversas aristas de este extraordinario litigio pueden mencionarse las dos siguientes:

En primer lugar, Lumley también demandó a Johanna Wagner por su infracción contractual y el tribunal prohibió a ésta cantar para Gye, aunque sin compelerla a prestar sus servicios a Lumley²⁶⁹. La prohibición impuesta sobre la deudora era la única forma efectiva de prevenir el daño irreparable para el teatro demandante y el enriquecimiento ilícito de su competidor²⁷⁰. Precisamente, este pleito ilustra la reticencia del *Common Law* a forzar el cumplimiento de obligaciones positivas y su prontitud para evitar la infracción de deudas negativas. En particular, la jurisprudencia intenta prevenir que los inductores prosperen a costa de sus rivales (o que “cosechen donde no han

²⁶⁷ La jurisprudencia española proporciona un ejemplo muy parecido a *Lumley v. Gye*. Una cantante de ópera, que había prometido prestar sus servicios en forma exclusiva para el actor, accedió a cantar para el rival quien sabía que esto contrariaba el primer contrato. El Tribunal Supremo declaró nulo el segundo convenio y condenó solidariamente a la artista y al tercero a indemnizar los perjuicios al actor (a pesar de cometer ilícitos distintos): Sociedad Internacional Talking Machine con Compañía del Gramófono, STS, 23 de marzo de 1921, *Col. Leg.*, N° 90, en PÉREZ (n. 44), p. 323 y s. En Inglaterra, aunque el inductor y el deudor no son codeudores solidarios (*joint tortfeasors*), pues perpetran hechos autónomos que desencadenan la responsabilidad extracontractual del primero y contractual del segundo, se trata de una situación análoga o paralela a la solidaridad, porque ambos sujetos actúan con un propósito ilícito común: *CBS Songs v. Amstrad Electronics*, 1988: House of Lords, 12 de mayo de 1988, [1988] *AC* 1013, p. 1.058, *lord Templeman*; Glanville WILLIAMS, *Joint Torts and Contributory Negligence*, London, Stevens, 1951, p. 128; Hazel CARTY, “Joint tortfeasance and assistance liability”, in *Legal Studies*, N° 19, *Wrat Sussex*, 1999, pp. 495 and 507.

²⁶⁸ *Lumley...* (n. 266), p. 761, juez Coleridge.

²⁶⁹ *Lumley v. Wagner*, 1852: Court of Queen's Bench, 26 de mayo de 1852, (1852) 42 *ER* 687. Véase Andrew BURROWS, *Remedies for Tort and Breach of Contract*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 527 and s.

²⁷⁰ Stephen WADDAMS, “Johanna Wagner and the rival opera houses”, in *Law Quarterly Review*, N° 117, London, 2001, pp. 431-458.

sembrado”). El deudor no es obligado a cumplir su obligación en beneficio del acreedor, pero le está vedado prestar servicios para la competencia contraviniendo su pacto de exclusividad con el acreedor, con tal que sea válido. Gracias a que esta cláusula estaba limitada territorial y temporalmente, el derecho contractual de Lumley prevaleció sobre la libertad de su competidor, Gye²⁷¹. Igualmente, la jurisprudencia rehúsa el cumplimiento forzado o por equivalencia de contratos contradictorios con otros anteriores. Así, dado que el convenio entre Gye y Johanna Wagner vulneraba el contrato de exclusividad anterior entre ésta y Lumley, Gye mal podría haber sido compensado por los perjuicios derivados de la violación del segundo contrato por Johanna Wagner²⁷². Además, todo contrato cuyo objetivo es causar el incumplimiento de un acuerdo anterior es ilegal e inejecutable, siendo sus partes celebrantes solidariamente responsables por los daños irrogados al actor²⁷³.

En segundo lugar, aunque Lumley *v.* Gye confirió su actual fisonomía al delito de inducción al incumplimiento contractual ajeno, el actor no fue indemnizado. En efecto, Gye convenció al jurado (institución que en esa época intervenía en los procesos civiles en Inglaterra) de su buena fe, esto es, que había creído que Johanna Wagner podía poner término al contrato con Lumley, ya que éste no le había pagado el adelanto acordado. Este insólito resultado tiene una explicación procesal: Gye había reservado su derecho a discutir los hechos ante el jurado con posterioridad a la determinación del derecho y el juez que falló sobre los hechos no formó parte del panel que se había pronunciado sobre el derecho. Pero si los hechos hubiesen sido acreditados al comienzo del juicio, es probable que Gye habría sido condenado a resarcir a Lumley, pues su omisión en averiguar sobre el contenido del contrato entre Lumley y Johanna Wagner mostraba su negligencia extrema. En los hechos, sin embargo, Lumley perdió el litigio, ninguno de los competidores consiguió los servicios de Johanna Wagner y ésta no percibió honorario alguno²⁷⁴.

16. La inducción al incumplimiento contractual es una forma acotada de responder. En primer término, la interferencia negligente no forma parte del ilícito²⁷⁵. En el *Common Law* los terceros no están obligados a investigar la existencia de contratos ajenos²⁷⁶ ni responden por no haber inquirido si la contraparte se encontraba atada a un contrato anterior susceptible de ser con-

²⁷¹ MYERS (n. 95), *passim*.

²⁷² Hersch LAUTERPACHT, “Contracts to break a contract”, in *Law Quarterly Review*, N° 52, London, 1936, p. 494 and s.

²⁷³ Brown Jenkinson & Co. Ltd. *v.* Percy Dalton (London) Ltd., 1957: Court of Appeal, 3 de Julio de 1957, [1957] 2 *QB* 621, p. 638, juez Pearce.

²⁷⁴ WADDAMS (n. 270), *passim*.

²⁷⁵ Véase (n. 55).

²⁷⁶ Leitch *v.* Leydon, 1931: House of Lords, 24 de noviembre de 1931, [1931] *AC* 90.

tradicho por la convención posterior²⁷⁷. En segundo término, la interferencia debe causar el incumplimiento del contrato. No es suficiente que el demandado convenza al deudor a ejercer su derecho a finiquitar su contrato con el acreedor (como cuando la convención prevé la facultad de terminación unilateral en cualquier tiempo)²⁷⁸ ni tampoco configura este ilícito la interferencia en los tratos preliminares que impide la celebración del contrato proyectado. En tercer término, el demandado debe incitar, inducir o, en general, influir decisivamente en la determinación del deudor de no cumplir. La inducción debe ser la causa directa de la infracción contractual, lo que no sucede si el demandado sólo aconseja al deudor no cumplir, le da razones para tomar tal decisión o le proporciona los medios necesarios para quebrantar sus obligaciones²⁷⁹. Por ejemplo, el fabricante de reproductores de cintas de música no responde como inductor de la infracción de las leyes de propiedad intelectual perpetrada por quienes compran estos equipos para hacer copias piratas²⁸⁰. Con todo, una vez probada la inducción al incumplimiento, el demandado sólo puede eximirse si demuestra haber actuado en el ejercicio de un derecho (real o personal) anterior²⁸¹ o motivado por consideraciones de orden público²⁸². A la inversa, los partidarios de la responsabilidad por interferencia culpable, sugieren aplicar la causal de justificación del ilícito de negligencia, a saber, exonerando al demandado siempre que ello sea “justo y razonable”²⁸³.

²⁷⁷ Simon WHITTAKER, “The Law, (c) Private Law, 10. The Law of Obligations”, in John BELL, Sophie BOYRON and Simon WHITTAKER (edits.), *Principles of French law*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 336, 367 and s. Si se respondiera por la omisión culpable en indagar si acaso el deudor ya estaba contractualmente vinculado, se afectaría de manera grave la autonomía privada y la eficacia del Derecho de los Contratos. De ahí la necesidad del dolo: BARROS (n. 5), pp. 996-997.

²⁷⁸ (1898), p. 121, *lord* Herschell.

²⁷⁹ CARTY (n. 267), p. 492 and s. Véase Herbert L.A. HART and Tony HONORÉ, *Causation in the Law*, 2^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1985, *passim*.

²⁸⁰ CBS Songs... (n. 267).

²⁸¹ No es responsable quien, como consecuencia de ejercer su derecho de garantía sobre un predio, causa la terminación de un contrato entre el dueño de éste y el actor, si éste sabía que su contrato con el terrateniente dependía del crédito que este último había obtenido del demandado, cuyo derecho real tenía preferencia: *Edwin Hill and Partners v. First National Finance Corporation Plc*, 1988: Court of Appeal, 22 de julio de 1988, [1989] 1 *W.L.R.* 225; Richard O'DAIR, “Justifying an interference with contractual rights”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 11, Oxford, 1991, *passim*.

²⁸² Así, actúa lícitamente el empresario que induce a unas vedettes a contratar con él, infringiendo el contrato celebrado por éstas con el demandante para evitar que ellas se prostituyeran dado el exiguo salario que el actor les pagaba. Si el demandante no quiere perder a sus trabajadoras, debe incrementarles el sueldo: *Brimelow v. Casson*, 1923: Court of Chancery, 21 de diciembre de 1923, [1924] 1 *Ch.302*.

²⁸³ HOWARTH (n. 81), *passim*.

Sin embargo, el tercero que interfiere en una negociación o contrato ajeno sin producir su incumplimiento puede en todo caso incurrir en responsabilidad por el delito de interferencia ilícita si, teniendo la intención de perjudicar al demandante, utilizó medios antijurídicos contra un tercero, a consecuencia de lo cual el actor sufre pérdidas económicas. Por ejemplo, el fabricante de los antiguos automóviles GWK había acordado con ARM usar los neumáticos manufacturados por ésta y exhibirlos en las ferias comerciales. La noche anterior a una importante exposición, empleados de Dunlop, su competidor, reemplazaron en un par de automóviles GWK los neumáticos ARM por los Dunlop. ARM demandó de perjuicios a Dunlop, acreditando que ésta había actuado a sabiendas de la exclusividad otorgada a ARM: Dunlop fue declarada responsable²⁸⁴. Estos hechos han sido calificados como un caso de interferencia ilícita en negocio ajeno. Por un lado, al remover los neumáticos ARM e instalar los propios, Dunlop cometió un *trespass* contra GWK, causando un perjuicio patrimonial a ARM. Por otro lado, Dunlop actuó con la intención de dañar a ARM, no como fin sino como medio de lograr su éxito comercial²⁸⁵.

Como se aprecia, la inducción al incumplimiento y la interferencia ilícita en negocios ajenos son delitos civiles más circunscritos y respetuosos de la libertad de competir que la responsabilidad por interferencia contractual en Francia y, sin duda, que en Estados Unidos, donde ella ha alcanzado niveles desproporcionados. De acuerdo con la jurisprudencia estadounidense no sólo responde quien interfiere culpablemente un contrato ajeno²⁸⁶ sino, también, quien persuade al deudor a ejercer su derecho a terminar en forma unilateral su pacto con el acreedor y quien interfiere en los tratos preliminares. Así, el demandado que legítimamente puso término a su contrato con su contratista, provocando que éste terminara de manera lícita el suyo con el actor fue condenado como autor de una interferencia intencional²⁸⁷. No obstante que algunos juristas han respaldado esta sentencia, aseverando que el demandado actuó dolosamente al poner término al contrato como una medida de represalia contra el actor²⁸⁸, para otros autores este fallo desalienta la libertad comercial al responsabilizar a quien sólo indujo a un tercero a ejercer su facultad contractual de terminar el convenio con el actor²⁸⁹. Asimismo, en

²⁸⁴ G.W.K. Ltd. v. Dunlop Rubber Co. Ltd., 1926: Court of Appeal, 1926, (1926) 42 T.L.R. 376.

²⁸⁵ OBG v. Allan... (n. 41), §§ 22-25, *lord Hoffmann*.

²⁸⁶ Véase (n. 58).

²⁸⁷ Alyeska Pipeline Service Company v. Aurora Air Service Inc., 1979: Supreme Court of Alaska, 28 de diciembre de 1979, 604 P.2d 1090.

²⁸⁸ WOODWARD (n. 97), *passim*.

²⁸⁹ MYERS (n. 95), *passim*; Tony WEIR, *Economic Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 64.

un pleito de mayor repercusión, Texaco fue obligada a pagar a Pennzoil la estrafotérica suma de siete billones quinientos mil dólares estadounidenses por daños compensatorios y tres billones por daños punitivos, por interferir intencionalmente en el proyecto de fusión que Pennzoil estaba discutiendo con Getty, un conglomerado de empresas petroleras²⁹⁰. Prestigiosos académicos han criticado enconadamente este veredicto, indicando que Texaco sólo había formulado una mejor oferta a Getty, la que ésta aceptó²⁹¹. Como se ha sostenido por décadas, el solo hecho de frustrar o perturbar una mera expectativa de negocio es parte de la legítima competencia y sólo debería generar responsabilidad si el demandado ha actuado con dolo y medios ilícitos, por ejemplo, en forma anticompetitiva²⁹².

Para evitar una responsabilidad demasiado invasiva, la doctrina llama a confinar el delito de inducción al incumplimiento contractual a situaciones fácticas similares a los hechos del juicio *Lumley v. Gye*. De este modo, debe tratarse de un contrato *intuitu personae* (cuyo objetivo recae en bienes o servicios no fungibles). Asimismo, dicho contrato debe incluir una cláusula de exclusividad válida (limitada temporal y espacialmente), la que restrinja la libertad del deudor de competir con el acreedor o de prestar sus servicios a la competencia, pues sólo de esta forma el derecho del acreedor a la prestación prometida por el deudor tiene preferencia sobre la opción del deudor de incumplir resarcido a cambio al acreedor. Enseguida, el tercero debe inducir al deudor a infringir su contrato con el acreedor. En fin, la única manera de impedir que el deudor incumpla el contrato y que el tercero se enriquezca a costa del acreedor debe ser prohibiendo judicialmente al deudor trabajar o prestar sus servicios a los rivales de aquél²⁹³. Según se ha visto²⁹⁴, la jurisprudencia anglosajona es contraria a forzar la ejecución de obligaciones de hacer y considera la indemnización de perjuicios como inadecuada para

²⁹⁰ *Texaco v. Pennzoil*, 1987: Court of Appeals of Texas, 27 de mayo de 1987, 729 S.W.2d 768.

²⁹¹ WEIR (n. 289), *passim*; Roderik BAGSHAW, “Inducing breach of contract”, in Jeremy HORDER (edit.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford, Oxford University Press 2000, pp. 138-139; DOBBS (n. 62), pp. 1.261 and 1.275.

²⁹² SAYRE (n. 96), *passim*; Charles CARPENTER, “Interference with contractual relations”, in *Harvard Law Review*, N° 41, Cambridge (Massachusetts), 1928, p. 728 and s.; John DANFORTH, “Tortious interference with contract: a reassertion of society’s interest in commercial stability and contractual integrity”, in *Columbia Law Review*, N° 81, New York, 1981, *passim*; PERLMAN (n. 106), p. 95 and s.; KEETON (n. 232), p. 981 and s.

²⁹³ DOBBS (n. 50), pp. 373-374; PERLMAN (n. 106), pp. 86-87 and 92; EPSTEIN (n. 38), p. 30 and s.; Deepa VARADARAJAN, “Tortious interference and the law of contract: the case for specific performance revisited”, in *Yale Law Journal*, N° 112, New Haven (Connecticut), 2001, pp. 735-760; WADDAMS (n. 270) y HOWARTH (n. 81), *passim*.

²⁹⁴ Véanse (n. 70-73).

remediar el incumplimiento de un pacto de no competir²⁹⁵. Sin embargo, ella es proclive a impedir la infracción de las cláusulas contractuales válidas de no competir²⁹⁶, aunque Johanna Wagner no fue obligada a cantar para Lumley, se le prohibió cantar para Gye²⁹⁷.

IV. REFLEXIONES FINALES

17. Como se ha sostenido, la jurisprudencia chilena debería supeditar la responsabilidad civil por interferencia contractual a la intención de dañar o a la grave desconsideración de los intereses del demandante, imitando a los sistemas angloamericano y alemán²⁹⁸. Adhiriendo a este criterio, el presente artículo ha mostrado que la interpretación de las reglas de responsabilidad civil más coherente con la libertad de competir presupone exigir un elemento subjetivo, en contraposición a la mera negligencia, y también ha llamado a tipificar las distintas hipótesis específicas que pueden desencadenar la responsabilidad. En nuestro Derecho dicho elemento subjetivo es el dolo, y la culpa grave que se equipara a aquél, sin necesidad de utilizar el dolo eventual, categoría ésta propia del Derecho Penal y equivalente a la culpa lata del Derecho Civil²⁹⁹. Por el contrario, una responsabilidad por culpa a secas contradice la esencia misma de la actividad competitiva. Quienes rivalizan en un mercado se perjudican en forma natural e inexorable, de modo que su actuar no está ni puede estar sujeto a un deber de cuidado recíproco. En consecuencia, es imperativo calificar el principio *alterum non laedere* en sintonía con la libertad de competir mediante el dolo o la culpa lata del demandado.

Es efectivo que la responsabilidad civil entre competidores también puede resultar delimitada al rechazarse las demandas en razón de que el daño no ha sido acreditado, es meramente eventual o indirecto (por ausencia de la causalidad). Ésta es una técnica válida que la jurisprudencia francesa y la nacional acostumbran emplear respecto del daño patrimonial, en particular

²⁹⁵ Doherty v. Allman, 1878; House of Lords, 2 de abril de 1878, (1878) 3 App.Cas. 709.

²⁹⁶ Marco Productions Ltd. v. Pagola, 1944; King's Bench Division, 20 de noviembre de 1944, [1945] K.B. 111.

²⁹⁷ Véanse (n. 268-269).

²⁹⁸ GONZÁLEZ (n. 6), *passim*.

²⁹⁹ Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch 1981, vol. I: Parte general, p. 783; Enrique CURY URZÚA, *Derecho Penal*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, vol. I: Parte general, p. 295; Claus ROXIN, *Derecho Penal*, traducción de la 2ª ed. alemana, Diego-Manuel Luzón *et al.*, Madrid, Civitas 1997, tomo I: Parte general, p. 1.025; Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, Lima, Ara Editores 2004, tomo I, p. 955 y s.; BARROS (n. 5), pp. 158-160.

tratándose del lucro cesante. Sin embargo, la correcta comprensión del fenómeno competitivo conduce lógicamente a descartar la responsabilidad entre rivales fundada en la culpa pura y simple. No es lo deseable ni satisfactorio que la responsabilidad civil sea desestimada en atención a que el daño es incierto o remoto si se parte de la errónea premisa de que los contendores están obligados a no dañarse con mera negligencia. En efecto, según se ha podido apreciar en la doctrina comparada revisada en este artículo, la libertad de competir y la seguridad en las transacciones comerciales se verían seriamente comprometidas si los competidores respondiesen por los daños que se ocasionan de modo accidental o culpable.

En nuestro medio, Enrique Barros ha sugerido que una responsabilidad civil circunscrita a la inducción del incumplimiento contractual es congruente con el efecto relativo de los contratos y la libertad de competir, incumbiendo a los juristas refinar los criterios que permitan discriminar entre las formas lícitas y las desleales de competir. Por ejemplo, mientras la interferencia con una cláusula de no competir puede o no dar lugar a responsabilidad, la intervención con un contrato que protege derechos de propiedad intelectual (confiriendo un monopolio sobre bienes intangibles y un privilegio para desarrollar una actividad económica determinada con exclusividad)³⁰⁰ debiese considerarse como un acto ilícito si el demandado buscó aprovecharse de información confidencial por la que el demandante había invertido una suma elevada. Es necesario identificar qué conductas son reprochables mediante la responsabilidad civil. Por lo pronto, no todo contrato interferido es digno de protección; no al menos los contratos ilegales (*v.gr.*, anticompetitivos) y las relaciones precarias o inestables (como los convenios cuyas partes pueden ponerles término unilateralmente, en cualquier momento y a su sola voluntad)³⁰¹.

18. Siguiendo estas indicaciones, el presente ensayo ha mostrado que la operación armónica del contrato, la propiedad, la libre competencia y la responsabilidad civil presupone restringir esta última a los comportamientos intencionales, como acontece con la inducción al incumplimiento contractual y la interferencia ilícita en negocios ajenos. En cambio, el derrotero avanzado por la jurisprudencia francesa, de responsabilizar a quien interfiere a sabiendas con un contrato ajeno, bastando la culpa, puede constreñir excesivamente la libertad comercial de los terceros. A la inversa, el procedimiento propuesto en este trabajo permite contrapesar de manera razonable la responsabilidad civil con esa libertad. Además, este método tiene asidero en la ley N° 20.169, cuyo artículo 4, letra (f), incluye como un acto de competencia desleal “toda

³⁰⁰ Pablo RUIZ-TAGLE VIAL, *Propiedad intelectual y contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 264 y 328.

³⁰¹ BARROS (n. 5), pp. 997-999.

conducta que *persiga inducir* a... contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor”. No definiendo la ley los términos en itálicas, cabe entenderlos en su sentido natural y obvio; siendo sus acepciones más pertinentes las de “tratar de conseguir o alcanzar algo” (perseguir) e “instigar, persuadir, mover a alguien” (inducir). Así, la conducta consiste en intentar persuadir a un contratante a infringir sus obligaciones. El vocablo central, ‘tratar’, es concebido como “procurar el logro de algún fin”, en tanto que ‘procurar’ es sinónimo de ‘pretender’ o ‘intentar’³⁰². Por ende, esta práctica desleal envuelve la intención positiva del agente de mover al deudor a no cumplir sus obligaciones contractuales. No es exactamente el dolo definido en el art. 44 del *CC*, porque la intención de dañar al competidor no forma parte de la descripción o tipo legal. Pero es un dolo que se relaciona con el fin de que el autor quiere y busca conseguir.

En concreto, los tribunales chilenos debieran distinguir dos situaciones disímiles. Primero, la inducción al incumplimiento contractual, la que supone que el demandado actúe con la intención de causar que el deudor incumpla sus obligaciones en perjuicio del acreedor. Enseguida, tanto la interferencia en contrato ajeno que no provoca su infracción, pero entorpece el cumplimiento, como la interferencia que imposibilita la formación de un futuro contrato, requieren la intención del autor de dañar al demandante o la culpa lata. El contenido del dolo varía según el nexo causal entre el hecho ilícito y su repercusión: el que persuade a otro a no cumplir desea, procura y materializa directamente ese efecto; el que previene el cumplimiento de un contrato o frustra aquél que se proyectaba celebrar, quiere, persigue y causa de manera directa el perjuicio del demandante. Sin embargo, el dolo no se restringe a la malicia: también abarca el resultado buscado como un medio para conseguir un fin mediato, normalmente el propio enriquecimiento³⁰³. Pero no es necesario acreditar el dolo si se demuestra la culpa lata³⁰⁴.

En definitiva, como asevera el profesor Alejandro Guzmán Brito, la cuestión de fondo estriba en identificar las situaciones fácticas que nutren a conceptos jurídicos indeterminados, tales como el abuso del derecho y la buena fe. El mayor grado de tipificación refleja un nivel más elevado de desarrollo jurídico³⁰⁵. En realidad, no es coincidencia que el Derecho Romano

³⁰² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 236).

³⁰³ ALESSANDRI (n. 4), pp. 163-164; BARROS (n. 5), pp. 158-160.

³⁰⁴ Cristián BANFI DEL RÍO, “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, Santiago, 2000 pp. 291-330 y BANFI (n. 85), *passim*.

³⁰⁵ Alejandro GUZMÁN BRITO, “Comentarios”, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI (edit.), *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tercera parte, p. 316 y s.

Clásico sea considerado como un paradigma y, guardando las proporciones, ello también parece predicable del *Common Law*.

19. En conclusión, los tribunales nacionales debieran balancear el derecho a competir contra el derecho a ser indemnizado por los daños emanados de la rivalidad comercial. En este ámbito, el hecho de sufrir un perjuicio por sí solo no convierte al afectado en “víctima” habilitada para impetrar su reparación. La competencia justifica el daño, aun si es infligido en forma negligente. Por el contrario, el perjuicio económico causado con dolo o culpa grave denota un comportamiento abusivo y desleal, que traspasa el límite de lo permisible entre competidores.

Este ensayo ha demostrado que el extendido principio de responsabilidad por culpa debe ser templado mediante la exigencia no sólo de la mala fe sino también del dolo o, en último término, de la culpa lata del demandado. El dolo, elemento subjetivo recogido en la ley especial que regula la competencia desleal, es una condición básica para atribuir la responsabilidad por los daños provenientes de las prácticas desleales. Éste es el método que, dentro del actual marco normativo, hace posible aplicar la responsabilidad civil (como instrumento de compensación, de prevención e, implícitamente, de sanción) en forma congruente con la libre competencia.

EL VICIO DE LA COSA COMPRADA. LA NOCIÓN DE VICIO REDHIBITORIO EN EL RÉGIMEN DE SANEAMIENTO DEL *CÓDIGO CIVIL* Y LA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

*Francisca María Barrientos Camus**

INTRODUCCIÓN

El supuesto de hecho que activa la protección del comprador en el ámbito civil es la existencia de un vicio¹ en la cosa. Lo mismo ocurre en sede del consumo, la existencia de una anomalía, falla, desperfecto o tara da lugar a una serie de remedios regulados en los artículos 19, 20 y 21 de la Ley.

En ambos casos se trata de una cosa que no sirve, que tiene una anomalía que la hace impropia para su uso. Son problemas de calidad de las cosas, en cuyo caso responde el vendedor.

En nuestro medio nacional, siguiendo la tendencia comparada, se ha escrito que el supuesto de hecho que activa la garantía legal se basa en los vicios redhibitorios de la compraventa.

En este sentido, la noción de vicio en materia de consumo se acercaría a la compraventa civil, pero con ciertas particularidades. Hernán Corral estima que el supuesto de hecho de la garantía legal de la Ley se asimilaría al vicio de las acciones edilicias del *Código Civil*, pero con ciertos matices².

* Profesora de Derecho Civil y Derecho Privado del Consumo, Universidad Diego Portales. Investigadora de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.

¹ En este trabajo no se emplea la denominación ‘defecto’ como sinónimo de ‘vicio’ por considerarla una noción diferente. El vicio, en términos generales, obedece a un problema de idoneidad o calidad de la cosa. En cambio, el defecto responde al problema de seguridad de los bienes y servicios de consumo masivo. La acepción ‘defecto’ es propia del sistema de responsabilidad por productos defectuosos, cuyo responsable es el fabricante.

² Hernán CORRAL TALCIANI, “Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 3, Santiago, 1999, p. 182 y ss.

Desde otra perspectiva, Bruno Caprile³ sugiere que el régimen instaurado en las garantías del consumo comprendería una noción que va más allá del vicio redhibitorio. En realidad, el supuesto de hecho que activa la protección del consumo se acercaría a lo que se conoce como falta de conformidad, que integra la noción de vicio civil y otros supuestos propios del régimen de incumplimiento general.

En este trabajo se discurre sobre estas propuestas. A través del examen de la noción de vicio civil y sus dos sentidos se estudiará si éste coincide con el supuesto de hecho que regula la LPDC en materia de garantía legal (artículos 19, 20 y 21).

Para ello se revisará la noción de vicio redhibitorio del *Código Civil*. En la primera parte de este trabajo se investigará qué sucede si el comprador pretende un uso especial de la cosa que sea distinto al uso ordinario, ¿puede ampararse en las normas de saneamiento de vicio redhibitorios del *Código Civil*? Por ejemplo, si se compró la cosa para colección. En la segunda parte se examinará qué comprende el vicio en sede de consumo. Si este vicio es igual o excede a la noción de vicio civil contemplada en el artículo 1858 del *Código Civil*.

En definitiva, a lo largo de estas páginas se examinará la noción de vicio en sede civil y vicio en materia de consumo. Se finalizará con una serie de conclusiones.

I. LA DETERMINACIÓN DEL VICIO DE LA COSA COMPRADA

1. La noción de vicio en el *Código Civil*

Con la denominación vicio civil me refiero al vicio redhibitorio regulado en el contrato de compraventa en el artículo 1858 del *Código Civil*. A continuación se estudiará la noción de vicio redhibitorio y su relación con las ausencias de cualidades, a través del examen del vicio en sentido conceptual y funcional.

³ Bruno CAPRILE BIERMANN, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el derecho comparado, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Carlos PIZARRO WILSON (coords.) *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Cristián Larroumet*, Santiago-Bogotá, Fundación Fueyo-Universidad del Rosario, 2008, pp. 561-602 y Bruno CAPRILE BIERMANN, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad”, en Hernán CORRAL y María Sara RODRIGUEZ (coords.) *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007, pp. 629-650.

1.1 La noción de vicio redhibitorio

El *Código Civil* no define qué se entiende por vicio de la cosa. Sin embargo, la definición se extrae de sus requisitos contenidos en el artículo 1858 del *Código Civil*.

En atención a ellos, Arturo Alessandri R.⁴ sostuvo que vicios redhibitorios

“son lo que, existiendo al tiempo de la venta y no siendo conocidos por el comprador, hacen que la cosa sea impropia para su uso natural o que sólo sirva imperfectamente”.

Asimismo, estableció:

“[S]on los que hacen la cosa inadecuada para su uso o inservible y son los que debe sanear el vendedor a fin de proporcionar al comprador la posesión útil de la misma”⁵.

Ésta sería una de las pocas definiciones que existen sobre los vicios redhibitorios, pues esta materia ha sido olvidada por nuestra doctrina nacional. Los estudios comienzan señalando que no existe una definición de vicio redhibitorio⁶ y, luego, se examinan sus requisitos (contemporáneo, grave y oculto)⁷.

De la definición de vicio redhibitorio es posible sostener que se trata una transcripción descriptiva que hace alusión a sus requisitos, sobre todo a la gravedad del vicio. Se toma en consideración la posesión útil de la cosa, para

⁴ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compra venta i de la promesa de venta*, Santiago, Imprenta Litografía Barcelona, 1918 y Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compraventa y de la promesa de venta*, reimpresión, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo II, vol. N° 1 y 2 p. 186. Las citas que se efectúan en este trabajo han sido tomadas de la obra reimpresa del año 2003.

⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 4), p. 182.

⁶ Raúl Díez DUARTE, *La compraventa en el Código Civil chileno*, 2ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1993, p. 167 y ss.; Ramón MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, 9ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, tomo I, p. 73.

⁷ También advierten esta idea, Jorge OVIEDO ALBÁN, “Sobre el concepto de vicio redhibitorio en la compraventa. Análisis comparado de la jurisprudencia chilena y colombiana”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 2, Santiago, 2010, p. 243 e Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “A propósito del artículo 1861”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 455.

ligar el saneamiento de los vicios redhibitorios con la obligación de entrega del comprador (lo que reza el contrato) contenida en el artículo 1828 del *Código Civil*, porque para Arturo Alessandri R. la acción que protege al comprador (*actio redhibitoria*) tiene naturaleza resolutoria y no de nulidad por error⁸.

En definitiva, el elemento preponderante del vicio es que la cosa no sirva para su *uso natural*. Se trata de un problema de idoneidad. O sea, se afecta la calidad de la cosa comprada, toda vez que el *Código Civil* señala que el vicio afecta al *uso natural* de la cosa.

Frente a esto, surge la pregunta, ¿qué sucede si el comprador pretende un uso especial de la cosa que sea distinto al uso ordinario? Por ejemplo, si se compró la cosa para colección. Con independencia si el vicio imposibilita su uso natural, bajo este supuesto el problema se presenta porque la cosa no sirve para coleccionarla. Así, sería posible sostener que también hay un vicio redhibitorio si la cosa no sirve para este uso especial, y de ser así, es necesario determinar si esta nueva noción de vicio redhibitorio afecta en algo a la del ámbito del consumo. Éstas son las interrogantes que intentaré despejar a lo largo de esta exposición.

Este uso especial que le destina el comprador se conoce como ausencia de cualidades. En primer lugar, analizaré esta noción para ver si se integra al concepto de vicio civil. Y luego, revisaré cuál es la concepción que existe en el ámbito de consumo sobre el vicio que afecta a la cosa, y si es que las ausencias de cualidades se encuentran dentro de ella.

⁸ Por razones de tiempo no me referiré al problema que presenta la determinación de la naturaleza jurídica de las acciones edilicias. Sin perjuicio de ello, señalaré que en Chile la doctrina tradicional a partir de Arturo Alessandri (1918) sostuvo que la acción redhibitoria tenía naturaleza resolutoria. En su concepto, aquí hay una inejecución de la obligación del vendedor que acarrea la resolución, no la rescisión, en ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 4), p. 218.

En la actualidad esto ha sido discutido, al entender que la acción redhibitoria es una acción de nulidad. Por ende, el vicio de la cosa comprada obedece a un supuesto de error en la sustancia. Jorge Baraona sostiene: “la acción redhibitoria es una acción propiamente de rescisión, término que debe entenderse en el sentido técnico que le atribuye el Código en el título 20º de su libro IV, esto es, como el efecto propio de un acto que adolece de un vicio de nulidad relativa, cuya consecuencia es que el acto debe entenderse como ineficaz, dando derecho a las partes para volver al estado anterior al que se encontraban de no haberse celebrado el acto o contrato que rescinde”, en Jorge BARAONA GONZÁLEZ, “La acción redhibitoria como acción de nulidad”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2008, p. 660 y para Alejandro Guzmán Brito, la naturaleza de la acción redhibitoria en que se solicita la devolución de lo pagado, se acerca más a una rescisión que a una resolución, en Alejandro GUZMÁN BRITO, “Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a la prescripción”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, Santiago, diciembre 2007, p. 102 y ss.

1.2 El vicio material y la ausencia de cualidades

Si se entiende por vicio de la cosa sólo su uso natural, no cabrían dentro de este supuesto los usos especiales que el comprador quiere para esa cosa, conocido como ausencia de cualidades. En este caso se habla de vicio en sentido material.

Para determinar si son procedentes las ausencias de cualidades dentro de la noción de vicio civil, lo primero que hay que señalar es que la noción de vicio se encuentra presente en los códigos de tradición decimonónica⁹.

⁹ En realidad, es por todos sabido que la noción de vicio redhibitorio proviene del Derecho Romano. Es obra del Derecho Pretorio que, a propósito de la venta en ferias de esclavos y ganado, tipificó en tablas ciertos defectos materiales. Los ediles curules responsabilizaron a los vendedores por los vicios desde la época de la entrega sin necesidad de hacer promesas especiales, como debía ser según el Derecho Civil.

En Roma, el vendedor respondía por el vicio de los esclavos y el ganado hasta seis meses y un año contados desde la entrega de la cosa. La forma de proteger al comprador era a través de las acciones edilicias: la acción redhibitoria *actio redhibitoria* y la acción de rebaja del precio *actio quanti minoris*. De conformidad al Edicto de los ediles curules el vendedor debía hacer saber al comprador las enfermedades y los defectos físicos o morales de los animales o esclavos al tiempo del contrato. Para mayor información véase entre otros, Reinhard ZIMMERMANN, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción Esther Arroyo Amayuelas, Barcelona, Editorial Bosch, 2008, p. 87 y ss. En Chile, véase Alejandro GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo II, p. 149 y ss.

Ésta es la tradición que se conservó en el *Corpus Iuris Civile* y que fue conocido por Jean Domat y Robert Pothier, quien insertó el régimen de saneamiento de la cosa en el Derecho de Obligaciones. Desde la época de Robert Pothier, una parte de la doctrina comparada entendió que la presencia de un vicio en la cosa configura un incumplimiento de las obligaciones del vendedor que daba derecho al comprador a ejercer la acción resolutoria. Así, quedó recogido en el *Code* a propósito de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, y luego en nuestro *Código Civil*. Sin embargo, la doctrina se dividió en este tema. Algunos siguieron a Robert Pothier al calificar la acción redhibitoria como resolutoria. Otros estimaron que el régimen de saneamiento debió encuadrarse con el de la nulidad por error. Y una tercera vertiente consideró que se trataba de un régimen especial de garantía del vendedor, que no se inserta dentro del sistema de las obligaciones. Curiosamente las antiguas discusiones que hubo en la doctrina francesa y española no tuvieron repercusión en nuestro medio nacional. Una detallada exposición de la doctrina francesa y española de los siglos XIX y XX que concibieron al vicio un supuesto de error y resolución, en Nieves FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1996, pp. 118-137.

En Chile desde la época de Arturo Alessandri R. se ha entendido (y enseñado) que la acción redhibitoria es resolutoria, sin generar mayores dificultades doctrinales. Recientemente algún sector se ha cuestionado esto y ha explicado que la acción redhibitoria tendría naturaleza rescisoria. Es decir, sería una clase de acción de nulidad. En esta línea, BARAONA GONZÁLEZ (n. 8), pp. 659-669 y Jorge BARAONA GONZÁLEZ, “Nulidad: ¿porqué relativa?”, en Hernán CORRAL

Así, el *Code*¹⁰ alude a los vicios redhibitorios como los defectos ocultos de la cosa vendida que la hicieran impropia para el uso, pero agrega al cual estaba destinada. También el *Código Civil* español recoge la noción de defectos ocultos de la cosa en el artículo 1484¹¹. En ambos códigos se manifiesta la idea de que el comprador destina la cosa. Por su parte, el *Codice* italiano de 1942 regula la noción tradicional de vicio redhibitorio¹². Además, incluye en otra norma el supuesto de ausencia de cualidades¹³, amparando a cada una de ellas con acciones diversas. En el caso de los vicios redhibitorios se otorgan las clásicas acciones edilicias y, para las ausencias de cualidades se otorga la acción resolutoria ordinaria.

Dicho esto es posible ver que existe una íntima conexión entre el vicio y la ausencia de cualidades. Por estas distinciones, se han elaborado dos conceptos de vicio redhibitorio. Una primera noción conocida como vicio en sentido conceptual, propia de los primeros comentaristas franceses y, otra más moderna, conocida como vicio en sentido funcional.

A continuación, se examinará qué comprende la noción de vicio redhibitorio y la ausencia de cualidades, a través del estudio del concepto de vicio en sentido conceptual y funcional. Para ello acudiré a la doctrina comparada, especialmente española, que cuenta con gran desarrollo de este tema.

y María Sara RODRÍGUEZ (coords.) *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007, pp. 539-548 y GUZMÁN BRITO (n. 8), pp. 95-119.

¹⁰ Artículo 1641 del *Código Civil* francés: “Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l’usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l’acheteur ne l’aurait pas acquise, ou n’en aurait donné qu’un moindre prix, s’il les avait connus”.

¹¹ Artículo 1484 del *Código Civil* español: “El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”.

¹² Artículo 1490 del *Código Civil* italiano: “Garanzia per i vizi della cosa venduta. Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all’uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa”.

¹³ Artículo 1497: “Quando la cosa venduta non ha le qualità promesse ovvero quelle essenziali per l’uso a cui destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento (1453 e seguenti), purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi.

Tuttavia il diritto di ottenere la risoluzione soggetto alla decadenza e alla prescrizione stabilite dall’Articolo 1495 (att. 172)”.

a. La noción de vicio conceptual de vicio

Hay quienes prefieren separar la noción de vicio con la ausencia de cualidades. Así sólo sería un vicio, la anomalía en sentido conceptual. O sea, son vicios los defectos los que hacen que la cosa no sirva para su uso natural o sirve imperfectamente (artículo 1858 N° 2). Lo que comprende sólo el requisito de la gravedad del vicio.

La noción conceptual de vicio no integra las cualidades especiales ni la destinación que efectúa el comprador. Sólo se atiende al uso de la cosa.

En España, explica José R. de Verda y Beamonte¹⁴ que los concretos propósitos son tomados en cuenta a posteriori, una vez constatada la existencia del vicio, para ver la posibilidad de ejercer las acciones edilicias.

Asimismo, Susana Navas, que hace la distinción entre vicio y ausencia de causalidades, reconoce que estas categorías son diferentes, y que excepcionalmente se pueden integrar. Comenta:

“[L]a alteración de una cualidad, que se integra en la forma y la sustancia de la cosa, supondría un vicio cuando repercuta en su uso haciéndolo disminuir o desaparecer; mientras que la ausencia de una cualidad añadida ex voluntate si no afecta al uso será simplemente ausencia de cualidades”¹⁵.

De este modo, la ausencia de cualidad no supone nunca un vicio, salvo que esa ausencia de cualidades afecta a los usos ordinarios de la cosa. Por esta razón, la ausencia de cualidades da lugar al ejercicio de nulidad por error, pero no supone nunca el incumplimiento de la obligación de entrega.

Sobre la base de lo expuesto es posible señalar que en Chile la situación es similar. El artículo 1858 N° 3 del *Código Civil* señala: “la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente”. Como se aprecia, nuestro *Código* en ninguna parte se refiere al destino o los usos del comprador, a diferencia de la normativa francesa y española. Incluso, en los primeros proyectos del *Código* se hacía referencia en el 1^{er} inciso del artículo 1858 a

¹⁴ Este autor pone como ejemplo la compra de un vehículo antiguo que tiene frenos averiados. Según la noción conceptual de vicio, en este caso sí se trata de un vicio toda vez que la cosa no sirve para su uso natural, pero tal vicio no tiene la suficiente entidad como para ejercer las acciones edilicias, en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, *Saneamiento de los vicios ocultos*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2004, p. 25.

¹⁵ Susana NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de la obligación de dar*, Madrid, Editorial Reus, 2004, p. 77.

las cualidades, lo que se cambió y quedó como redacción definitiva la voz *cualidades*¹⁶.

Por ello, podría pensarse que nuestra concepción de vicio redhibitorio obedecería a un criterio conceptual, que no incluye las cualidades especiales que pretende el comprador. Lo único que se toma en consideración es el hecho que si el comprador hubiera conocidos los vicios no hubiera comprado la cosa o, bien, la hubiera comprado a mucho menos precio.

En este sentido, Arturo Alessandri R. consideraba que la expresión uso natural se refería a lo que ordinariamente estaba destinada la cosa. De manera que si el defecto impedía ese uso natural habría lugar a las acciones edilicias, pero si el comprador lo destinaba a un uso especial o particular, no. En sus palabras:

“[L]a cosa adolece de un vicio redhibitorio cuando a consecuencia de ese vicio no sirve o sólo sirve imperfectamente para ese uso. De aquí resulta que si aquella es impropia o sirve imperfectamente para otro uso diverso del que se la destina de ordinario, no adolece de vicio redhibitorio, a menos que tampoco sirva para su uso natural; pero si es adecuada para este uso e inadecuada para el que le da el comprador, éste no puede alegar vicio redhibitorio”¹⁷.

Un poco más adelante, el mismo Arturo Alessandri, al explicar el requisito de la gravedad, se refirió a las cualidades especiales, pero las excluyó del ámbito de la obligación de saneamiento. En sus palabras:

“[I]gualmente, la carencia de ciertas cualidades que el comprador creyó encontrar en la cosa y sobre las cuales no convinieron las partes, no es un vicio redhibitorio desde que la cosa sirve perfectamente para su uso natural. Decimos que las parte no hayan convenido en ellos, porque, en caso contrario, esas cualidades constituirían un motivo determinante del contrato y su ausencia importaría un error acerca de una cualidad declarada esencial”¹⁸.

Con esta visión se puede apreciar la tajante separación que existiría entre ausencia de cualidades y vicio redhibitorio. Para Arturo Alessandri si las cua-

¹⁶ En el proyecto de 1842, título XXII, artículo 38, redacción definitiva, pero en su inciso 1 decía *cualidades* por *calidades*. Lo mismo en el proyecto de 1847, artículo 361, red. def., pero su inciso 1 decía aún *cualidades*.

¹⁷ ALESSANDRI (n. 4), p. 196.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 199.

lidades de la cosa comprada se pactan expresamente, se sale del ámbito del incumplimiento de la obligación de saneamiento de la compraventa (artículo 1857 del *Código Civil*) para entrar al campo de la nulidad por error esencial (artículo 1454 del *Código Civil*). Por lo tanto, en los casos en que el comprador pacte ciertas cualidades esenciales en la cosa, y ésta presenta un vicio al momento de la entrega no cabría el ejercicio de las acciones edilicias.

En el fondo, vicio redhibitorio y ausencia de cualidades serían instituciones distintas que no podrían integrarse bajo el alero del vicio. El vicio redhibitorio se fundaría en el incumplimiento de la obligación de compraventa; en cambio, la ausencia de cualidades nacería a partir de una falsa representación de la realidad del comprador que creyó que recibía la cosa con ciertas cualidades especiales. Esto supone, a su vez, que sus naturalezas jurídicas son distintas (resolución y nulidad).

b. La noción funcional de vicio

Tal como se ha visto, en la noción conceptual de vicio se divide el vicio propiamente tal de la ausencia de cualidades, o los propósitos especiales a que se destina la cosa comprada.

Por el contrario, según la noción funcional de vicio (que es más moderna) estas instituciones se unen bajo un concepto amplio de vicio que integra el uso normal de la cosa con los propósitos especiales del comprador. Aquí no sólo se tiene en cuenta el uso de la cosa sino que, además, el uso previsto por el comprador que expresamente lo señala al momento (o antes) de celebrar el contrato.

En España esta noción ha sido defendida por Rodrigo Bercovitz¹⁹ al tratar la naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria, al señalar que no hay base para distinguir entre cualidades y vicios de las cosas. Que ambas se encuentran integradas en la noción de vicio redhibitorio del *Código* español.

Por su parte, Antonio M. Morales Moreno, también se muestra partidario de incluir ambas categorías bajo la noción de vicio, alejando a la ausencia de cualidades de la nulidad. En sus palabras:

“[E]n un orden práctico los vicios de la cosa suponen también ausencia de cualidades, ya que las cualidades importan en Derecho, no tanto

¹⁹ Conviene que señalar que este autor identifica los supuestos de *aluid pro alio* con la ausencia de cualidades, y en esta parte estudia las acciones edilicias en la compraventa de cosa genérica, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La naturaleza jurídica de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. N° 22, N° 4, Madrid, 1969, p. 819.

por su naturaleza, cuanto por la influencia en la utilidad que la cosa debe prestar”²⁰.

Igualmente Antonio Orti²¹ defiende la noción de vicio funcional o finalista que permite calificar como vicio la cosa que no sirve para el uso a que esté destinado. También José R. de Verda y Beamonte²² se muestra partidario de defender la noción de vicio funcional, efectuando una aproximación entre el régimen legal de saneamiento con el incumplimiento general. Este autor critica a la noción conceptual, señalando que en la realidad se adquieren las cosas en vista al uso que el comprador quiso para ellas.

En el fondo, todas estas interpretaciones integran la noción de saneamiento del vicio al régimen general de incumplimiento abandonado el ámbito de la nulidad por error. Se trata de defender una visión más amplia de incumplimiento que supone tomar en consideración los intereses del acreedor.

Si bien, Arturo Alessandri se mostró partidario de lo que ahora denominamos vicio en sentido conceptual, tal como se mencionaba con anterioridad, hay que señalar que más adelante, a propósito de la gravedad del vicio²³, sí contempló la posibilidad de que el vicio también sea funcional. En efecto, señalaba que la noción de ausencia de cualidades se puede integrar a la de vicio redhibitorio del siguiente modo:

“[P]ero si el comprador hace saber al vendedor que la cosa va a ser destinada a un uso diverso del natural y éste la vende a sabiendas del uso a que va a destinarse, hay un vicio redhibitorio si resulta inadecuada para ese fin, porque las partes convinieron en vender y comprar la cosa para que se empleara en tal objeto”²⁴.

Con todo, estimo que Arturo Alessandri era partidario de dividir el vicio con la ausencia de calidad. Sin embargo, del párrafo expuesto es posible sostener que sí contempló la posibilidad de aunar las ausencias de cualidades

²⁰ Antonio Manuel MORALES MORENO, “El alcance protector de las acciones edilicias”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. N° 33, N° 3, Madrid, 1980, p. 652.

²¹ Antonio ORTÍ VALLEJO, *La protección del comprador por defecto de la cosa vendida*, Granada, Ediciones TAT, 1987, p. 36 y Antonio ORTÍ VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 8-52.

²² DE VERDA Y BEAMONTE (n. 14), p. 33.

²³ Con anterioridad, se analizaba si el vicio de que adolece la cosa no la hace impropia para su uso natural ni la hace servir tampoco imperfectamente para ese uso el vicio no es redhibitorio.

²⁴ ALESSANDRI (n. 4), p. 197.

al vicio, pero de manera excepcional. Entonces, lo determinante estriba en el uso, sea el natural o aquél que le destina el comprador. Si la cosa resulta inadecuada para el fin que le destina el comprador hay un vicio redhibitorio.

Más allá de esto, me parece que hay argumentos para defender que en nuestro *Código Civil* se adopta una noción funcional de vicio.

c. El *Código Civil* ampara la noción de vicio en sentido funcional

Aun cuando nuestra norma nacional no se refiera de forma expresa al uso que le destina el comprador es posible admitir (por la vía interpretativa) que, de lege lata la noción legal vicio es funcional. Ello, por las siguientes razones.

- a) Si, se acepta que en el artículo 1858 del *Código Civil* se contempla una noción conceptual de vicio, ésta se puede ampliar en virtud de lo dispuesto en el artículo 1863, al entender como ausencia de cualidades los vicios que naturalmente no lo son. Aquí, la palabra natural estaría tomada en sentido de uso ordinario, o a lo relativo a la naturaleza o conforme a la *cualidad* o propiedad de las cosas²⁵.
- b) Ayuda a esta conclusión, el examen jurisprudencial que efectúa Jorge Oviedo, en virtud del cual concluye que la noción de vicio redhibitorio que adoptan los tribunales chilenos es funcional:

“...consiste en defectos físicos de origen interno o externo por los cuales la cosa no sirva o sirva imperfectamente. Según este concepto, no se genera la acción redhibitoria por la sola presencia del defecto, sino porque a partir de ello se afecte el uso”²⁶.

- c) Además de ello, si se considera que la noción de ausencia de cualidad se condice con la idea de satisfacción del interés del acreedor, que supone una nueva mirada al régimen general de incumplimiento, habría que considerar los esfuerzos interpretativos que ha efectuado Álvaro Vidal²⁷,

²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., www.rae.es

²⁶ OVIEDO ALBÁN (n. 6), p. 262.

²⁷ Álvaro VIDAL OLIVARES, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, Santiago, 2007, pp. 40-41 y, especialmente, Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del ‘Código Civil’ sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007, pp. 495-550 y Álvaro VIDAL OLIVARES, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006.

al contemplar una visión más realista del cumplimiento e incumplimiento del sistema del *Código Civil* de nuestro país.

Este autor propone que el incumplimiento es un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación respecto de la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato. Frente al incumplimiento el acreedor cuenta con sistema articulado de remedios.

Si se relaciona esto con el tema de esta exposición, es posible sostener que la ausencia de cualidades sí comprende la noción de vicio en la cosa, porque se toma en consideración el interés del acreedor. Con este nuevo modelo de obligación, el mismo acreedor puede optar a su conformidad entre los remedios de las acciones edilicias o, incluso, los remedios generales.

Pese a que Álvaro Vidal²⁸ supone que los vicios redhibitorios se encuentran marginados de los efectos generales del incumplimiento, conclusión que no comparto²⁹, me interesa destacar que los enmarca dentro de una concepción amplia de incumplimiento defectuoso de objetos fungibles, que comprende toda falta de conformidad de la prestación.

Tomando como base el planteamiento anterior, pero con los matices expuestos, destaco que el problema de los vicios redhibitorios se funda en la resolución del contrato, no en la nulidad. Me parece una mejor opción dogmática situar a los vicios redhibitorios (incluida las ausencias de cualidades) en sede de resolución. Y, además, encauso el problema de los vicios en una noción más amplia de incumplimiento, que se basa en la noción de falta de conformidad.

En definitiva, me parece que la noción de vicio en el ámbito civil une el uso ordinario de la cosa con los especiales propósitos que formuló el comprador. Por lo tanto, nuestro *Código Civil* recoge la noción funcional de vicio.

Dicho esto, ahora corresponde estudiar la noción de vicio en el ámbito del consumo contemplada en los artículos 19 y 20 de la Ley.

2. La noción de vicio en el ámbito de la ley N° 19.496 de 1997

En la Ley hay una serie de referencias a lo que podría ser el supuesto de hecho que activa la protección del consumidor³⁰. En materia de garantía legal,

²⁸ VIDAL OLIVARES (n. 27), pp. 40-41.

²⁹ No comparto la idea que este régimen sea ajeno al sistema de incumplimiento general, porque sería ajeno al sinalagma de las obligaciones de la compraventa, y también porque se ha tratado de integrar la acción de indemnización de perjuicios del artículo 1861 del *Código Civil* al sistema común.

³⁰ El comprador en sede del consumo se denomina técnicamente consumidor jurídico, que no es sino el adquirente de los bienes o servicios de consumo masivo. Se diferencia del consumidor material que es el que disfruta o utiliza estas cosas (sin adquirirlas).

el artículo 20 contiene siete numerales que contemplan una noción de vicio mucho más amplia que la que contiene el *Código Civil*, que abarca la noción de vicios hasta ciertas anomalías en la ley de los metales. Incluso en esta norma hay supuestos que exceden los límites de la calidad del producto, acercándose a otras materias como la seguridad (artículo 20 letra a) condiciones sanitarias (artículo 20 letra c).

En realidad, de la sola lectura de los numerales del artículo 20 es posible apreciar la amplitud de la protección que se le otorga al consumidor. De lo que se sigue, que el supuesto de hecho es mucho más amplio que en sede civil. En esto el legislador del consumo nacional fue más allá que su fuente española, la LGDCU, de 1984³¹.

Además de ello, hay que señalar que el artículo 19 también contempla un supuesto de vicio que trata los problemas de cantidad de la cosa.

Frente a este panorama corresponde estudiar la sincronía que pueda tener el vicio del consumo con el supuesto de nuestro *Código Civil*. Tal como es posible apreciar, me parece que se trata de supuestos diferentes. El *vicio* en el ámbito del consumo es más amplio que el civil, pues contiene supuestos que van más allá de la calidad de las cosas. También se recogen los vicios de cantidad, la falta de especificaciones y, por cierto, las ausencias de cualidades, tan discutidas en el ámbito civil.

2.1 La noción de vicio del consumo

La noción del vicio en el ámbito del consumo se ha justificado en el régimen de saneamiento de los vicios redhibitorios del *Código Civil*. En el fondo, se dice que la noción de vicio en el ámbito del consumo es la misma que la del *Código Civil*.

Por lo que habría que afirmar que la noción en el ámbito del consumo es la funcional, con las mismas discusiones que se presentan en materia civil. Sin embargo, en el consumo no se presenta este problema, pues como se verá en este ámbito se recoge expresamente este supuesto y, además, se agregan otros que amplían la noción de vicio del consumo.

En Chile, Hernán Corral³² considera que el fundamento de la garantía legal del consumo se encuentra en el régimen de saneamiento de los vicios

³¹ La LGDCU se refiere a los *vicios o defectos originarios* de los bienes de naturaleza duradera (artículo 11 N°3 letra a) o en supuesto como *el objeto no reviste las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviere destinado* (artículo 11 N°3 letra b), que obedecen a problemas de calidad o idoneidad de las cosas.

³² CORRAL TALCIANI (n. 2), p. 182 y ss. Salvo los casos de faltas de especificaciones obligatorias, ofrecidas o convenidas, los cuales podrían integrar el régimen general de incumplimiento o incluso una clase de nulidad por error esencial, *op. cit.*, p. 182.

redhibitorios. Este autor considera que el régimen de la ley concuerda con el *Código Civil*, pero esta coincidencia no es plena. En efecto, señala como diferencias las siguientes:

- a) En cuanto a los defectos del producto. La ley N° 19.496 no exige que los vicios sean ocultos, salvo el caso del artículo 20 letra f). Esto constituye una importante diferencia entre las exigencias del vicio en el ámbito civil y en el ámbito del consumo. En este sentido, el vicio del consumo se configura como una anomalía más amplia que la regulada en el ámbito civil, ya que supone que el vicio no sea apto el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad (artículo 20 letra c), sin necesidad de probar que estaba oculto al tiempo del contrato.
- b) En cuanto al obligado a responder. En materia civil será siempre el vendedor de la cosa, el que tiene un vínculo contractual directo con el comprador. En cambio, en materia de consumo responde, además, del vendedor, el fabricante e importador. Según lo dispone el artículo 21 inciso 5°: la responsabilidad del fabricante es subsidiaria (responde en caso de ausencia del vendedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante).
- c) En cuanto a los derechos que pueden reclamarse. Los remedios o acciones que goza el consumidor son más amplios que las tradicionales acciones edilicias. La garantía legal le da la opción al consumidor de elegir entre la reparación y la sustitución de la cosa³³, que son acciones que ni siquiera están previstas para la compraventa civil.
- d) La indemnización de perjuicios en materia de saneamiento del *Código Civil* procede sólo en el caso del artículo 1861 que exige mala fe de

³³ Si hacemos aplicable la distinción a nuestro medio nacional de las ventas específicas y las ventas genéricas se obtendrá como resultado que en las ventas de consumo sólo se venden cosas genéricas y no específicas. En palabras de Antonio M. Morales Moreno: “[E]l sistema aplicable a la venta genérica es diferente. La entrega de una cosa defectuosa implica, en este tipo de venta, la entrega de una cosa no perteneciente al género. Supone, por tanto, incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida. Esto conduce a que sean aplicables los preceptos generales del incumplimiento de las obligaciones contractuales”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, “La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE”, en Javier LETE ACHIRICA (ed.), *Garantía en la venta de bienes de consumo*, Ponencias de la Conferencia Internacional, Santiago de Compostela, Ediciones Universidad Santiago de Compostela, 2004, p. 42. Por ello es que las acciones de cumplimiento (reparación y sustitución) no caben en el régimen de saneamiento del vicio redhibitorio del Derecho Común, propio de las obligaciones de dar que sólo contemplan la reducción de la cosa y la resolución. En sede del consumo, se contemplan acciones las mismas acciones, pero además se agregan las de cumplimiento, que nacen por las obligaciones de hacer cuando la cosa no es conforme.

parte del vendedor (conocimiento del vicio). En cambio, en sede del consumo, Hernán Corral³⁴ opina que basta que se acredite el defecto (vicio) para que se presuma culpa, con lo cual se trata de una hipótesis general de responsabilidad contractual.

- e) En cuanto al plazo de prescripción (o caducidad) de las acciones. Las acciones redhibitoria caduca en seis meses o un año según si trata de acciones muebles o inmuebles (artículo 1866 del *Código Civil*); y la de rebaja del precio, en un año o dieciocho meses (artículo 1869 del *Código Civil*). En sede del consumo contrario a lo que podría esperarse la protección del consumidor es más leve, pues el plazo para ejercer la garantía es de tres meses o siete días. En el último caso, si se trata de productos perecibles o que por su naturaleza estén destinados a ser usados o consumirse en plazos breves. Esto, desde mi punto de vista, parece contrario al espíritu de la legislación protectora.

Estas diferencias demuestran que, a lo menos desde esta perspectiva, la noción de vicio de la cosa comprada es más amplia que la noción de vicio del *Código Civil*, salvo en el plazo, donde se descuida la protección de los derechos de los consumidores.

Me parece que, además de las diferencias que señala el autor citado, existen otras formas analizar qué comprende el vicio en sede del consumo; y con ello su eventual coincidencia con el régimen civil. Así las cosas, ahora atenderé a la clasificación de los vicios del consumo, según su cantidad (artículo 19) y su calidad (artículo 20).

2.2 Vicios de cantidad

El artículo 19 de la ley le otorga tres remedios al consumidor *cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque*.

Éste es el supuesto de hecho que activa la protección: las diferencias de cantidad. Dicho de otra forma, se trata de un vicio de cantidad. En estos casos el consumidor afectado podrá solicitar cualquiera de estos tres remedios a su elección:

- 1) la sustitución del producto (reposición),
- 2) la bonificación de su valor en la compra de otro producto (resolución), o
- 3) la devolución del precio que ha pagado en exceso (la reducción del precio).

Tal como se aprecia, esta noción no coincide con la noción de vicio del *Código Civil*, que comprende únicamente el problema de calidad, no la can-

³⁴ CORRAL TALCIANI (n. 2), p. 183.

tividad. En este sentido la protección del consumidor se ve más amplia que la civil, que no contiene normas sobre saneamiento en materia de cantidad de las cosas.

En los casos que se venden por cantidad (peso o medida), el *Código Civil* les otorga un estatuto diverso al del saneamiento por los vicios redhibitorios (calidad). Los problemas de cantidad deben estarse a las normas de venta al peso, cuenta y medida (artículo 1821 y siguientes del *Código Civil*) que tratan fundamentalmente materias de riesgos.

Para Arturo Alessandri³⁵ las cosas que se venden, pesan o se miden no dan lugar al saneamiento de los vicios redhibitorios, porque en esta clase de mercaderías se fija en el precio relación a su peso, número o a la medida efectiva. Además, agrega que sería muy fácil constatar estos defectos al tiempo de la venta.

En el mismo sentido, Jorge Oviedo al estudiar la jurisprudencia chilena y colombiana sobre vicios redhibitorios opina que los vicios de cantidad no dan lugar al saneamiento de los vicios redhibitorios. En sus palabras:

“[A]sí, aunque no encontramos un caso similar que hubiese sido discutido por los tribunales chilenos, deducimos que en las faltas de cantidad, integridad y extensión del bien, no se verifica ni el elemento material ni el funcional para calificarlas como vicio redhibitorio, por lo tanto, se trata de un supuesto de otra acción, que como lo señaló el fallo citado, constituyen un supuesto de incumplimiento atacable conforme a las reglas generales”³⁶.

Pero actualmente en la contratación moderna las cosas no se venden al peso cuenta o medida, sino que concurre una larga cadena de distribución del producto hasta que llega a manos del consumidor. Se venden cosas por cantidades, pero podríamos decir que se vende en bloque. La única relación directa que tiene el consumidor es con el vendedor, que no sabe ni conoce el proceso de fabricación del bien de consumo. Por lo que pueden existir vicios de cantidad en las cosas de consumo masivo.

A diferencia del supuesto contemplado en la legislación civil, el consumidor no puede contar, pesar o medir la cosa comprada sino hasta que la consume. En este caso sí concurre una clase de *vicios* no detectables. Además, por las condiciones actuales del tráfico, el consumidor difícilmente podrá constatarlos.

³⁵ ALESSANDRI (n. 4), p. 201.

³⁶ OVIEDO ALBÁN (n. 6), p. 253.

Por esta razón el artículo 19 contempla una serie de remedios a favor del consumidor en caso de vicios que afecten a la cantidad de las cosas. Lo que dicho de otro modo significa que las cosas que venden por cantidades sí dan lugar al saneamiento, a través del ejercicio de las acciones contenidas en el artículo 19 de la ley.

En definitiva, desde el punto de vista de la cantidad es posible zanjar una gran diferencia entre las nociones de vicios estudiadas. Lo que supone, una vez más, que el vicio en el ámbito del consumo es más amplio (o simplemente diverso) que el vicio civil.

A continuación, se procederá a revisar el tratamiento de la calidad en la ley.

2.3 Vicios de calidad

Los vicios denominados de calidad se encuentran contenidos a lo largo del artículo 20. En realidad, esta norma contiene una serie de supuestos que van más allá de la mera idoneidad de las cosas.

Tomando como base la sistematización que ha hecho la doctrina nacional sobre los numerales del artículo 20 de la ley, se procederá a analizar el contenido de estos vicios y su relación con las ausencias de cualidades, las faltas de especificaciones y las entregas de cosas distintas a las pactadas.

a. Vicio y ausencia de cualidades

En el ámbito del consumo existe un supuesto de vicio que se refiere expresamente a los vicios ocultos. La norma se encuentra contenida en el artículo 20 letra f) que establece: “la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine”.

Junto con ello, se señala a los vicios ocultos, que son los vicios del *Código Civil*, cabe hacer notar que se regula el *uso a que habitualmente se destine*, tal como lo hacen los códigos franceses y españoles a propósito del vicio redhibitorio. Lo que daría un primer indicio sobre el tratamiento de las ausencias de cualidades.

Si se trata de ejemplificar los supuestos de vicios del consumo podría señalarse que se trata de deficiencias en materia de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias (artículo 20 letra c), pero en este caso, según se vio anteriormente, no se exige que el vicio sea oculto. Es decir, salvo el caso del artículo 20 letra f) el vicio en el ámbito del consumo contiene un supuesto más amplio que el civil.

Además de ello, me parece que el artículo 20 letra d) de la ley regula la ausencia de cualidades. Esta norma trata el supuesto;

“cuando el proveedor y consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato deban reunir determinadas especificaciones y esto no ocurra”.

Es decir, esas determinadas *especificaciones* corresponden a las cualidades prometidas por el vendedor de bienes de consumo.

Si el proveedor incumple estas ausencias de cualidades se abre la opción para el consumidor de elegir entre la reparación, la sustitución y la devolución del bien.

Me parece que no es necesario ahondar más esto. Esta norma no hay dudas respecto de la inclusión de las ausencias de cualidades en sede del consumo.

b. Vicio e incumplimiento de las especificaciones

Dentro del tema de las especificaciones conviene ahondar un poco más, porque como se verá la falta de especificaciones en este ámbito se ha explicado en clave de resolución, no nulidad.

En nuestro medio nacional, Hernán Corral ha efectuado una sistematización de lo que comprende el artículo 20 y el artículo 19. Este autor piensa que el artículo 19 y las siete letras del 20 pueden compendiarse en dos situaciones:

- 1° incumplimiento en el producto de las debidas especificaciones (artículo 20 letras a, b, d, g y artículo 19) y
- 2° ineptitud del producto para el uso al cual se le destina (artículo 20 letras c, e y f).

Respecto del primer grupo, sugiere que se trata, más bien, de supuestos de incumplimientos resolutorios contractuales y, en el segundo, de vicios redhibitorios³⁷.

Sin entrar más en esta distinción, entiendo que esta clasificación se efectúa porque el autor distingue el vicio redhibitorio del incumplimiento resolutorio. Por consideraciones que exceden los límites de este trabajo no comparto tal separación³⁸ (cfr. con lo expuesto en la letra c del punto 1.2).

Me parece que uno de los supuestos del incumplimiento defectuoso es el vicio redhibitorio. No comparto la idea de que la obligación de garantía sea concebida como una obligación *legal* o *especial* que se aleja del régimen

³⁷ CORRAL TALCIANI (n. 2), p. 173.

³⁸ Hay autores que distinguen entre saneamiento de vicios ocultos y resolución (o nulidad) por las acciones que se generan. También se cree que este régimen de saneamiento por vicios ocultos genera una clase de responsabilidad especial denominada responsabilidad por garantía siguiendo la terminología francesa ajena al sistema de incumplimiento general.

general de las obligaciones del Derecho Común³⁹. Lo que dicho de otra forma supone la incompatibilidad de acciones, o la exclusión de integrar el régimen de saneamiento al Derecho Común de Obligaciones.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo en el artículo 20, el consumidor goza de la opción (en todos los numerales) de dejar sin efecto el contrato o exigir el cumplimiento (reparación o sustitución). En el fondo, en sede del consumo todos los numerales del artículo 20 y el supuesto del artículo 19 son incumplimientos que dan lugar a la opción de los remedios que el consumidor escoja a su conformidad.

Ello, a su vez, supone que el supuesto de hecho en el ámbito del consumo es más amplio que el del *Código Civil*. Incluso, podría sostenerse que ni siquiera hay vicios redhibitorios en el ámbito del consumo⁴⁰, porque el régimen de acciones que tiene el consumidor en los casos del artículo 20 no se condice con las tradicionales acciones edilicias. En efecto, en materia de garantía legal o derecho de opción el consumidor puede solicitar la reparación o la sustitución, que no forman parte ni de las acciones edilicias, ni tampoco de las obligaciones de dar del contrato de compraventa.

Todo ello, presupone la idea de defender la total superación de las acciones edilicias, tan criticada por la doctrina comparada, por su inadecuación para garantizar de forma eficaz al comprador por el vicio de la cosa. Por ello se trata de buscar un concepto más amplio que contemple una noción única de incumplimiento, que ligue al vicio con el régimen general. Esta noción más amplia se conoce como *falta de conformidad*.

c. Vicio y entrega de una cosa distinta a la pactada (*aluid pro alio*)

Luego de la modificación que sufrió la ley el año 2004, Hernán Corral⁴¹ efectuó otra distinción de la garantía, englobando las causales de los artículos 19 y 20, ahora en tres grupos:

³⁹ Sigue esta misma tesis, por ejemplo, en el Derecho español BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (n. 19), p. 817 y ss.

⁴⁰ Ya que se trata de obligaciones genéricas. Esto ha sido propuesto en España por José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, "Algunas reflexiones a propósito de la transposición de la Directiva 1999/44 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo, en el derecho español, operada por la Ley 23/2003, de 10 de julio", en María José REYES (coord.), *La Ley 23/2003, de garantía de los bienes de consumo: planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 237-261.

⁴¹ Hernán CORRAL TALCIANI, "La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la ley de protección de los derechos de los consumidores", en *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 12, Santiago, 2006, p. 97.

- 1º incumplimiento de las especificaciones (artículo 20 letras a, b y d);
- 2º deficiencias o falta de cualidades que determinan la ineptitud del producto (artículo 20 letras c, e y f) y
- 3º diferencias entre el contenido real y el contenido indicado (artículo 19 y 20 letra g).

Si se entiende que el supuesto del incumplimiento de las especificaciones comprende un incumplimiento resolutorio y, si las diferencias entre el contenido real y el indicado lo son también, en realidad el supuesto que regula el artículo 20 de la ley está más allá del vicio redhibitorio en estricto rigor.

Estos problemas (de especificaciones y las diferencias) no son propios de la calidad de las cosas. Más bien se trataría de supuestos de entrega distinta a la pactada. O sea, casos de incumplimiento total (no parciales) que se conocen en doctrina como *aluid pro alio*.

Para terminar, si vicio en materia de consumo comprende al *aluid pro alio*, me parece que el supuesto de hecho que activa la protección del consumidor excede con creces el problema de calidad de las cosas.

En definitiva, en el ámbito del consumo hay una *especie de vicio* que presenta algunas similitudes con la concepción de vicio civil. En realidad la noción de vicio del consumo es más amplia que la noción de vicio civil. Se ha dicho que la noción de vicio del consumo se integra expresamente con la ausencia de cualidades, lo que se discute en el *Código Civil*. Además de ello, hay que agregar nuevos componentes a la noción de vicio, que no se relacionan con problemas de calidad, como la falta de especificaciones y el *aluid pro alio*. Junto con los vicios de cantidad.

Frente a esta nueva concepción de *vicio* en el ámbito del consumo, me parece que hay argumentos para defender la idea de que en la ley N° 19.496, en realidad se presenta una noción más amplia conocida como *falta de conformidad*. En otras palabras, la ley contemplaría un *vicio de conformidad* más que un *vicio redhibitorio o vicio de calidad*.

Y bajo este supuesto, sería posible interpretar las normas sobre garantía legal de los artículos 19 y 20 de la Ley a la luz de los principios que inspiran el Derecho privado uniforme, tomando en consideración la CIGS⁴², los

⁴² Art. 36 de la CIGS: “1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda *falta de conformidad* que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento. 2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas”. [*La cursiva es mía*].

PCCI⁴³, los PECL⁴⁴, el proyecto de CEC⁴⁵ y más actualmente el DCFR⁴⁶ y los Acquis Principles⁴⁷ que rigen los supuestos de falta de conformidad de los bienes (como lo denomina la CIGS) o incumplimiento en sentido amplio (como lo denominan los PCCI, PECL, el CEC, DCFR y los Acquis Principles), incluidas las disposiciones contenidas en la directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y garantía de bienes de consumo. Esta directiva también acoge un concepto amplio de incumplimiento, haciendo responsable al vendedor por la “falta de conformidad” (artículo 3 directiva 44/99) e, incluso, presumiéndola en ciertos casos (especialmente en los casos del artículos 2(2)(a) y (d)⁴⁸).

⁴³ Art. 7.1.1 de los PCCI (2004): “(Definición del incumplimiento) El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

⁴⁴ Art. 8:101 de los PECL: “Remedies Available (1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9. (2) Where a party’s non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages. (3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party’s non-performance”. A pesar de que los PECL no cuidaron en definir en el cuerpo del articulado el concepto de incumplimiento o de “falta de conformidad” en el comentario oficial A al art. 8:101 se señala: “Bajo el sistema adoptado por los Principios hay incumplimiento cuando una de las partes no cumple cualquier obligación del contrato. El incumplimiento puede consistir en un cumplimiento defectuoso o en un cumplimiento en un tiempo no oportuno, sea porque se efectuó antes, se retrasó o porque nunca se efectuó. Incluye una violación de una obligación accesoria como el deber de no divulgar los secretos de reserva de la otra parte. Cuando una de las partes tiene el deber de recibir o aceptar el cumplimiento de la otra, una infracción de ello también constituye incumplimiento” [traducción libre de la autora]. Ole LANDO y Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 359. La nota 1 al art. 8:101 de los PECL, refrenda el referido comentario A, sin embargo explica que la noción amplia de incumplimiento no es compartida por todas las legislaciones (*op. cit.*, p. 361).

⁴⁵ Art. 89 del CEC: “Noción de incumplimiento. Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones siguientes, se considera incumplida una obligación contractual si uno de los contratantes, o sus colaboradores o encargados, adoptan un comportamiento diferente al previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho diferente de la que puede considerarse acordada”.

⁴⁶ Art. III.- 1:102 (3) del DCFR: “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”.

⁴⁷ Art. 8:101 de los Acquis Principles: “Definition of non-performance. No-performance is any failure to perform an obligation, including delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the obligation”.

⁴⁸ Artículo 2 (2) de la directiva 1999/44/CE: “Conformidad con el contrato. 2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción

III. CONCLUSIONES

El supuesto de hecho que activa la protección del comprador es la existencia de un vicio en la cosa. En el *Código Civil* se contempla una noción de vicio que abarca los usos ordinarios de la cosa como, asimismo, los propósitos especiales que le destina el comprador. Se trata una noción conocida como vicio en sentido funcional que comprende o, más bien, acuñe las ausencias de cualidades.

Las ausencias de cualidades, al formar parte del vicio redhibitorio del *Código Civil* deben reconducirse al régimen de incumplimiento de obligaciones de saneamiento contemplado en el artículo 1857 y siguientes del *Código Civil*. Si la cosa no tiene las cualidades esperadas por el comprador, y si éstas se han manifestado expresamente, se puede hacer uso de las acciones redhibitorias y de rebaja del precio, junto con la indemnización de perjuicios. No se trata de un supuesto de nulidad por error en la sustancia.

Tras estudiar la noción de vicio en materia de civil y en el ámbito del consumo pienso que hay una serie de diferencias entre estos supuestos. Si bien, en el ámbito del consumo se parte de la base que existe un vicio que afecta a la cosa comprada, al igual como ocurre en el *Código Civil*, este concepto ha sido superado por una noción más amplia (o diversa) que va mucho más allá que los tradicionales vicios de calidad de los códigos decimonónicos.

En el ámbito del consumo, la ley regula supuestos de vicios de cantidad y calidad. Dentro de éstas incorpora nuevos elementos como la falta de especificaciones, la ausencia de cualidades y las entregas de cosas diversas a las

realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso; c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo; d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado”.

Cabe hacer presente que, si bien los Acquis Principles siguieron a la directiva 1999/44/CE en la concepción que abarca el incumplimiento, se prefirió no ocupar la expresión “falta de conformidad” por estimar que es más propio de las obligaciones de entrega de mercaderías tangibles no aplicable a otros tipos de contratos o de otros tipos de deberes contractuales. Cfr. RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, “Article 8:101: Definition of non-performance. A. Foundation in the Acquis. 2. Development”, in RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. Contract II, Munich, Sellier, 2009, p. 402.

pactadas. Con ello, los supuestos de hecho de los artículos 19 y 20 de la Ley se asimilan a la *falta de conformidad* o si se prefiere *vicio de conformidad*.

Se terminó de imprimir esta primera edición,
de quinientos ejemplares, en el mes septiembre de 2011
en Versión Producciones Gráficas Ltda.
Santiago de Chile

