



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

FORMAS EN QUE OPERA LA ACCIÓN RESOLUTORIA

NATALY EVELYN VERGARA BELTRAN
LUIS ORLANDO CARTAGENA SANCHEZ

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas con mención en Derecho Judicial y
Empresa.

Profesor Guía: Dr. Rodrigo Barcia Lehmann.

Santiago, Chile

2016

INDICE

INTRODUCCION

MARCO TEORICO

CAPÍTULO 1. DEL PACTO COMISORIO

1 Calificación jurídica y funcionamiento del pacto comisorio.

1.1 Es posible diferenciar ya desde sus orígenes el pacto comisorio respecto de la condición resolutoria tácita.

1.2 Es posible diferenciar el pacto comisorio de la condición resolutoria ordinaria por cuanto este pacto, en sus distintas modalidades, corresponde a la facultad de resolver el contrato que el ordenamiento jurídico reconoce al acreedor que ha visto afectado su interés a causa del incumplimiento del deudor.

1.3 Modo de operar de las cláusulas resolutorias en nuestro ordenamiento jurídico.

1.4 Clasificación del pacto comisorio.

1.5 ¿Cómo opera el pacto comisorio calificado?

1.6 Ámbito de aplicación de la acción resolutoria.

1.6.1 Bilateralidad o Unilateralidad del contrato.

1.6.2 Inaplicabilidad de la acción a la donación con cargas.

1.6.3 El caso del mutuo con interés.

1.7 Aplicación de la acción a los contratos plurilaterales.

1.8 Aplicación de la acción en los contratos aleatorios.

1.9 Resolución del convenio de partición de una comunidad.

1.10 Resolución de la transacción.

CAPÍTULO 2. REMEDIOS CONTRACTUALES, ANALISIS ECONOMICO

2 Reglas del derecho común o common law.

2.1 Incumplimiento eficiente.

2.2 Daños monetarios vs ejecución específica.

2.3 Situación actual del debate.

2.4 Responsabilidad contractual en el derecho Chileno

- 2.4.1 Función de reparación de la responsabilidad contractual
- 2.4.2 Función indemnizatoria en los tribunales de justicia
- 2.5 La autonomía de la acción indemnizatoria contractual
 - 2.5.1 La elección del acreedor
- 2.6 Régimen legal de la responsabilidad contractual
 - 2.6.1 La culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales
 - 2.6.2 Régimen legal de la culpa contractual

CAPÍTULO 3. ANÁLISIS ECONOMICO DEL SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES CHILENOS.

- 3.1 Características del sistema remedial chileno en las obligaciones de dar, hacer y no hacer y contratos unilaterales y bilaterales.
- 3.2 La Convención de Viena en la compraventa internacional de mercaderías
 - 3.2.1 Ámbito de aplicación de la CVCIM
 - 3.2.2 Incumplimiento esencial del contrato en la CVCIM
 - 3.2.3 Sistema de remedios en la CVCIM
 - 3.2.4 Remedios diseñadas en función de la parte de la cual proviene el incumplimiento
 - 3.2.5 Remedios diseñadas atendidas a la finalidad que cada uno de ellos persigue
 - 3.2.6 Remedio en la resolución del contrato
 - 3.2.7 Incumplimiento esencial del contrato en la CVCIM
 - 3.2.8 Ámbito de aplicación del incumplimiento esencial en la CVCIM

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El derecho civil, más específicamente de contratos, está llamado a proveer respuestas o soluciones en el caso de que alguna de las partes no cumpla las obligaciones pactadas, o en caso de cumplir lo haga de mala manera. La obviedad de esta afirmación desorienta un poco. En el contrato las partes se obligan a algo, acuerdan que de no respetarse aquello el acreedor va a tener herramientas o mecanismos para hacer de esa obligación algo que descansa más allá de la volubilidad del deudor. En otras palabras, el derecho de contratos supone, por una parte, individuos que desean obligarse, y por otra, mecanismos para que esa voluntad sea coercitivamente exigible.

En la doctrina anglosajona, se suele llamar a estos mecanismos, remedios contractuales. A dichos mecanismos se suele agregar soluciones propias del análisis económico del derecho; pero además una nueva terminología, como se verá, se ha impuesto en el derecho europeo a través de lo que se denomina como *soft law*. A este respecto se ha debatido cuál remedio contractual es más eficiente como regla por defecto del sistema legal: la ejecución forzada de la prestación o una indemnización de perjuicios en dinero. Con respecto a esto último, se han esbozado una serie de argumentos para preferir una alternativa por sobre la otra, no obstante, la doctrina pareciera no haber dado por zanjado el tema. Existen quienes propugnan por la eficiencia de uno u otro remedio, y otros buscan una salida intermedia entre las dos posiciones dominantes. Sin perjuicio, de lo cual en los países del *common law*, la indemnización de perjuicios es el remedio de general aplicación, siendo el cumplimiento forzado el de aplicación excepcional.

El primer objetivo de nuestra memoria tiene como finalidad investigar la relación entre el pacto comisorio y los efectos de las obligaciones, separándolo de las obligaciones condicionales, contextualizando para un mejor entendimiento, sus aspectos históricos en un desarrollo cronológico a seguir dentro del marco teórico presentado más adelante.

Siguiendo con el tema expuesto, el primer capítulo muestra la figura del pacto comisorio como tal, desarrollando esta institución regulada por nuestra legislación a

propósito del contrato de compraventa, su clasificación y las formas de operar de este. Asimismo, se abordará el *debate* relativo a la condición resolutoria tácita, específicamente respecto de la excepción del pago. Este debate tampoco parece estar acabado en nuestro medio. Dentro de esta discusión, se plantea la idea de que la condición resolutoria tácita cumple en nuestro ordenamiento jurídico una función homologable a los remedios contractuales a los que se hace mención en la presentación de esta investigación.

Respecto a la discusión nacional, se identifican al menos dos posturas claras, que difieren radicalmente en cuanto a sus premisas. Las consecuencias de uno y otros antecedentes se evalúan posteriormente utilizando los conceptos de análisis económico del derecho. De manera de poder sugerir con el estudio de una de las posturas, aquella que se limita al ámbito de aplicación de la excepción de pago y que se debiera preferir por sobre la otra, también llamada tradicional, para la cual la excepción del pago se puede interponer hasta la vista de la causa en segunda instancia, aun habiendo realizado el pago dentro del procedimiento.

Otro aspecto importante a tratar en este trabajo, es la acción de resolución en el ámbito de aplicación de los contratos, tanto en contratos bilaterales, unilaterales, plurilaterales y aleatorios. Tema significativo por las diversas posturas que se tiene con respecto a su campo de aplicación. Así, la acción de resolución para algunos es aplicable y para otros, lo que depende de la naturaleza de cada contrato. La pregunta que entonces nos hacemos es: ¿cualquier incumplimiento por insignificante que fuere, faculta al contratante diligente para demandar la resolución del contrato? El asunto no es de fácil solución, pero los jueces pueden resolver la interrogante, apoyándose en el principio de la ejecución de los contratos de buena fe. Colin y Capitant entienden que la acción de resolución no opera si el incumplimiento no es significativo. Y, en este sentido, afirman que: “el juez podrá negar la resolución y limitarse a fijar una indemnización de daños y perjuicios cuando se trate de un incumplimiento parcial de tan poca gravedad que deje al acreedor el beneficio esencial del contrato”.

En el capítulo II de este trabajo abordará el análisis económico de los remedios contractuales. Los remedios contractuales nos permiten dilucidar, en qué situaciones y hasta dónde una regla determinada puede llevar a una asignación eficiente de los recursos y cuándo ello no será posible. Este capítulo propone una labor en el derecho comparado, estudiando dos regulaciones referentes a los remedios contractuales: la norteamericana y la nacional. Posteriormente, se recogerán algunas diferencias o similitudes, ventajas u objetivos que el derecho comparado pareciera ofrecer. Así como también una noción en cuanto al instrumento que utiliza el legislador, incorporando el principio metodológico de la funcionalidad, conforme a éste “lo único que puede compararse en el ámbito del derecho son cosas que cumplan con la misma función”. Distinciones propias del análisis económico, extrayendo conclusiones derivadas de la comparación de regímenes legales.

En Chile, el estudio de la responsabilidad contractual ha estado marcado por una continua comparación con la responsabilidad extracontractual. La mayoría de los manuales tratan la responsabilidad contractual, haciendo hincapié en las diferencias que presenta con el régimen aquilino. El Código Civil chileno provee de diversas acciones al acreedor ante el incumplimiento del deudor. En ciertas ocasiones el incumplimiento se traduce en forzar al deudor a la ejecución de la obligación. En otros casos procede un simple pago por equivalencia y en otras cumple una genuina función de reparación.

Por otra parte, a la acción de indemnización de perjuicios contractuales se le está comenzando a asignar una autonomía respecto a la acción de resolución, que antes no tenía. Se discute la exigencia de agotar la ejecución forzada del contrato para demandar la indemnización de perjuicios. *De ahí que se procede a reconocer la independencia de la acción de indemnización de perjuicios de manera general.*

Por último en este capítulo, se dará a conocer que el régimen legal de la denominada responsabilidad contractual permite analizar las condiciones del incumplimiento imputable al deudor.

Los tres aspectos señalados permiten exponer el estado actual de la responsabilidad contractual en Chile.

Una vez concluidas las presentaciones anteriores, principalmente el debate norteamericano, el cual nos da alguna luces sobre cómo debe ser un remedio contractual, concluimos nuestro trabajo exponiendo en el capítulo tercero un análisis económico del sistema de remedios contractuales chilenos.

La mirada a la doctrina extranjera y al derecho comparado nos otorga un parámetro que debiese estar presente al momento de determinar si cierta regla se acerca o aleja de algún óptimo de eficiencia establecido y si forma parte de un estatuto remedial, orientado al cumplimiento de los contratos.

La Convención de Viena recoge un concepto amplio y objetivo de incumplimiento y pone a disposición del acreedor una serie de remedios entre los cuales puede optar libremente. Sin embargo, la Convención impone una gestión razonable de los efectos del incumplimiento que se manifiesta en la necesidad de observar cargas de comunicación y de conducta material. Atribuye al deudor una responsabilidad objetiva y estricta y ella se extiende a todos los daños que sean una consecuencia del incumplimiento razonable previsible al momento del contrato, con exclusión de aquellos daños que el acreedor habría podido prevenir o evitar de haber observado una conducta razonable. La exoneración de responsabilidad solo índice directamente en la indemnización de daños, no así respecto de los restantes remedios como son la pretensión de cumplimiento, incluidas sus modalidades de reparación y sustitución de las mercaderías no conformes, la reducción del precio y la resolución del contrato.

Se explicarán las características y beneficios que aporta la figura en comento, así como el presupuesto para configurar de manera excepcional el remedio de la resolución, contemplada para incumplimientos contractuales que afecten el fundamento mismo del contrato; cuya consecuencia es la desvinculación contractual total entre las partes.

El incumplimiento esencial del contrato permite a la Convención dar una clara orientación a la compraventa, donde por todos los medios se pretende la continuación efectiva del negocio jurídico, impidiendo la resolución por incumplimientos mínimos o no esenciales.

MARCO TEORICO

El tratamiento de las cláusulas resolutorias, en nuestra legislación, se limita a su inclusión de manera expresa en la figura del pacto comisorio en el contrato de compraventa. Esta escasa regulación, unida a la doctrina nacional, se traduce en una restringida aplicación de las mismas para los casos de incumplimiento contractual. Por lo mismo se intenta determinar, mediante el recurso a antecedentes históricos, doctrinales y jurisprudenciales, la calificación jurídica del pacto comisorio y su funcionamiento, lo que permitirá usarlo de mejor manera en tanto remedio contractual que busca proteger el interés del acreedor insatisfecho.

Se llama Pacto Comisorio a la estipulación por la cual las partes convienen que el contrato se resolverá, si alguna de ellas no cumple sus compromisos, es decir, pacto que fija un día o época para el cumplimiento obligatorio de la obligación. En otras palabras el pacto comisorio es la condición resolutoria tacita pero expresada en el contrato.

Esta figura no se encuentra en el título de las obligaciones condicionales, ni al referirse en general a los efectos de los contratos, sino que es tratada en el párrafo 10 del título de la Compraventa, específicamente en relación a la obligación del comprador de pagar el precio, señalando que de no pagarse el precio al tiempo convenido se resolverá el contrato de venta. Pareciera deducirse de esta disposición que la institución del pacto comisorio está reservada de manera exclusiva para el contrato de compraventa.

Precisemos que el pacto comisorio tiene sus orígenes en razón del contrato de compraventa en Roma, donde se contemplaba la posibilidad de agregar pactos lícitos al contrato, siendo uno de los pactos típicos el de la *lex commissoria*⁰². Este pacto permitía al vendedor reservarse la facultad de tener por resuelto el contrato, con restitución de la cosa, si en un plazo determinado el comprador no cumplía con su obligación⁰³.

⁰² Alejandro Guzmán Brito, "Derecho Privado Romano", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo II, p. 152.

⁰³ Lucía Hernández-Tejero, "Pactos añadidos a la compraventa", en Arnaldo Biscardi y otros, Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Muga Gener, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pág. 565.

En principio, la jurisprudencia entendía que se trataba de una condición suspensiva aplicada a la compraventa respecto de la obligación de entregar la cosa. Con el tiempo, se estimó que se estaba ante un pacto de resolución adjunto a la compraventa, pacto que a su vez, estaba suspensivamente condicionado al incumplimiento en el precio. Producía efectos personales, y además, no operaba *ipso iure*, sino que el vendedor decidía si ejercitaba el derecho a exigir la devolución de la cosa o bien, podía optar por el pago del precio. Los sabinianos sostenían que era necesario invocar la facultad que el pacto concedía, opinaban que lo relevante era lo que se declaró y, por lo mismo, las obligaciones nacidas de los pactos subsistían.

En los siglos futuros, se siguió utilizando la figura del pacto comisorio para el contrato de compraventa, con las características propias que ya el Derecho Romano le había reconocido.

Por otra parte, en España, en la Ley de Las Partidas, se señalaba que las partes podía incorporar a la Compraventa posturas o pleytos (pactos), los que debían ser respetados por los contratantes⁰⁴. La primera de las modalidades, admitidas es la establecida en la obra de Alfonso X. En dicha obra se reconoce la validez del pacto por el cual el comprador que no pagaba el precio en el día convenido, daba derecho a la rescisión del contrato. Sin embargo, el vendedor de todos modos tiene la posibilidad de demandar el pago del precio, manteniendo la validez del contrato, pero renunciando al pacto. De elegir una alternativa, no puede luego arrepentirse y elegir la otra vía.

La tradición medieval, siguió con la figura del pacto comisorio romano, propia de la compraventa; sin embargo, a partir del siglo XII, el Derecho Canónico comenzó a admitirse que un contratante se pudiera excusar de pacto comisorio -como manifestación de la facultad resolutoria-, ejecutando su obligación. Además, le confirió al acreedor el derecho de pedir ante el tribunal eclesiástico la resolución del contrato en razón de dicha inejecución⁰⁵. Esto deriva, en la admisión de la llamada condición resolutoria tácita en los contratos sinalagmáticos y se sanciona con penas eclesiásticas la infracción de toda

⁰⁴ www.scielo.cl, “Del pacto comisorio”.

⁰⁵ Augusto Elgueta Anguita, Resolución de contratos y excepción de pago, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pág. 13.

promesa sinalagmática. Esta figura sólo opera en Derecho Canónico, pues en el Derecho Civil primaba la fuerza de la tradición romana.⁰⁶

Según Luis Díez Picazo, a partir del siglo XVI, la doctrina y jurisprudencia de los parlamentos fue admitiendo la posibilidad de la resolución, aunque no existiera una cláusula resolutoria expresa, pues dicha cláusula se considerara como sobreentendida.

En el siglo XVIII, Pothier postula que el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes en un contrato sinalagmático autoriza a demandar la resolución del negocio, aun cuando no se haya estipulado que la inejecución del compromiso de una parte puede producir tal efecto. Agrega que la resolución del negocio no se hará de pleno derecho, sino por la sentencia que pronuncie la resolución.

De esta manera, quedan definidos los perfiles de dos figuras relacionadas, pero diferentes: la condición resolutoria tácita, que va envuelta en todo contrato bilateral, y el pacto comisorio asociado al incumplimiento en la compraventa. El Código Civil francés, inspirado en la teoría expuesta, consagra ambas figuras en los artículos 1184 y 1656, respectivamente⁰⁷.

Nuestro sistema reguló la condición resolutoria tácita, de manera general en el artículo 1489 C.C. y bajo la denominación de pacto comisorio en los artículos 1877 a 1880 C.C., regula la condición resolutoria por incumplimiento de la obligación de pagar el precio en el contrato de compraventa. Esta regulación contempla como fuentes la tradición del Derecho Romano, recogida en el Derecho Castellano de Las Siete Partidas. En cuanto a las normas relativas al pacto comisorio se puede observar que durante la elaboración del Código, las modificaciones fueron menores. En el Proyecto del año 1853, en su definición y al referirse al pacto comisorio con resolución ipso facto, se omitían las palabras “al tiempo convenido” en relación con la obligación de pagar el precio. A su vez, los dos artículos siguientes estaban en orden inverso sin variar su contenido, utilizando el término “rescindir”, en lugar de “resolver”, modificación que se produjo finalmente en la corrección final del código.

⁰⁶ Luis Claro Solar, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado - De las obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, vol. 5, pág. 160.

⁰⁷ Robert J. Pothier, Tratado de las obligaciones, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1961, pág. 425.

Es así como nos encontramos hoy con un Título XXIII: "De la compraventa", Libro IV del Código Civil, donde se contiene un párrafo 10 titulado: "Del pacto comisorio". En donde se otorga al vendedor la opción de poder exigir el precio o la resolución de la venta, regulando posteriormente, la posibilidad que las partes acuerden que esta resolución por no pago del precio opere ipso facto y los efectos que ello conlleva. Por último, los artículos contemplados bajo el epígrafe "Del pacto comisorio" se refieren a un plazo de prescripción especial para éste, menor que el general y con un momento de inicio de cómputo del mismo que también defiere de las reglas generales.

La doctrina nacional suele referirse al pacto comisorio dentro de las exposiciones que se hacen de las obligaciones condicionales y, en particular, de aquéllas sujetas a condición resolutoria. En virtud de lo anterior, podríamos preguntarnos, si el pacto comisorio calificado opera de pleno derecho, por el hecho de faltar una de las partes a lo pactado, o si la resolución tendrá que ser demandada judicialmente por el otro contratante y declarada por la sentencia del juez.

CAPITULO PRIMERO: DEL PACTO COMISORIO

Esta institución, que se regula en nuestra legislación a propósito del contrato de compraventa, es una figura de aplicación general, por lo tanto, es posible definirlo en un doble sentido.

En primer término, el pacto comisorio en sentido amplio constituye una convención por medio de la cual las partes que celebran un contrato bilateral estipulan que el incumplimiento de la obligación de una de ellas traerá como consecuencia la resolución del mismo. En sentido restringido, sólo se remite al pacto comisorio regulado por la ley, correspondiendo a una convención accesoria al contrato de compraventa, por medio de la cual las partes estipulan que en caso de que el comprador no pague el precio, se resolverá el contrato⁰⁸.

La discusión planteada dice relación con la oportunidad para enervar la acción resolutoria de la excepción de pago. La denominada condición resolutoria tácita, en relación a la excepción de pago, presenta al menos dos hipótesis interpretativas. Una es la tradicional y consiste en permitir que el deudor se pueda presentar la excepción de pago, durante la oportunidad que consagra el artículo 310 del C.P.C., es decir, hasta la citación a oír sentencia en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda instancia. Esta interpretación es además la sostenida por nuestra jurisprudencia. La segunda doctrina denominada interpretación moderna, advirtiendo las inconveniencias de la primera postura, ha buscado limitar la aplicación de dicha excepción.

Esta materia en particular, ha sido estudiada en nuestra doctrina a propósito de dos cuestiones. La primera es la de determinar desde cuándo se produce la resolución de los contratos bajo la condición resolutoria tácita. Y la segunda es analizar la condición resolutoria tácita en cuanto a la excepción de pago.

⁰⁸ Víctor Vial del Río, M anual de las obligaciones en el Código Civil chileno, 2^a ed., Santiago, Editorial Biblioteca Americana, 2007, pág. 78.

1.- Calificación jurídica y funcionamiento del pacto comisorio.

La doctrina ha vinculado la condición resolutoria tácita y al pacto comisorio. Sin embargo, observamos una diferenciación en cuanto a su naturaleza y efectos entre estos:

1.1.- Es posible diferenciar, ya desde sus orígenes, el pacto comisorio respecto de la condición resolutoria tácita.

Desde la perspectiva del análisis histórico, podemos afirmar que en Roma no existía una acción general de resolución de los contratos bilaterales, cuya base fuera el incumplimiento por parte de alguno de los contratantes. Lo que se aceptaba era la posibilidad de agregar al contrato pactos accesorios, que permitieran disolver el vínculo obligatorio para liberarse de la propia obligación, a la vez que se obtenía la restitución de lo entregado en virtud de la obligación que se extinguía. Este tipo de pactos se mantuvo en el derecho medieval, constatando su presencia en el derecho castellano, tal como se expuso en el Derecho de Las Siete Partidas. Con el fenómeno codificador algunos de estos pactos fueron regulados por el legislador. En Chile encontramos ejemplo de ello, en aquel que contempla la compraventa a propósito de la obligación de pagar el precio, en el pacto de retroventa y en el retracto. Se trata de elementos accidentales que la autonomía de la voluntad incorpora al contrato, alterando sus efectos naturales.

De estos pactos, se ha tratado aquellos que pueden comprenderse bajo la denominación de cláusulas resolutorias. Esto es aquellas resoluciones contractuales que las partes incorporan al contrato en virtud de las cuales se permite solicitar al juez la resolución o dar por resuelto el contrato en caso de que alguna de las partes no cumpla con las obligaciones que ellas mismas determinen. Comprendido también, dentro de este último concepto, lo que nuestra doctrina trata bajo la denominación de pacto comisorio simple; así como también el denominado pacto comisorio calificado o de resolución ipso facto.

El análisis histórico permite afirmar que la llamada condición resolutoria tácita, que la doctrina nacional trata a propósito de las obligaciones condicionales y la vincula al pacto comisorio, es una figura con un origen diferente a la *lex commisorio* de la cual deriva el pacto que se está analizando. Tal como se expuso anteriormente, es una creación medieval de los canonistas y del Derecho Romano Común francés, que si bien puede encontrar su origen en el derecho romano, ella no es la *lex commisorio*.

La diferencia expuesta anteriormente, encuentra sustento también en la jurisprudencia. Así, un fallo de la Corte Suprema, de fecha 09 de diciembre de 2008, da por establecida la distinción e independencia en su funcionamiento del pacto comisorio y la condición resolutoria tácita. La sentencia en comento, señala en su considerando octavo que el hecho de haber estipulado las partes un pacto comisorio no puede ser obstáculo, para el ejercicio de la acción resolutoria que emana de la condición resolutoria tácita y el haberse verificado el hecho de que pendía tal condición, debió la sentencia haber declarado el término del arrendamiento. El fallo razona en el sentido de considerar que si se convino por las partes un pacto comisorio calificado, cuyos efectos se supeditaron al cumplimiento de alguna otra exigencia suplementaria, la falta de verificación de este requisito adicional únicamente puede producir como consecuencia que el efecto propio del pacto no opere, pero no impide que el acreedor diligente, frente al incumplimiento de su deudor, ejerza la acción resolutoria que nace del artículo 1489 del Código Civil.

1.2.- Es posible diferenciar el pacto comisorio de la condición resolutoria ordinaria por cuanto este pacto, en sus distintas modalidades, corresponde a la facultad de resolver el contrato que el ordenamiento jurídico reconoce al acreedor que ha visto afectado su interés a causa del incumplimiento del deudor.

Se puede afirmar que es posible distinguir la condición resolutoria ordinaria del pacto comisorio, no obstante, existe una opinión doctrinal recogida de la doctrina nacional. Así, nos encontramos con la opinión de Pablo Rodríguez Grez, quien considera a las cláusulas resolutorias como condición resolutoria ordinaria, y desarrolla el efecto que conlleva la explicitación por parte de los contratantes de aquello que la ley considera

tácitamente contenido en el contrato bilateral, en los siguientes términos: *“Si las partes estipulan en términos formales y explícitos en el contrato respectivo aquello que la ley considera que se encuentra tácitamente contenido en él, transforman en virtud de la autonomía privada, una condición tácita en una condición expresa, por lo mismo surge de esto una condición resolutoria ordinaria en sustitución de una condición resolutoria tácita, alterándose los efectos que la ley atribuye a la segunda. El pacto comisorio da nacimiento a una condición resolutoria que opera de pleno derecho y extingue el contrato por la sola ocurrencia del hecho en que ella consiste, en este caso, el incumplimiento de las obligaciones contraídas en un contrato bilateral”*.

Es posible sostener que la calificación jurídica, que corresponde a las cláusulas resolutorias, la ubica entre los remedios que el acreedor tiene a su disposición para el evento del incumplimiento del contrato por parte del deudor. Una facultad cuyo ejercicio queda entregado al contratante diligente, a modo de proteger su interés en el contrato. Esto se relaciona con una concepción del contrato, además de considerarlo como una fuente de obligaciones. Así, se pone el acento en el interés de los contratantes. Una vez verificado el incumplimiento, el acreedor tiene ante sí una serie de remedios junto a la facultad de optar por alguno de ellos, con la única limitación de los supuestos específicos que la ley o las partes establezcan para su procedencia.

Esta calificación jurídica, que se otorga al acreedor insatisfecho, se ve reflejada en el rol que al pacto comisorio se le puede asignar hoy. Tradicionalmente se ha sostenido que su figura era en esencia, conminatoria. Dicha interpretación tiene su origen en la primacía que se daba al cumplimiento forzado, como remedio frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales, ubicando a las cláusulas resolutorias en el último lugar como sanción. Dando por establecido que su función no es exclusivamente conminatoria, podemos decir que la finalidad que persiguen estas cláusulas resolutorias es proteger el interés del acreedor, tal como ya se expuso, pacto que surge frente a la necesidad de proteger al vendedor de una eventual insolvencia del comprador y como lo señala Alberto Burdese, en un texto pomponiano del Digesto, por lo que es éste a quien corresponde hacerlo valer en su caso. Los autores nacionales arriban a la conclusión de que el pacto está

establecido a favor del acreedor, pero fundados en la concepción del pacto comisorio como la estipulación expresa de la condición resolutoria tácita.

1.3.- Modo de operar de las cláusulas resolutorias en nuestro ordenamiento jurídico.

De manera general en base a los criterios expuestos a propósito de las cláusulas resolutorias, se puede sostener que las partes las incorporan al contrato, salvo los casos excepcionales con regulación especial. Así lo señala nuestro legislador en el artículo 1887 del Código Civil en torno a los pactos que se pueden incorporar al contrato de compraventa. Esta regla sólo se ve alterada en los casos en que el legislador regula los efectos de la cláusula resolutoria, que las partes pueden incorporar en un contrato. Esto se condice con el principio de la autonomía de la voluntad que inspira el Derecho Privado, en virtud del cual las partes pueden libremente incorporar modalidades del contrato bajo la forma de pacto comisorio simple como de pacto comisorio calificado.

Para precisar la manera de operar de estas cláusulas resolutorias, es necesario efectuar ciertos distingos. En primer lugar para el caso de que se incorpore en el contrato de compraventa y particularmente en relación con la obligación de pagar el precio, existe una regulación especial, en que el legislador altera la voluntad de las partes. El artículo 1879 del Código Civil establece, que pese a encontrarnos frente a un pacto comisorio calificado, expresión clara de las partes, el efecto resolutorio no se producirá de pleno derecho, sino que hace falta una demanda judicial. El legislador dio un especial efecto a la eventual cláusula que incorporen las partes, efecto que consiste en dar aplicación a lo establecido en el artículo 1489 las disposiciones de los artículos 1877, 1878 y 1873, todos del Código Civil, son la manera que tuvo el legislador de proteger los intereses involucrados en el contrato de mayor uso práctico, es decir, se alteró el efecto que de otro modo habría tenido la incorporación por las partes de tal cláusula resolutoria.

En segundo término, en cuanto al modo de operar del pacto comisorio calificado, en contratos diferentes a la compraventa e incluso, en ese último para obligaciones distintas a la de pagar el precio, la facultad resolutoria del acreedor es dar por resuelto el contrato. Aquí radica la importancia de la calificación jurídica que se ha hecho en

cuanto al pacto comisorio, dado que si se sostiene que se trata de una condición resolutoria ordinaria, ella se verificaría por la sola inejecución, quedando la suerte del contrato entregada a la negligencia e incluso a la mala fe del deudor. En caso de ser necesario y recurrir al juez para obtener que se lleven los efectos derivados de la resolución, la intervención de este último sería verificar el cumplimiento del supuesto previsto por las partes para que opere la resolución, no pudiendo el deudor enervar el efecto resolutorio. Lo que lo distingue del pacto comisorio simple, radica en la inclusión que las partes hacen en términos que permitan entender que el efecto resolutorio se producirá por el solo hecho de verificarse el incumplimiento de la obligación de alguna de alguna de las partes. Tal como dice René Abeliuk, puede utilizarse cualquier expresión, basta que quede claramente establecido que no es necesaria la intervención judicial.

Finalmente, para que la resolución proceda en el pacto comisorio simple, es necesaria la intervención judicial, ello por cuanto la facultad de resolver el contrato, en el evento de verificarse el incumplimiento previsto en términos específicos y claros por las partes, permite al contratante diligente, quien detenta la facultad resolutoria, pedir al tribunal que declare el resolución por haber tenido lugar los supuestos de la cláusula resolutoria.

Discrepando de la opinión que le resta valor práctico y dogmático al pacto comisorio simple, por tratarse simplemente de la expresión de la condición resolutoria tácita en el contrato en el que se contempla, sostemos su utilidad, toda vez que se trata de una modalidad que las partes incorporan con la finalidad de complementar y precisar los efectos de un elemento de la naturaleza del contrato.

Esto permite solucionar el problema de la calificación del incumplimiento, en cuanto a si es o no esencial. De hecho, no será suficiente para que tenga lugar la resolución el que las partes se limiten a expresar la condición resolutoria tácita, sino que deban estipular expresa y claramente el incumplimiento de cual se trata para que proceda la resolución, así lo ha resuelto nuestra jurisprudencia privando de efectos a las cláusulas genéricas.

1.4.- Clasificación del Pacto Comisorio

a) **Pacto Comisorio Simple:** constituye lisa y llanamente la condición resolutoria tacita expresada, y en consecuencia requiere de sentencia judicial que declare la resolución, pudiendo el deudor pagar en el curso del juicio conforme a las reglas del pago. Así se ha entendido que el deudor puede pagar antes de la citación para oír sentencia o de la vista de la causa en segunda instancia.

b) **Pacto Comisorio Calificado:** lo que caracteriza a esta clasificación es la resolución ipso facto, en que las partes pretenden alterar los efectos normales de ella, es decir, se resolverá sin necesidad de juicio, inmediatamente o de pleno derecho. La Corte Suprema ha resuelto que hay pacto comisorio calificado en el contrato en el que se decía, que él quedaba “de hecho y pleno derecho” rescindido si una de las partes no cumplía. La forma en que opera el pacto comisorio calificado, a diferencia del pacto comisorio simple, ha generado una interesante discusión en la doctrina que abordaremos a continuación.

1.5.- ¿Cómo opera el Pacto Comisorio Calificado?

En este punto encontramos diferentes doctrinas:

Algunos autores opinan que existe resolución por la sola circunstancia de no cumplirse la obligación, en otros términos equipara el pacto comisorio calificado a la condición resolutoria ordinaria.

Lo anterior nos parece más que dudoso. Esta posición no debiere aceptarse, según lo dispuesto en el artículo 1878 del Código Civil que dispone: “Por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1873”⁰⁹, el pacto comisorio no priva a los contratantes del derecho de pedir el cumplimiento del contrato. Si el contratante, no obstante haber estipulado pacto comisorio, siempre pide el cumplimiento, es evidente que la resolución no se ha producido de pleno derecho, ya

⁰⁹ Código Civil Chileno, Art. 1878, Edición Estudiantil 2006. pág. 359.

que solo puede pedirse el cumplimiento de lo que aun existe. Esta postura debe desecharse, porque el artículo 1879 del mismo cuerpo legal, establece que, no obstante estipular ipso facto “podrá sin embargo hacer subsistir el contrato”¹⁰. Con ello indica que no se ha resuelto por el solo hecho del incumplimiento de la obligación, es decir, de pleno derecho.

Somarriva, cree que esta doctrina es inconciliable con esta otra postura. Cree que la resolución opera, no al momento del incumplimiento del contrato, ni tampoco por la sentencia judicial, si no que por el hecho de no cumplirse la obligación por el contratante negligente a las 24 horas subsiguientes a la notificación de la demanda. Esta doctrina es la que se desprende del artículo 1879: “Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las 24 horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda”¹¹; y ella está más de acuerdo con la intención que han tenido las partes. De manera que la sentencia judicial solo se limitara a constatar que, como el contratante negligente dejo pasar las 24 horas sin cumplir, el contrato se resolvió.

Otra doctrina, señala que la resolución, en este caso no opera de pleno derecho, si no que exige sentencia judicial. Sin embargo esta teoría tampoco satisface, porque sería un absurdo que en el derecho hubiera tres instituciones iguales: condición resolutoria tácita, pacto comisorio simple y calificado¹². Resultaría entonces que el pacto comisorio calificado es igual que el pacto comisorio simple, porque en este el contratante negligente tiene para cumplir todo el juicio, que en el calificado, un tiempo menor, pero que en el fondo sería lo mismo. Sin embargo, esta observación desaparece con otra: no hay inconveniente para que una persona pida primero la resolución y durante el juicio se desista y pida después el cumplimiento. Por ejemplo:

^{10 - 11} Código Civil Chileno, Art. 1879, Edición Estudiantil 2006. pág. 359.

¹² Luis Claro Solar, Explicaciones de derecho civil chileno y comparado - De las obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, vol. 5, pág. 172.

a.- En el pacto comisorio simple en caso que se esté recibiendo la causa a prueba, el acreedor puede optar por el cumplimiento, desistiéndose de pedir la resolución.

b.- En pacto comisario calificado, el acreedor se pide la resolución, notificando al deudor, que si no cumple la obligación, sigue el juicio.

Al momento de recibir la causa a prueba: ¿podría el acreedor desistirse y pedir el cumplimiento? Para la doctrina la respuesta no es unánime.,

Alessandri señala que el acreedor no podría desistirse, porque el contrato se resolvió dentro de las 24 horas subsiguientes a la notificación de la demanda; por lo tanto, en el pacto comisorio calificado, la resolución opera una vez que pasan las 24 horas y sin que cumpla la obligación el contratante negligente¹³.

En la opinión de René Abeliuk: “el pacto se rige por el artículo 1879 del Código Civil, el cual es un precepto limitativo. Altera la estipulación de las partes, porque lo que ellas han dicho es que el contrato se resolverá ipso facto, por el solo incumplimiento, y aun en tal caso la ley le da al comprador la posibilidad de hacerlo subsistir en el brevísimo plazo que otorga.

Pero se ha discutido cuando se produce la resolución, si al dictarse la sentencia judicial o al transcurrir dicho termino de 24 horas. No se discute mayormente si requiere juicio, ello por las siguientes razones a saber:

1.- El artículo 1878 en relación al artículo 1873, permite al vendedor en el pacto comisorio optar entre pedir la resolución y el pago del precio, considerando tanto al simple como el calificado pacto comisorio, es decir si el acreedor debe pedir la resolución es porque ella no se ha realizado de pleno derecho.

¹³ Alessandri y Somarriva, “Curso de Derecho Civil”, Santiago, Editorial Nacimiento, año 1941, Tomo III, pág. 83 y 84.

2.- El artículo 1879 permite al deudor hacer subsistir el contrato, sin embargo ello revela que esta no produce su efecto normal de dar por terminado de pleno derecho el contrato y solo puede hacer subsistir algo que no esté extinguido.

3.- El plazo que la ley otorga al deudor para hacer subsistir el contrato se cuenta desde la notificación judicial de la demanda, lo que prueba que es necesario un juicio”¹⁴.

En conclusión a lo anterior, tanto el pacto comisorio simple como el calificado en la compra venta por no pago del precio prescriben de acuerdo al plazo especial del artículo 1880 C.C. “El pacto comisorio prescribe al plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno”¹⁵, no así la condición resolutoria tacita, que lo hace de acuerdo a las reglas generales.

Se ha planteado también, si el plazo de 24 horas es renunciable: “para Alessandri, el plazo sería irrenunciable, porque la ley autoriza al deudor para enervar la acción pagando en el plazo fatal indicado. Para otros, Meza Barros, el plazo sería renunciable: si la ley no prohíbe su renuncia, no se justifica una derogación del precepto general que atribuye al contrato legítimamente celebrado, el carácter de una verdadera ley particular para los contratantes. Cabe tener presente el art. 12 C.C., que permite renunciar aquellos derechos que miran al sólo interés individual del renunciante y siempre y cuando la renuncia no este prohibida por la ley”¹⁶.

Como conclusión y de acuerdo a las posturas anteriormente expuestas, podemos apreciar lo siguiente:

1.- Puede pactarse la resolución *ipso facto* en cualquier contrato, y en la misma compraventa en otras obligaciones que no sean del pago del precio, pudiendo utilizarse cualquier expresión, quedando establecido claramente que no es necesario de una intervención judicial.

¹⁴ Rene Abeliuk, “De las obligaciones”, Santiago, 2da. Edición, Editorial Edior Editores Ltda., año 1983, pág. 347 y 348.

¹⁵ Andrés Bello, Código Civil Chileno, Art. 1880, Edición Estudiantil 2006. pág. 359.

¹⁶ Juan Andrés Orrego Acuña, “Apuntes de Teoría General de las obligaciones”, Santiago, pág. 28.

2.- Lo anterior deriva de la voluntad de las partes y no del art. 1879, que es una norma limitativa de la autonomía privada, y en consecuencia, se aplica únicamente para el caso previsto. Sin perjuicio que no todos los autores están de acuerdo con ello.

3.- La estipulación de las partes debe respetarse. En consecuencia la resolución se produce de pleno derecho, tal como las partes lo hubiesen querido y por el solo hecho del no cumplimiento; en este caso la sentencia judicial se limitará a constatar la resolución ya producida.

4.- El acreedor, de acuerdo a la regla general del art. 1487, tiene un derecho adicional, por el cual: “Cumplida la condición resolutoria, no deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta a favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere”, es decir, el acreedor puede renunciar a la resolución ya producida, porque está establecida en su exclusivo beneficio.

Sin embargo, también hay opiniones contrarias a lo expuesto, acordando que es ilícito estipular pacto comisorio con cláusula ipso facto en otros contratos, aplicando por analogía el art. 1879, resolviendo que el deudor puede enervar la resolución pagando dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, requiriendo un juicio para obtener la resolución, e incluso autores sostienen que se aplican las reglas generales del pago ante el vacío regulatorio.

1.6.- Ámbito de aplicación de la acción de resolución

A partir del artículo 1167 del código civil venezolano, nace la necesidad de determinar el ámbito de aplicación de la acción resolutoria, lo cual, a su vez, nos obliga a tomar posición entre varias tesis contrapuestas. Esto es: aquella que conforme a los antecedentes históricos de la acción resolutoria, expone la aplicación de la misma a ciertos contratos unilaterales y aquella que restringe su afán exclusivamente a los

contratos sinalagmáticos perfectos. Sin embargo, la adopción de este último, obliga a precisar la noción de contrato bilateral y excluye del ámbito de aplicación a la acción, tanto de donación con cargas, como al mutuo con interés y al convenio de partición de una comunidad. En cambio, no parece ser inconveniente para que la resolución se aplique, parcialmente y/o dentro de ciertos límites a los contratos plurilaterales, a la mayor parte de los contratos aleatorios y a la transacción judicial o extrajudicial.

Si la resolución supone la liberación de vínculos jurídicos derivados del contrato que sometía a las partes a múltiples obligaciones de cumplimiento, y se funda precisamente en el incumplimiento por una de las partes en sus respectivos deberes, hay nulidad del contrato y como tal no existe el deber, lo que acarrea como consecuencia que mal podrá tratarse de una resolución. Razón por la cual, algunos autores hacen el reparo de que la acción de resolución del contrato, solo se concibe respecto de un contrato válido.

1.6.1- Bilateralidad o unilateralidad del contrato

Para indicar el campo de aplicación en este tipo de contratos, se hará referencia a los arts. 1167 código civil venezolano, *el que señala de manera explícita al contrato bilateral*, y al 1134, que utiliza un método indirecto para caracterizar dicho tipo contractual, expresando: “El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente”. A partir de esto último, se observamos que el artículo 1134 del código civil venezolano es una derivación del art. 1099 del Código Civil italiano de 1865, el cual define el contrato bilateral como aquel en que “los contrayentes se obligan recíprocamente unos respecto de otros” y en su reforma en el año 1942, no solo se prescindió de la definición sino que se sustituyó la expresión de “contrato bilateral” por la de “contratos con obligaciones para una sola de las partes”.

Las disposiciones del Código Civil Francés son idénticas a las del Código Civil Italiano de 1865. Sin embargo, los franceses realizan una distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, mostrando en sus artículos que siguieron estrictamente los

conceptos recibidos del derecho romano; el derecho francés, por su parte distingue en el mismo campo de los contratos bilaterales, aquellos en los cuales la contraprestación es un equivalente de la prestación, de aquellos en que no hay tal contraprestación, alejándose en esta terminología del derecho romano. Siguiendo la tesis francesa, los contratos bilaterales con prestaciones equivalentes son conmutativos o aleatorios, según que se tenga en ellos el simple cambio de prestaciones de igual valor o que el equivalente consista en la posibilidad de una ganancia o de una pérdida dependiente de un evento incierto.

Por tanto, se puede pensar que el cambio de expresión en el Código Civil Italiano, habría querido aclarar esta mayor amplitud que tiene la aplicación de la acción resolutoria, a lo menos respecto del ambiguo uso que la doctrina hace del concepto de contrato bilateral. Ello en atención a que ambas expresiones: “contrato bilateral” y “contrato unilateral” parecen más bien aptas para distinguir atributos del negocio jurídico en función de si constituye requisito para su perfeccionamiento la concurrencia de una o más manifestaciones de voluntades.

Este cambio de expresión en la codificación italiana, para otros juristas habría tenido un alcance más significativo. Mosco, a este respecto señala que: *“la resolución se aplica a todos los contratos conmutativos, es decir, a todos aquellos contratos en los que haya intercambio de deberes recíprocos, incluso si uno de ellos ha de cumplirse al mismo instante de la perfección del contrato, por cuanto constituye condición indispensable para su perfeccionamiento o efecto simultáneo del mismo”*¹⁷.

Por otra parte, Demolobne, en un esfuerzo de expandir el campo de aplicación de la acción resolución más allá del estricto ámbito sugerido por el concepto de contrato bilateral, corresponde a una corriente doctrinal que se remonta a los primeros años de vigencia del Código de Napoleón. señala que *“no solamente en los contratos sinalagmáticos esta condición debe considerarse sobreentendida, si no que a modo más general en los contratos a título oneroso, en los que hay intereses de partes y parte – Si en el art. 1184 código civil venezolano no se ha mencionado los contratos*

¹⁷ Mosco, cap. VI, número 36, pág 2

sinalagmáticos, es porque los redactores del código han seguido a Pothier, quien aplicaba esta resolución solo a los contratos sinalagmáticos, debiendo ser aplicada cuanto menos a los contratos onerosos, no existiendo duda en nuestro antiguo derecho. Más aún, esta condición resolutoria tácita, la encontraremos en todos aquellos casos en que una de las partes deje de ejecutar las obligaciones que el contrato le imponía, y en fé de las cuales la otra parte había consentido en obligarse. En todo caso, no solamente decimos en los contratos sinalagmáticos perfectos e imperfectos o en los contratos unilaterales oneroso, sino aún en los contratos de beneficencia, como también en los actos de disposición a título gratuito, donaciones o testamentos”¹⁸.

Semejante opinión, que parte de la connotación de que la resolución fue aplicada en la jurisprudencia de los parlamentos del antiguo régimen más allá de los contratos sinalagmáticos, choca abiertamente contra lo dispuesto en el artículo 1167 de código civil venezolano, lo que hace que sean muchos los autores que se resistan a admitir una acción resolutoria en sentido propio fuera del estricto ámbito de los contratos bilaterales.

Los autores iberoamericanos, suelen esgrimir dos argumentos adicionales. En consideración al primero, la resolución se funda en la existencia de una equivalencia entre dos prestaciones contrapuestas por lo que al desaparecer tal equivalencia, caso del contrato unilateral, es de suponerse que no haya estado en la mente del legislador establecer la resolución como una disposición general. El segundo, se funda que la resolución por significar una modalidad impuesta por la ley y no por la voluntad de las partes, por el hecho de no encontrarse expresa en el contrato, sino tácita, debe interpretarse estrictamente, sin extenderla a casos no contemplados en la excepción.

Por tanto, para determinar si la obligación que se alega vulnerada a los fines del ejercicio de la resolución, derivada de la misma fuente contractual, habrá que tener en cuenta la regla del art. 1546 del C.C., según la cual, los contratos “*obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley*”. El problema se circunscribe, en la calificación

¹⁸ Demolombe, número 492 – 494, págs. 472 – 475

de la obligación como obligación contractual u obligación fundada directamente en la ley. Pues la voluntad de las partes no es siempre explícita cuando se trata de obligaciones accesorias. Así, puede haber duda sobre la intención de las partes, en cuyo caso son los tribunales de justicia quienes deben determinar el contenido del contrato. Por tanto, es necesario tener en cuenta no solo las obligaciones que las partes han estipulado de común acuerdo, sino también aquellas que la ley, la equidad o el uso les impone como consecuencias o que la buena fe les obliga a ejecutar.

Para que las obligaciones de las partes puedan considerarse nacidas del contrato, se requieren que tales consecuencias sean coetáneas y dependiente del acuerdo de voluntades en sí mismo, y que no se trate de una obligación fundada en la ley para regir un hecho sobrevenido con posterioridad a la formación del consentimiento. De acuerdo a lo expuesto, hay que tomar en consideración la formación de la voluntad en los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos. Aquí la interdependencia de las obligaciones no resulta de las partes, sino de la ley. Así, a modo de ejemplo, en el contrato de depósito gratuito, la única obligación que se deriva del contrato es para el depositario –devolver la cosa recibida en el depósito– sin embargo, puede surgir a cargo del depositante, la obligación de reembolsar al depositario los gastos que este hubiese incurrido en la conservación de la cosa o las indemnizaciones de los daños que eventualmente hubiese ocasionado el depósito. Una figura parecida ocurre en el contrato del mandato gratuito, la única obligación contractual es la del mandatario como lo es realizar la gestión jurídica encomendada, puede eventualmente obligar al mandante a resarcir al mandatario las pérdidas, que este haya sufrido por causa de su gestión.

A pesar de que estas obligaciones tienen su fuente en la ley, no cambian la naturaleza de esta clase de contratos, continúan siendo unilaterales y estarían excluidos en el ámbito de aplicación de la resolución, habiendo proveído la ley en las eventualidades señaladas en los ejemplos, evitar las posibles iniquidades mediante otro remedio específico de diferente naturaleza, llamado “derecho de retención”.

La bilateralidad de un determinado contrato no se deriva solo de la circunstancia de que el mismo contrato haga nacer obligaciones para ambas partes contratantes, sino que

estas obligaciones sean recíprocas – mutuo cambio de una acción por otra - entendido en un doble sentido; la asunción de la obligación por una de las partes corresponde la asunción de la otra parte y el deber de cumplimiento de cada parte está en estricta relación con el modo de cumplimiento de su respectiva obligación, deudor versus acreedor.

La Corte Suprema alemana, tuvo la ocasión de afirmar así el carácter de bilateral del contrato, en un caso examinado, una parte se obliga a renunciar a toda acción contra la otra parte después de la venta de una sociedad que había tenido con ella, a cambio de la obligación de esta última, esto es pagarle una cierta suma anual de dinero calculado sobre el balance; en esta situación ha admitido la procedencia de “la acción resolutoria, por considerar irrelevante la *igualdad de valores entre ambas prestaciones a los fines de la bilateralidad del contrato*”¹⁹. Por tanto, la bilateralidad del contrato puede depender de la voluntad de las partes que concurran a su formación, como sí contratos unilaterales por naturaleza, pueden convertirse en bilaterales si las partes pactan una retribución a cargo del acreedor de la obligación, en este caso, de acuerdo a los ejemplos señalados del mandatario o depositario.

1.6.2.- Inaplicabilidad de la acción a la donación con cargas

La carga es una obligación secundaria y accidental, y no una contraprestación que pueda manifestarse respecto de la liberalidad. Aún si el donante somete la liberalidad a la condición del cumplimiento de la carga, el contrato continúa siendo gratuito.

El problema en nuestro código, en el ámbito de aplicación del art. 1167 código civil venezolano, nace del hecho de la eliminación de la norma que consagraba la procedencia de la resolución por incumplimiento de las cargas impuestas al donatario en la última reforma del año 1942, siguiendo la comisión codificadora de la época, las disposiciones consagradas en el Código Civil Italiano del año 1865.

¹⁹ Constantinesco, La résolution, núm 46, pág 88.

El incumplimiento de las cargas en una donación modal, no da más acción que la de cumplimiento, salvo que en el propio contrato se hubiera previsto una cláusula resolutoria expresa para aquella eventualidad.

Barbero, expresa “por el cumplimiento de la carga, si no se ejecuta espontáneamente, puede accionar tanto el donante como cualquier otro interesado, aun durante la vida del primero; pero está excluida la resolución por incumplimiento si ella no ha sido expresamente prevista en el propio contrato de donación, caso este último en que tendrán la acción solo el donante o sus herederos”²⁰.

1.6.3.- El caso del mutuo con interés

El art. 1820 del Código Civil italiano de 1942 -que no existe en nuestro Código-. Dicha norma alude al caso de incumplimiento de la obligación del mutuario de pagar los intereses, autorizando al mutuante para exigir la inmediata devolución de la suma prestada. Esta situación no tiene nada en común con la resolución, solo confiere un derecho a la restitución anticipada de dicha suma, y por lo tanto, de una caducidad del término del contrato.

Así se ha propuesto salvar la concepción antes descrita del mutuo, a fin de concebirlo más bien como un simple contrato bilateral, en la cual la correspectividad se da entre la obligación del mutuante de respetar el diferimiento y la del mutuario de pagar los intereses.

1.7.- Aplicación de la acción a los contratos plurilaterales

En estos contratos las obligaciones que asumen las partes representan solo un medio para obtener un fin común, lo que hace posible que pueda conseguirse este, aun si eventualmente no se cumplieran en su totalidad las obligaciones que se habían contraído a tal propósito. Reparo especial merecen este tipo de contratos de asociación

²⁰ Barbero, Tomo II, núm 962, pág 705.

o de organización que se caracterizan por la participación de dos o más partes que asumen compromisos respecto de las otras, teniendo como mira, obtener un propósito común a todos ellos.

La estructura antes mencionada, hace pensar a ciertos autores en la “absoluta inaplicabilidad de las reglas sobre la resolución de los contratos en este género. En cambio, otros se limitan a considerar que las normas especial sobre exclusión de socios o disolución anticipada de la sociedad, deben entenderse definidas a los casos taxativos en ellas contemplados, fuera de aquellos casos, debe recuperarse el imperio de la regla genérica del art. 1167 del código civil venezolano”²¹.

La obligación de cada parte, en estos casos de contratos plurilaterales, no son las contraprestaciones de las partes, sino que se considera tanto son necesarias para la realización del fin común, dándose únicamente en la medida en que esta última pueda influir en la consecuencia del fin común. Aquí la resolución se funda en la idea de una sanción, operando solo en perjuicio del incumplidor y no en los demás participantes o socios del contrato plurilateral, tomando una fisonomía particular coincidiendo con la exclusión de los socios o de la disolución de la sociedad, y que solo en casos extremos adoptaría la forma de una resolución propiamente tal.

1.8.- Aplicación de la acción en los contratos aleatorios

Una de las cuestiones más debatidas es la procedencia de la acción resolutoria en los contratos aleatorios.

“En los contratos aleatorios, la causa primera de la obligación de cada parte reside en la consideración del riesgo. Así el solo hecho de incumplimiento de las obligaciones por una de las partes no debe autorizar a la otra a pedir la rescisión cuando se ha dado comienzo a la ejecución del contrato, y cada uno ha empezado a correr su riesgo”²², postura negativa del autor Capitant, quien con su razonamiento explica la solución del art.

²¹ Florencio Ramirez, “La sociedad y el pacto comisorio tácito”, revista del Colegio de Abogados del Estado de Mérida, 1932, núm 2, págs. 44 – 48.

²² Capitant, “De la causa”, núm 157, pág 346.

1978 del Código Civil francés equivalente al artículo 1796 del código civil venezolano, que dispone que la sola falta de pago de los atrasos de una renta vitalicia no autoriza a aquel en cuyo favor se constituyó a demandar el reembolso del capital.

Para Laurent, la naturaleza aleatoria del contrato de renta es la que se opone a la resolución por falta de pago de los atrasos.

Sin embargo, existen otras circunstancias en que textos legales referentes a contratos aleatorios, admiten la aplicación de la acción resolutoria en determinados supuestos, situación que ha llevado a algunos autores a rechazar la tesis de Capitant, y a negar la expresión de un principio general que repudie la aplicabilidad de la acción resolutoria a los contratos aleatorios.

En efecto el artículo 1977 del CC francés permite al acreedor de una renta vitalicia demandar la resolución del contrato, si su constituyente no le otorga las seguridades estipuladas para su cumplimiento. Esto ha conducido al afianzamiento de una tesis contraria, según la cual, del solo carácter aleatorio del contrato no podría deducirse la inadmisibilidad de la resolución.

Se ha señalado que el artículo 1978 CC francés es contrario a la tradición, ya que el antiguo derecho común admitía la resolución del contrato de renta vitalicia, tanto en el caso de que el deudor de la renta no suministrara la seguridades ofrecidas como en el caso de simple falta de pago de los atrasos de la renta.

Sea dicho además, que el argumento según el cual la resolución carecería de eficacia en los contratos bilaterales “porque la retroactividad no volvería las cosas a su estado anterior, ya que el riesgo ya ha sido corrido, por lo menos en parte, y por tanto no hay ninguna posibilidad de restitución por no haber alea verdadera”.

Para Beltran de Heredia, una cosa es el riesgo que depende de un evento futuro e incierto, que constituye un azar imprevisible del suyo, desconectado de la voluntad de las

partes, y otra cosa es intentar vincular ese riesgo futuro o incertidumbre con la actividad voluntaria de alguno de los contratantes.

1.9.- Resolución del convenio de partición de una comunidad

La comunidad hereditaria se produce por la pluralidad de herederos, mediante la atribución a cada uno de ellos de bienes singulares o la liquidación de los que no admiten cómo división, en pago o satisfacción de sus respectivas cuotas hereditarias.

Con anterioridad a la partición, los coherederos no tienen una titularidad sobre bienes concretos de la herencia, sino sobre una cuota abstracta de la partición, pudiendo disponer libremente sobre la cuota ideal, no así sobre las singulares partículas activas que integran el contenido de la herencia.

En la doctrina francesa, se enseña también que el contrato mediante el cual se realiza la partición está excluido del ámbito de aplicación del art. 1167, razón por la cual no podrá demandarse la resolución de una partición en el caso de que uno de los intervinientes en la misma dejare de cumplir sus compromisos. Razones que se fundan en las siguientes hipótesis:

a.- La partición tiene naturaleza declarativa, por lo cual los derechos de los herederos se desprenden de los derechos del difunto y no de los demás coherederos. Lo contrario haría incomprensible los efectos retroactivos de la resolución. Dicho efecto retroactivo al reponer cada parte en el antiguo estado de indivisión, ocasionaría como consecuencia hacer recuperar la copropiedad sobre bienes que, de acuerdo a la ficción legal, no habrían formado jamás parte de su patrimonio.

b.- La resolución de la partición por incumplimiento de alguno de los copartícipes haría recaer la sanción sobre partes a las que no podría imputárseles falta alguna, lo que no es compatible con los principios mismo de la resolución.

c.- La resolución de la partición, debido a la complejidad de la operación, acarrearía gravísimas consecuencias prácticas, especialmente si se consideran los derechos que hubieran podido transmitirse a terceros por la vía de algunos de los coparticipes. Por ello es más razonable subordinar en favor del interés general, el interés particular del acreedor, que resultaría sacrificado con la exclusión de resolución en partición.

d.- Si se acoge la doctrina que funda la resolución del ex art. 1167 del código civil venezolano en una condición sobrentendida, no resulta lógico suponer que las partes hayan querido admitir en esta materia consecuencias como la que traería la resolución de la partición.

e.- El interés primario que tiene la ley en hacer cesar el estado de indivisión, y consecuentemente la estabilidad de la partición, ha conducido precisamente a que los remedios para los vicios que puedan afectar una partición, hayan sido directamente regulados por la sección VII del capítulo III, título II del libro III del Código Civil.

Cabe mencionar que nuestro Código Civil, en su art. 1348, tiene la misma redacción que el art. 1120 del código civil francés, lo cual hace pensar que la jurisprudencia chilena no ha dudado en sostener la misma tesis que predomina en Francia y en Italia. Y es la que se juzga también la más correcta.

1.10.- Resolución de la transacción

Como fundamento del carácter declarativo de la transacción, y no constitutivo o traslativo de derechos, se ha sostenido que la acción resolutoria resulta inaplicable a esta figura. Contraria a esta postura es la doctrina tradicional, que define a la transacción como contrato bilateral, caracterizándola por “las recíprocas concesiones” que las partes intervinientes en ella terminan un litigio pendiente o para precaver un litigio eventual.

En favor de la aplicación de la acción resolutoria en la transacción, se señala los siguientes argumentos:

a.- El carácter del contrato bilateral, que corresponde a la transacción, se remonta a las fuentes romanas, que precisamente la distinguían de la renuncia, donación y en general de otros negocios que igualmente implicaban el simple abandono de una pretensión, en tanto la transacción no podría existir sin una recíproca concesión.

b.- Se equipara la transacción con la cosa juzgada, la cual no tiene más propósito que enfatizar el principio de la eficacia obligatoria de tal contrato.

c.- No puede asimilarse novación y transacción, pues mientras que la causa de la novación es la sustitución de una antigua obligación, cierta y reconocida por una nueva, la transacción en cambio, supone por definición un estado de incertidumbre en la relación jurídica entre la partes que las ha llevado a una litis, para determinar el contenido de la prestación que generaba incertidumbre o para suplantarse simplemente una relación incierta por una situación jurídica cierta.

Aport, admite que en la transacción la condición resolutoria está siempre sobrentendida para el caso de incumplimiento y se debe excluir en las partes la voluntad de extinguir definitivamente la relación sobre la cual transigen. Ello se debe a que tal voluntad vendría a estar en abierta contradicción con la voluntad presunta de condicionar la plena eficacia de la nueva relación jurídica, en otras palabras, la parcial renuncia a las recíprocas pretensiones.

“La resolución de la transacción debe llevar entonces las cosas al mismo estado en que ellas estaban antes de la celebración de la misma, como si ella no se hubiese celebrado; y por consiguiente recuperar su vigor en las relaciones originarias en el estado en que se encontraban antes de que las partes transigieran, y si la lite ya había surgido, esta revive en el mismo estado en que se hallaba cuando fue estipulado el acuerdo resulto”²³.

²³ Aportí, pág 775, cap VII, núm 179.

CAPITULO SEGUNDO: REMEDIOS CONTRACTUALES, ANALISIS ECONOMICO

Si bien las formas de contratar y las necesidades son las mismas en todas las jurisdicciones, los remedios contractuales pueden variar de un país a otro. Se puede sostener que casi todas las doctrinas que han tratado este tema, se han enfocado principalmente, al análisis de una regla en particular, la del “*Derecho Común*” o “*Common Law*”, que ni siquiera es similar a la que contiene nuestro ordenamiento jurídico. Es más hace ya treinta años que la doctrina norteamericana viene discutiendo sobre estos remedios, que en sencillas palabras, son las soluciones que el sistema jurídico provee ante el incumplimiento contractual.

La discusión académica gira en torno al análisis de las distintas reglas que existen en los sistemas legales desde el punto de vista de la eficiencia, es decir, cuál regla legal puede hacer que los recursos a utilizar sean los más valorados. A comienzos de los años setenta, empieza a cobrar cierta fuerza legal los trabajos de Coase y Calabresi, los cuales suelen ser considerados como los indicadores de este movimiento norteamericano llamado *Law and Economics*.

Algunos profesores de la época, dieron con el concepto de incumplimiento eficiente, esta doctrina, retomando lo que ya había señalado un juez a comienzos del siglo XX, sostenía que en algunos casos, era más conveniente, siempre desde el punto de vista de la eficiencia, incumplir un contrato que cumplirlo. Afirmación que dio pie para preguntarse qué tipo de regla lograba mejor que se cumplieran los contratos que eran eficientes y que se incumplieran los que no lo eran. De este modo se da inicio a la discusión en torno a los remedios contractuales.

2.- Reglas del Derecho Común o Common Law

Como punto de partida es el análisis de la regla vigente en el sistema legal norteamericano, criterio que considera que la parte inocente ante el incumplimiento contractual, sólo tiene derecho a que se le indemnice por los daños sufridos, y que esos daños, se midan según la tabla de su expectativa. De manera excepcional, los tribunales de equidad estaban dispuestos a otorgar a la parte inocente la ejecución específica de la prestación, sólo existiendo razones fundadas en que el pago de daños no será compensatorio y se trate de un bien que tenga el carácter de único. *Sólo bajo este razonamiento, la parte inocente, podía recurrir al tribunal para que en vez de ordenar el pago de daños por expectativas, decidiese obligar a la contraparte a cumplir con la obligación, demostrando que aquella obligación no es cualquiera, que no se puede encontrar fácilmente en el mercado y que de ninguna manera la indemnización en dinero va a dejarlo igual de satisfecho.*

Existen diversas opiniones respecto a la regla del *Common Law*, variados autores toman distintas perspectivas frente a ella, algunos la consideraban eficiente. Este entusiasmo fue disipando y surgieron posiciones que criticaban la eficiencia de esta regla de aplicación general. Otros autores, defendían la implementación del cumplimiento forzoso como regla general, otros pretendían diferenciar si se trataba de producir bienes o transferir propiedad y por otro lado están los que utilizan marcos analíticos que no ocupan como referencia esta regla de pago por daños.

La evolución de la discusión se ve también reflejada en los distintos remedios que los autores defendían como los más eficientes. Por regla general, entre más partidario el autor de la regla eficiente, más va a defender el pago de los daños monetarios, y por el contrario, entre menos le guste al autor el incumplimiento eficiente, más va a amparar una regla de ejecución específica.

2.1.- Incumplimiento eficiente

Esta discusión nace de la mano con la denominada teoría del incumplimiento eficiente, la cual sostiene que de cumplirse al pie de la letra todos los contratos, puede llevar a ineficiencias. Bullard, la define de la siguiente manera “Se presenta cuando entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado cambios que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se tome menos eficiente”. Esta noción de incumplimiento fue acuñada ante la constatación empírica de que en algunos casos, generalmente en aquellos en que el cumplimiento no calza temporalmente con el momento de la celebración, hace que se cumpla el contrato llevando a resultados ineficientes.

Aún más, la teoría sostiene que sólo los contratos de cuyo cumplimiento resulte una asignación de los recursos a sus usos más valiosos tendrán que ser cumplidos. En este punto la discusión comienza a cobrar sentido. Pues el remedio contractual eficiente, es aquel que incentiva a las partes a cumplir con los contratos eficientes, y a la vez, las desincentiva a cumplir los contratos que no lo son.

2.2.- Daños monetarios vs ejecución específica

El debate norteamericano respecto a los remedios contractuales se basa principalmente en la comparación de las virtudes y defectos que ofrecen los dos remedios principales de su sistema: esto es, ejecución específica y el pago por daños. Razón por la cual estudiaremos los conceptos principales de este debate para luego utilizarlos en el análisis de nuestras propias instituciones:

a.- **Riesgo de subcompensar:** la regla por defecto en el *common law* en la cuantificación de los daños es la medida de expectativas. Según ésta, la parte que incumple deberá indemnizar a su contratante por un monto tal, que a este último le sea totalmente

indiferente entre que se cumpla el contrato, o que se le indemnice. Si una parte decide incumplir porque le ha llegado una nueva oferta, a la otra parte le resultará completamente indiferente mientras que se le indemnice de acuerdo a sus expectativas. Así, desde ese punto de vista, el quiebre eficiente es algo deseable. Kronmman sostiene que otra cosa sucede cuando se ve enfrentado a consideraciones prácticas, pues los “tribunales al momento de determinar el monto de los daños monetarios corren el riesgo de subcompensar a las víctimas”.

Este autor, utiliza el marco analítico de Calabresi para defender la eficiencia del actual sistema de remedios norteamericano, y en especial, de la modalidad que utilizan los tribunales para ver si conceden la ejecución específica o no. Kronman, indica que una regla de daños monetarios, en este sentido protege la titularidad del derecho a la prestación con una regla de responsabilidad, esto es, una de aquellas reglas con que el sistema legal protege las titularidades donde los costos de transacción son altos, e impedirán a las partes llegar a un acuerdo privado. No obstante, este no es el caso del incumplimiento contractual, aquí las partes ya manejan la información, más que los tribunales, sobre las valoraciones que hace su contraparte.

De acuerdo a lo anterior, es ahí donde el tribunal corre el riesgo al subcompensar, en el caso de bienes “únicos” sería muy alto como para ser permitido. La subcompensación sería un efecto de que este tipo de bienes suelen tener altas valoraciones subjetivas, que son difícilmente evaluables en dinero. Además, el autor supone que esta regla, sería escogida por las partes si es que se hubieran tomado el tiempo para negociar antes. Ello en atención, a que si el objeto es común y corriente se debe preferir la regla de daños monetarios. En consideración a ella se puede saber con un grado de certeza cuanto es el valor en el mercado y cuánto dinero requerirá la otra parte para comprar una cosa con semejantes características, en cambio si fuese único y no estuviese en el mercado. El riesgo de subcompensar sería tan alto que la eficiencia ordena que el objeto debe ser entregado a la parte contratante.

b.- **Negociaciones ex post:** para Alan Schwartz, la sola distinción entre bienes únicos y los que no tienen este carácter, no da cuenta de la vasta gama de intereses que pueden tener las partes. *Asevera que no es tan fácil reconocer el interés de las partes ex ante, pues el vendedor del bien único tiene más razones para creer que un nueva y mejorada oferta puede llegar por ese producto, así mismo, indica que tampoco es cierto que necesariamente haya menos información de mercado con respecto a bienes únicos.* En otras palabras, para Schwartz el riesgo de subcompensación no es solamente un riesgo que se corre al momento de indemnizar, sino que es casi inevitable dentro del diseño del sistema de daños monetarios. Frente a este riesgo recomienda la ejecución específica del contrato como regla general del sistema.

Otro punto, sobre el que llama la atención este autor, es sobre las denominadas negociaciones post incumplimiento. *Los defensores del remedio de daños monetarios sostienen que, de haber ejecución específica, los costos de una nueva transacción para que la parte deje de vender el bien a la otra parte contratante, son costos que en definitiva solo generan un efecto redistribucional y en ningún caso aumentan el bienestar de la sociedad.* Schwartz, frente a esta postura sostiene que un análisis incompleto olvida los costos en que se incurre, bajo un remedio de pago por daños en que el tribunal debe evaluar la cantidad a indemnizar.

Al momento de analizar la regla antes expuesta, también hay que tomar en cuenta la posibilidad de que las partes negocien entre ellas después del incumplimiento. Señala que si el bien termina en manos de un tercero que no es parte contratante, ¿qué importa quién se quede con el sobreprecio que éste ofrecía? En una regla de daños, la mayor parte del sobreprecio queda en manos del vendedor, pero se incurre en los costos de que el tribunal estime correctamente la valoración que tenía el comprador. En cambio, si la regla general es la ejecución específica, para que el bien llegue a manos del comprador existen dos opciones: primero que el vendedor negocie su salida con el comprador y segundo que el tercero compre directamente con este último. En ambas opciones no se requiere la intervención de los tribunales.

Sin embargo, este autor no es claro en su defensa, pues no es explícito en defender la implementación de un sistema remedial, donde se da al acreedor una opción entre la ejecución específica o el pago de daños, o si bien, defiende un sistema como el alemán donde la regla general ante el incumplimiento contractual es la ejecución específica.

d.- Costos de transacción: aquí nos encontramos con la opinión de Thomas Ulen, quien concluye algo muy parecido a Schwartz: “la ejecución específica debiera ser el remedio por defecto del sistema legal si es que estamos buscando la solución más eficiente”, destacando los costos de transacción. Dichos autores recogiendo el análisis de Calabresi y Melamed en un sentido más natural, señalan que: “cuando un contrato ha sido incumplido, el asunto de mayor importancia para la Corte debería ser el nivel de los costos de transacción al moroso y parte inocente. Si los costos son bajos, entonces las negociaciones privadas son posibles y el método más eficaz para que el tribunal ordene es el cumplimiento específico. Pero, si los costos de transacción son altos, el tribunal debe obligar a un cambio de valor determinado colectivamente; es decir, se debe evaluar daños monetarios contra el daño”²⁴.

Se puede apreciar, que con el transcurso de los años, el espectro de la discusión sobre los remedios contractuales se iba reduciendo a quienes defendían la regla de daños, y a quienes, por el contrario defendían la regla de la ejecución específica. Por lo tanto, no solo caben dos opciones: daños o ejecución específica, sino que también se puede hacer un sistema que diferencie entre distintos tipos de casos, por cierto, aquel utilizado por el sistema norteamericano con el test uniqueness, el cual provee un remedio para los bienes que son considerados únicos, y otro distinto para los que no lo son.

Ahora bien, existen diversas reglas que serán aplicados dependiendo del caso a tratar, las cuales conoceremos a continuación:

²⁴ Ulen, Thomas. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. N° 83. 1984. p. 369.

a.- **Contratos de dar y de hacer;** *aquella que corresponde a un sistema similar a la regla general del Common Law*, da remedios distintos dependiendo del caso que se presente. Aquella hipótesis planteada por Steven Shavell, quien defiende el sistema francés, distinguiendo entre contratos de hacer y de dar, protegiendo a los primeros con el pago de daños y a los segundos con ejecución específica. Para este autor, las contingencias que pueden sufrir las partes al momento de decidir entre cumplir un contrato o no, es que los costos de producción se incrementen de manera tal que resulte que las utilidades que de él se esperan sean inferiores a los costos que se tiene que padecer para producir el bien. Este costo se elevaría en aquellos contratos en que se tiene que hacer o construir algo.

Diferencia con el contrato de dar, en los que solo se transfiere la propiedad y no hay costos de producción involucrados. En estos casos si puede haber ofertas posteriores, pero éstas no llevarían una asignación ineficiente de los recursos, debido a que el vendedor, en caso de recibir una oferta, siempre puede redirigir esa oferta al comprador original, hasta el mismo monto que le ofrece el nuevo comprador.

Para este autor, el riesgo que se corre con una regla de ejecución específica, es que se cumpla con los contratos más allá de lo recomendable por la eficiencia, riesgo que no se genera en los contratos de dar.

Este debate considera variantes que tienden a diferenciar los casos desde lo que se conoce como objeto de la obligación. Esta diferenciación del análisis no es el único que busca adecuar los distintos remedios según las distintas particularidades que se presentan en estos casos.

b.- **Factores adicionales de diferenciación de casos;** *William Bishop, sugiere que el sistema de remedios es una intrincada red de reglas e incentivos que se resistían a ser reducidos a un determinado grupo de casos. El sistema legal de remedios establecía muchas más diferencias de las que hasta entonces venían considerando los distintos autores.*

De hecho, el sistema del *Cammon Law* no sólo distingue entre bienes únicos o fungibles, sino también si se trata de un incumplimiento del comprador o del vendedor, de si la obligación recae sobre bienes inmuebles o no, o de si hay un tercero que haya comprado de buena fe el bien que suscitó el incumplimiento. Por tanto, estos diferentes tipos de casos plantean distintos requisitos de eficiencia, someterlos a todos a la misma escala no hace sentido. Craswell, al igual que Bishop, también se aleja de la corriente mayoritaria del análisis de los remedios y critica a los autores por la discusión entre cumplimiento e incumplimiento. Ello en consideración a que la elección de un remedio u otro afecta más la decisión de contratar o no, a las precauciones que se han de tomar para el posible incumplimiento, el precio a contratar y el riesgo de los contratantes entre otros factores.

2.3.- Situación actual del debate

La aceptación del debate norteamericano en esta materia no es predominante en la doctrina nacional, que margina el régimen de remedios contractuales, pues la recepción que ha tenido en nuestra doctrina es tímida aún. Álvaro Vidal, es uno de los primeros que sostiene que el modelo que tuvo en cuenta don Andrés Bello, al momento de regular su teoría de las obligaciones, es “el de las obligaciones unilaterales de dar un cuerpo cierto o una cosa específica”. Sin embargo, el modelo actual de la obligación predominante es la obligación de dar una cosa genérica, o una obligación de hacer. Situación que hace que exista una inadecuación del modelo de la obligación, forzando a la dogmática jurídica a hacer una “relectura de las normas relevantes que den respuesta adecuada a las exigencias del tráfico y la modernidad”. *Vidal, realiza esta asimilación a partir de la doctrina española, enfocándose en las nuevas regulaciones y principios en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y los principios de derecho europeo de los contratos, entregando nuevas herramientas interpretativas para asegurar una adecuación más armónica de las ya antiguas normas del Código Civil a las condiciones del mercado actual.*

La aceptación del debate norteamericano en esta materia hasta hoy resulta prácticamente inexistente. La única excepción la constituye los trabajos de Iñigo De La Maza y Álvaro Jana, quienes en su apartado: “Una mirada al artículo 1489 C.C.”, dan cuenta de la importancia de esta materia. A dicho efecto usan el análisis económico del derecho para analizar el régimen de remedios que otorga el art. 1489 de nuestro Código Civil en un contrato de transferencia de dominio de un bien no fungible. A pesar que su obra es corta, utilizan a grandes rasgos el esquema de Cooter y Ulen. A ella le aplican las categorías de titularidad de Calabresi y Melamed, preguntándose qué tipo de titularidad otorga el estatuto del art. 1489 C.C. *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”*. En respuesta a dicha pregunta identifican una titularidad de responsabilidad o una de propiedad, concluyendo que si bien la regla del art 1489 C.C. parece proteger al acreedor diligente con una regla de propiedad, la aplicación práctica de esta regla, dado el análisis civil y procedimental, es totalmente contraria.

La realidad, que un deudor pueda enervar la acción resolutoria hasta el juicio mediante el pago, trae en opinión de estos profesores los siguientes riesgos: primero, existe aumento de costo para la parte diligente al tener que probar en la Litis sus perjuicios; segundo, estos perjuicios en ocasiones son difícilmente de probar por lo que se corre el riesgo de la subvaloración por parte del tribunal; y tercero, existen en nuestros tribunales una tendencia a subvalorar ciertos daños, como es el caso del daño moral.

2.4.- Responsabilidad contractual en el Derecho Chileno

En nuestro país, la responsabilidad ha estado marcada por la comparación con el estudio de responsabilidad extracontractual. Por su parte, el Código Civil chileno, provee de diversas acciones al acreedor ante el incumplimiento imputable al deudor.

En ciertas ocasiones el incumplimiento se traduce en forzar al deudor a la ejecución de la obligación. En otros casos procede un simple pago por equivalencia y en otras cumple una genuina función de reparación. De ahí que surja la interrogante de dilucidar la función de la responsabilidad contractual.

Por otra parte, a la acción de indemnización de perjuicios contractuales no se le asigna una autonomía total respecto a la acción de resolución o de cumplimiento forzado del contrato, en la cual es discutible la exigencia de agotar la ejecución forzada del contrato para demandar la indemnización de perjuicios. Desde ese punto de vista, es que se procede a reconocer la independencia de la acción de indemnización de perjuicios de manera general.

El régimen legal de la denominada responsabilidad contractual permite analizar las condiciones del incumplimiento imputable al deudor.

Los tres aspectos señalados: Función, autonomía y régimen legal permiten exponer el estado actual de la responsabilidad contractual en Chile. Ello, en otros países, se traduce en los remedios contractuales, que para nuestra legislación corresponden a los daños patrimoniales, pues este último hace referencia a todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes de un sujeto, esto es en su patrimonio.

La determinación del daño patrimonial establece la cuantía indemnizable por el perjuicio cometido frente a un daño imputable a dolo o culpa, o frente a un incumplimiento contractual.

La indemnización de perjuicios busca reparar un daño sufrido, pero en ningún caso puede convertirse en una forma de lucro para el afectado. Así su único fin es resarcir de los daños que hayan sido acreditados fehacientemente. Los daños patrimoniales tiene dos vertientes:

a.- **Daño emergente**; se refiere al costo de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio, en otras palabras son los gastos

ocasionados o que se vayan a ocasionar, como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado o un tercero tienen que asumir.

El problema que se plantea es cuál es el límite de su reparación, porque no basta con que se prueben sino que han de quedar justificados en el contexto en el que el daño se ha producido. No puede aprovechar la parte perjudicada para incurrir en mejoras o gastos excesivos. La jurisprudencia ha señalado que son indemnizables los gastos “razonables” y los que no son excesivos incluso aunque no se puedan acreditar si la suma es moderada.

b.- **Lucro Cesante**; es una manifestación concreta del daño patrimonial. Se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo.

La dificultad surge ante la imposibilidad de determinar con exactitud mediante pruebas su realidad y su verdadero alcance ya que estas ganancias frustradas ofrece muchas dificultades que se fundan en la incertidumbre propia del concepto, siendo necesaria la existencia cierta de una posibilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, no bastando que las ganancias se funden en meras esperanzas. Por tanto, deben tomarse en cuenta los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debería haber percibido.

2.4.1.- Función de reparación de la responsabilidad contractual.

El Código Civil chileno no emplea la expresión “responsabilidad contractual”. Los artículos que se utilizan para configurar el régimen legal de ésta, son aquellos expresados a propósito “del efecto de las obligaciones”. Y ellos son la consecuencia que la infracción a la fuerza obligatoria del contrato genera para el acreedor de la obligación incumplida el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios, salvo que pueda justificarse por la concurrencia de la fuerza mayor o caso fortuito. Dejando claro, que la justificación de la existencia de la responsabilidad parte del reconocimiento del carácter obligatorio del vínculo contractual.

Por tanto, ante el incumplimiento del contrato nuestro ordenamiento jurídico debe propender a satisfacer no sólo la prestación insatisfecha del acreedor, sino también lograr una reparación íntegra de los daños y perjuicios causados.

La responsabilidad contractual puede entenderse como un simple pago por equivalencia de la prestación debida, o se le puede reconocer una función más amplia, según la cual la indemnización de los perjuicios contractuales comprende no sólo la prestación debida, sino también todos aquellos perjuicios a bienes distintos al objeto del contrato o que recaen en la persona del acreedor.

a.- **Responsabilidad contractual como pago por equivalencia;** en esta materia no ha sido necesario recurrir a las investigaciones teóricas destinadas a limitar la función de reparación de la responsabilidad contractual. Los principales problemas se presentan en las actividades profesionales que generan peligro para la salud de las personas. En particular el transporte y la medicina. Incluso los autores chilenos tradicionales nunca han propuesto una simple función de ejecución por equivalencia a la responsabilidad contractual.

La indemnización contractual puede equivaler a la ejecución forzada del interés esperado por el acreedor – cumplimiento por equivalencia – y, además, de manera conjunta o autónoma, al valor de los daños causados a otros bienes o a la persona del acreedor – indemnización de los perjuicios-. Ambas funciones conforman la responsabilidad contractual. De esta manera, en caso de incumplimiento del contrato y este es resuelto por la imposibilidad de exigir la ejecución forzada, la indemnización constituye una ejecución por equivalencia, pero al mismo tiempo puede corresponder a un medio de reparación de los perjuicios causados al acreedor producto de la inexecución de la obligación de manera oportuna, íntegra y efectiva, donde el acreedor para optar libremente por el cumplimiento forzado del contrato – dado que no existirían perjuicios por incumplimiento– o la resolución del contrato, ya que en este caso, la indemnización sería un enriquecimiento injusto si equivale al objeto del contrato.

De acuerdo a lo anterior, así debe entenderse la responsabilidad contractual, la cual no debe restringirse al simple valor de la prestación debida o una suma de dinero representativa del cumplimiento de la prestación, sino que debe indemnizarse el perjuicio causado al acreedor que exceda a la obligación incumplida.

Fueyo lo entiende así, al distinguir la función compensatoria – cumplimiento por equivalencia- y la función de indemnización de los perjuicios - función de reparación-²⁵. Alessandri también asigna a la responsabilidad contractual una verdadera función de reparación²⁶. A pesar, de que ambos autores reconocen la función de la responsabilidad contractual, para todos ellos la obligación que debe satisfacerse por la indemnización de perjuicios es la misma obligación incumplida por el deudor. Se niega por una parte la existencia de una nueva obligación de indemnizar los perjuicios; y por otra se reconoce la reparación de daños ajenos a la prestación insatisfecha. Por la inconsistencia se manifiesta la necesidad de reconocer la doble función de la responsabilidad contractual.

b.- La doble función de la responsabilidad contractual; para J. Huet la responsabilidad contractual presenta una doble función: “contrariamente a la responsabilidad delictual (...) la responsabilidad contractual cumple una doble función: ella asegura el pago por equivalencia de la prestación prometida al acreedor, lo que constituye sancionar una deuda preexistente, y también, la reparación de los daños causados con ocasión del incumplimiento, de tal manera que se establece entre los interesados un nuevo vínculo de derecho”. Frente al incumplimiento el acreedor tendrá dos derechos: de una parte el derecho de pago que representa el valor del crédito no satisfecho y; de otra, el derecho a la reparación de los daños como consecuencia del incumplimiento.

Esta doble función no admite dudas en el derecho chileno. Siguiendo a Grosser podría también decirse que la responsabilidad contractual permite indemnizar los daños consubstanciales y aquellos consecutivos al incumplimiento. Los primeros no tendrían

²⁵ Fueyo Laneri, “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”, Santiago 1991, pág 332

²⁶ Alessandri, “De la responsabilidad”, pág 42

una función de reparación, sino simplemente de restitución, mientras que los segundos representarían una clara función de reparación.

Estas propuestas doctrinales, muestran que la responsabilidad contractual puede cumplir una función de restitución y/o reparación, de manera indistinta. Tanto en la esfera patrimonial, como extrapatrimonial, las consecuencias del incumplimiento contractual deben satisfacer de manera íntegra al acreedor. Sin importar si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer. La responsabilidad contractual debe permitir reconstruir el patrimonio y compensar los daños extrapatrimoniales.

No obstante, hay ciertos límites que están en la propia libertad contractual o en el Código Civil. Así, por ejemplo, el art. 1558 C.C. restringe la indemnización en caso de incumplimiento culpable sólo a los daños previstos. Solo existiendo dolo en la inejecución se puede reclamar la reparación de los daños imprevistos. Salvo estas posibles restricciones, la responsabilidad contractual debe lograr la reparación de todo daño causado al acreedor.

El valor del crédito o la propia prestación representa una parte de la indemnización, pero es probable que la inejecución cause un daño diverso, cuya cuantía sea sobre todo en caso de incumplimientos contractuales que involucran un daño a la integridad física del acreedor. Así, la distinción entre pago por equivalencia y la función de reparación sólo tiene valor para estimar los montos de la indemnización. Los daños que representa el valor de unas pruebas más compleja a cargo del acreedor. En suma, estas reglas deben propender a dejar intacta la esfera patrimonial y personal del acreedor, para lograr este objeto debe reconocerse la función de reparación.

2.4.2.- Función indemnizatoria en los tribunales de justicia

Esta función ha sido aceptada por los tribunales chilenos. Aunque resulta difícil hablar de una jurisprudencia uniforme y coherente, ciertos fallos reconocen esta función de

reparación. Un ejemplo de esto es que la jurisprudencia dominante acepta la reparación del daño moral por incumplimiento contractual. Los tribunales han afirmado el derecho del acreedor a ser restablecido en una situación patrimonial igual a aquella que resultaría de la ejecución normal, oportuna y eficaz del contrato. Por otra parte la Corte Suprema ha reconocido explícitamente la función indemnizatoria de la responsabilidad contractual.

La aceptación del daño moral contractual muestra una cierta convicción en cuanto a que la indemnización no puede reducirse a los daños materiales. La Corte Suprema ha esgrimido el derecho a la integridad síquica para justificar la indemnización del daño moral contractual²⁷. En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción afirmó que el incumplimiento, por la compañía de seguros, de su obligación contractual ha debido causar al acreedor, además de los perjuicios materiales, sorpresa, molestias y preocupaciones. Para la jurisprudencia el incumplimiento contractual puede ser fuente de un daño moral. Aquel que comete un hecho ilícito o un incumplimiento contractual, cuyo resultado directo y necesario es un daño, está obligado a la reparación del daño material y moral²⁸.

| En otra sentencia, la Corte Suprema indemniza el daño moral a los contratantes de un servicio de transporte teleférico que se paralizó durante tres horas²⁹. El mismo tribunal reconoce la indemnización de daño moral contra una empresa de suministro de sangre echando mano a la teoría de la estipulación a favor de otro. Estas decisiones dejan ver que la jurisprudencia, al menos en lo relativo al daño moral, no restringe la función de la responsabilidad contractual al simple pago por equivalencia³⁰.

Como segundo lugar, y a pesar de la confusión sobre régimen de responsabilidad civil aplicable, en un caso de vicios ocultos, un fallo reconoce el derecho del acreedor a ser restablecido en una situación igual a la ejecución completa, oportuna y normal del contrato. Además, este fallo permite vislumbrar la dificultad de restringir la responsabilidad contractual a un simple pago por equivalencia. A propósito de una venta de semillas de

²⁷ Corte Suprema, “Gaceta Jurídica N° 174”, 20 de octubre de 1994.

²⁸ Corte de Apelaciones, Concepción, 21 de octubre de 1998.

²⁹ Corte Suprema, “Fallos del mes N° 474”, pág 528, 28 de mayo de 1998.

³⁰ Corte Suprema, “Gaceta Jurídica N° 238”, pág 238, 28 de abril de 2000.

espárragos, cuyo poder de germinación era muy inferior a la media, el comprador reprocho al vendedor el vicio oculto. El demandante solicitó la resolución del contrato fundada en la existencia del vicio redhibitorio y, además, la indemnización de los daños consecutivos a la mala calidad contractual. El fallo estableció una presunción contra el vendedor profesional - el conocimiento del vicio - y, además lo condenó a pagar los daños consecutivos al defecto de la cosa³¹. En este caso el precio de las semillas es un valor ínfimo en relación a los daños consecutivos al vicio oculto. De ahí la necesidad en este caso de poner el énfasis en la reparación, más que en el valor propio del crédito.

La Corte Suprema ha tenido la ocasión de pronunciarse de manera explícita sobre la función de reparación de la responsabilidad contractual. En el fallo del 19 de abril de 1982, la Corte señala que “el derecho a la reparación completa del daño, en una extensión solicitada para que la víctima sea indemnizada de todo perjuicio legalmente posible de reparación, es la regla primaria y principal en materia de responsabilidad, en lo que concierne a la responsabilidad contractual, es uno de los fundamentos elementales”³².

Los fallos citados son sentencias de diversos tribunales chilenos que no necesariamente representan una jurisprudencia en el sentido técnico de esta palabra. Sin embargo, debiera orientarse en el sentido de los fallos citados, de tal manera de reconocer una verdadera función de reparación a la responsabilidad contractual.

2.5.- La autonomía de la acción indemnizatoria contractual.

En este punto resulta necesario evitar la exigencia al acreedor de agotar los medios del cumplimiento en naturaleza o en especie de la obligación incumplida para exigir el pago por equivalencia y para los que no están de acuerdo, también debe terminarse con la posición jurisprudencial que permite al deudor enervar la acción de resolución durante el curso del juicio pagando o ejecutando lo pactado.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de diciembre de 1996.

³² Corte Suprema, 19 de abril de 1982.

2.5.1.- Elección del acreedor.

Si la obligación no ha sido cumplida debe admitirse a favor del acreedor la elección del cumplimiento forzado o de manera autónoma la indemnización de los perjuicios. Se esgrime como argumento para privilegiar la ejecución en la naturaleza la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, resulta incongruente que sea el deudor, el causante del quebrantamiento del vínculo contractual, quien pueda escudarse en esta fuerza obligatoria para hacer pervivir el contrato. De esta manera, este principio sería un obstáculo al reconocimiento de una responsabilidad contractual autónoma. Ello por cuanto el acreedor se vería forzado a demandar la ejecución del contrato, aunque ya no le interese o el beneficio esperado se haya esfumado. Por tanto, ¿existe una preeminencia de la ejecución forzada del contrato por sobre la acción indemnizatoria?

La elección se discute a propósito del valor del crédito, siendo siempre indemnizable los daños consecutivos del incumplimiento. En otras palabras, la ejecución en naturaleza no impide el derecho del acreedor para reclamar los daños distintos al valor de la prestación incumplida. La ejecución forzada no constituye impedimento a la reparación de daños diversos a la prestación. Así por ejemplo sucede con el daño moral. Pues no siempre la ejecución forzada satisface de manera íntegra al acreedor, debe tenerse en cuenta el daño moral o por el retardo o aún otro tipo de consecuencias pecuniarias. Esto último queda claro de la lectura del art. 1489 del Código Civil, que permite al acreedor diligente exigir la ejecución forzada o la resolución del contrato bilateral y además la indemnización de los perjuicios.

Cabe preguntarse, si el acreedor puede optar indistintamente por demandar al deudor incumplidor la resolución del contrato, la ejecución forzada del mismo o la indemnización compensatoria, como remedio autónomo; o si tal opción se restringe a la ejecución forzada del

contrato, o la resolución acompañada de la indemnización de perjuicios compensatoria, y en ambos casos de indemnización de perjuicios moratoria.

La autonomía de la indemnización compensatoria por incumplimiento de un contrato bilateral no ha sido mayormente abordada por la legislación nacional. En efecto, la indemnización de perjuicios como figura autónoma ha sido tratada parceladamente con ocasión de la resolución por incumplimiento, en relación con la responsabilidad contractual en el derecho chileno, como consecuencia del sistema de remedios elaborado por el nuevo derecho de la contratación y, recientemente, a propósito de sentencias que se han pronunciado sobre la pertinencia de demandar la indemnización de perjuicios en forma autónoma e independiente de la resolución o cumplimiento forzado del contrato.

No obstante la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional ha desestimado la autonomía de la indemnización compensatoria, invocando el tenor literal del artículo 1489 del Código Civil, es ahí la pregunta anteriormente señalada en cuanto a las opciones que tiene el acreedor frente al incumplimiento del deudor.

Se establece si en materia contractual se exige, por aplicación del artículo 1489 del C.C., una acumulación sucesiva de las acciones principales, cumplimiento o resolución; y la interposición de otra secundaria, indemnizatoria, o bien, puede deducirse la acción de daños de forma directa.

La tesis tradicional de los tribunales sostenía la “dependencia” de esta acción frente a las de cumplimiento y resolución. Los argumentos eran que el artículo 1489 así lo exigiría, ya que al intentar la acción autónoma indemnizatoria se desconocía la suerte que correría el contrato, este no se extinguiría ni por pago ni resolución, el contrato se mantendría legalmente vigente y subsistirían las acciones de cumplimiento y resolución.

La postura anterior comienza a cambiar con una sentencia de la Corte Suprema del 07 de diciembre de 2010³³, en la que se reconoce independencia a la acción indemnizatoria, frente a la de cumplimiento. La doctrina le reconoce independencia a la acción de perjuicios cuando se trata de obligaciones de hacer, por lo dispuesto en el artículo 1553 N° 3. La dificultad se presenta en las obligaciones de dar, en que a falta de norma expresa, esta autonomía se discutía.

Sin embargo, el criterio de especialidad, seguido por la Corte Suprema para el profesor Juan Contardo González, no es del todo correcto. Y a este respecto, el referido autor señala que no se puede “desconocer que los contratos bilaterales contengan obligaciones de hacer, por tanto, descartar el artículo 1489 por ser más general que el artículo 1553 no le parece que sea un argumento satisfactorio, desde el momento que incluye todos los casos de contratos bilaterales, sean sus obligaciones de hacer, no hacer o de dar”³⁴. La normativa del artículo 1553 parece referirse a los contratos unilaterales de hacer, es decir, regula los derechos del acreedor frente a las obligaciones de hacer, pero no es autónomo para determinar que otros derechos nacen en el marco de una obligación bilateral. El problema de fondo es hacer coincidir los derechos del artículo 1553 con el 1489, y no al revés, como es frecuente que se señala.

En segundo lugar, pareciera que no está bien delimitado el concepto de indemnización de perjuicios, que es de vital importancia para determinar la independencia de la acción. La doctrina en general asimila el concepto de indemnización al cumplimiento por equivalencia, que es precisamente el sustituto dinerario de la prestación en su naturaleza. De acuerdo a este concepto el problema de independencia se basa en que si es posible demandar al arbitrio del acreedor el cumplimiento en naturaleza o por equivalencia, la doctrina y jurisprudencia es uniforme en señalar que: “se podría solo en las obligaciones de hacer y en algunos casos en las de no hacer y es discutible en las obligaciones de dar.

³³ Corte Suprema, 07 de diciembre de 2010, Rol N° 3341 - 2009

³⁴ Contardo González, Juan Ignacio, “Revista de Derecho Privado N°22. Pág 261.

Por tanto, es posible sostener que el 1553, en sus tres numerados contiene distintas formas de cumplimiento. El número 1, es una pretensión de cumplimiento en su naturaleza, pero los numerales 2 y 3 son formas de cumplimiento por equivalencia y de acuerdo al encabezado de la norma podrían ser demandadas conjuntamente la indemnización moratoria y compensatoria. No existiendo así contradicción entre los artículos 1489 y 1553, la acción de indemnización no es autónoma, porque está subsumida en la pretensión de cumplimiento. Ambas normas serían coincidentes y complementarias, al seguir la postura del profesor Contardo, la sentencia de la Corte Suprema no sería la más idónea.

Para la profesora, Patricia López Díaz, nuestro Código Civil regula la indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato bilateral en una norma general, en el artículo 1489, sin pronunciarse respecto de su carácter complementario o autónomo.

Señala que la interpretación tradicional de la expresión “con indemnización de perjuicios” del artículo 1489 se construye a partir de la interpretación gramatical de tal expresión, la ubicación de dicha norma en el Código Civil, la opción restringida del acreedor frente a los remedios por incumplimiento y la idea de que el fundamento de la indemnización de perjuicios es la resolución o el cumplimiento forzado. Sin embargo, tal interpretación puede refutarse, sustentando una nueva interpretación lógica y sistemática de la expresión “con indemnización de perjuicios” del artículo 1489, que se referiría a la existencia de casos en que la indemnización de perjuicios es el único remedio posible. En dicho evento el derecho del acreedor para optar libremente entre los remedios se reduce a la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual y dicha acción cumple una finalidad reparatoria integral.

Adherir a esta última interpretación y concebir la indemnización compensatoria, como un remedio autónomo por incumplimiento contractual, reviste trascendental importancia para el acreedor, pues le permite alcanzar la indemnización plena de los perjuicios por incumplimiento. Ello evidentemente no ocurriría si éste solicita el cumplimiento forzado del contrato – dado que no existirían perjuicios por incumplimiento– o la resolución del contrato, ya que en este caso, la indemnización sería adicional.

Es posible vincular la indemnización compensatoria como remedio autónomo por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno, a través de una relectura o una reinterpretación del artículo 1489, siguiendo el efecto del modelo que actualmente ofrece el nuevo derecho de la contratación en esta materia. Así, nos inclinamos a favor de la autonomía de la acción indemnizatoria. Ello permitirá adecuar la normativa de incumplimiento contractual contenida en el Código Civil a las actuales condiciones del tráfico jurídico en las que prevalecen las obligaciones de objeto fungible, insertándola en la modernización del derecho de las obligaciones³⁵.

2.6.- Régimen legal de la responsabilidad contractual.

En Chile no se hace excepción a los elementos de la responsabilidad contractual, debe verificarse un hecho imputable al deudor, la mora, un daño y el vínculo causal.

2.6.1.- La culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales

El deudor para ser responsable debe haber incumplido una obligación de naturaleza contractual. Dicho incumplimiento puede acompañarse de la culpa si nos encontramos ante una obligación de medios o tratarse de obligación con inversión de carga de la prueba si la obligación es de resultado. Por otra parte, las obligaciones contractuales pueden emanar de la propia voluntad de las partes cuando así lo estipulan en el contrato, o pueden estar previstas en la ley, en ausencia de la manifestación de la voluntad de los contratantes. Por último, las obligaciones contractuales podrían generarse a partir de una interpretación objetiva del contrato por los jueces.

En cuanto a la culpa, don Andrés Bello siguió la influencia de Pothier, el Código Civil en su art. 44 admite la distinción de tres grados de culpa. Es aquí donde analizamos una cierta noción de la culpa contractual, se considera la definición de la

³⁵ López Díaz, Patricia Verónica, “Revista de Derecho Privado N° 15. Pág 65.

culpa del art. 44 C.C. de aplicación general, aunque al mismo tiempo, indica que la culpa extracontractual no admitiría graduación.

Ahora bien, la culpa contractual presenta ciertas condiciones, este análisis hay que vincularlo a la observación de la conducta desplegada por el deudor en la ejecución de las obligaciones. De ahí el reconocimiento subjetivo a la responsabilidad contractual. El juez para esclarecer la concurrencia de la culpa no debe auscultar la conciencia del autor del incumplimiento, siendo eficiente la comparación entre la conducta llevada a cabo y aquella que debería haber realizado. Se trata de una apreciación objetiva de la conducta del deudor, además del elemento objetivo de la culpa suele señalarse la imputabilidad como un elemento propio de la culpa. Temas que se trataran a continuación.

a.- **La imputabilidad y la culpa contractual;** la imputabilidad en materia contractual no puede ser considerada un elemento de la culpa ya que las personas incapaces de celebrar un contrato por impedimento absoluto no pueden generar responsabilidad contractual. Los actos o contratos celebrados por los dementes - incapaces absolutos-, se debe distinguir si el acto jurídico o contrato fue realizado antes de la declaración de interdicción o con posterioridad a este. En el primer caso el acto jurídico o contrato será válido, a menos que se pruebe que ya estaba demente, en el segundo caso la celebración del acto o contrato será objeto de nulidad absoluta. La única responsabilidad posible en casos de nulidad contractual es la aquiliana, en virtud del efecto retroactivo de la nulidad. En el caso específico de los impúberes, tampoco procede la responsabilidad extracontractual, pues el artículo 2319 CC. excluye su responsabilidad civil.

De esto puede concluirse que la imputabilidad es un elemento independiente de la culpa y que se vincula con la capacidad o discernimiento del autor del daño³⁶. Al acogerse esta observación la culpa carece de cualquier elemento subjetivo, siendo un componente de la responsabilidad eminentemente objetivo.

³⁶ Tapia, O. "La responsabilidad contractual por el hecho ajeno", pág 34.

b.- **La naturaleza eminentemente objetiva de la culpa**; aquí nos referimos al estudio comparativo de la conducta del deudor. Existe culpa si existe un distanciamiento entre la conducta del deudor y aquella in abstracto que debió haber ejecutado según parámetros objetivos. Este comportamiento abstracto es aquel del buen padre de familia, salvo que las partes o la ley hayan definido un criterio diverso de apreciación.

Puede afirmarse que el deudor, que no actúa conforme a la conducta exigible que emana de la obligación contractual, comete culpa. Sin embargo, no es suficiente asegurar de manera teórica la definición de culpa. Aquí debe vincularse el contenido de la obligación contractual que fija el comportamiento exigible y el criterio de apreciación aplicable en el examen de dos conductas: una real y la otra deseable y obligatoria, cuya equivalencia prueba la ausencia de culpa y, por el contrario, la diferencia de comportamientos afirma una conducta culpable del deudor.

2.6.2.- El régimen legal de la culpa contractual

Dos aspectos relevantes de analizar: la apreciación de la culpa y la carga de la prueba. En el terreno contractual debe estarse a la voluntad de las partes. El cumplimiento de las obligaciones debe ser apreciado en conformidad a lo manifestado en el propio contrato. En ausencia de voluntad de las partes debe tenerse en cuenta el derecho positivo.

El Código Civil chileno, acepta la apreciación in abstracto con prescindencia de las características particulares intrínsecas del deudor. Según se señaló, debe observarse si el deudor se comportó como debía hacerlo según el patrón de conducta abstracto que debe construir el juez. Esta apreciación es externa y objetiva, el art. 44 en todos los grados de culpa propone de referencia un modelo ideal sin hacer referencia a condiciones particulares del deudor. Con el apoyo de esta doctrina la jurisprudencia se refiere de manera sistemática al tipo abstracto excluyendo toda consideración de elementos físicos o psicológicos del deudor para la apreciación de la culpa. En Chile se acoge el método in abstracto.

Con respecto a la carga de la prueba, nuestro ordenamiento jurídico consagra una regla particular que contempla una presunción de culpa a partir del incumplimiento contractual. A partir del art. 1547 inciso 3° la doctrina y jurisprudencia ha entendido que existe una presunción de culpa en contra del deudor. Por consiguiente el acreedor solo debe probar la existencia de la obligación y afirmar el incumplimiento de responsabilidad *por caso fortuito o fuerza mayor*³⁷.

La jurisprudencia reconoce sin excepción esta presunción de culpa. La Corte de apelaciones de Santiago ha señalado que “el incumplimiento de la obligación o su ejecución imperfecta se presume culpable y el art. 1547 coloca a la carga del deudor la prueba de la diligencia o cuidado”³⁸. Esta regla permite una protección importante para el acreedor, al liberarlo de la carga de la prueba de la culpa.

³⁷ Alessandri, “De la responsabilidad”, pág 52.

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de diciembre de 1980

CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES CHILENO

El conjunto de normas que establece nuestro Código Civil como respuesta ante el incumplimiento contractual, no es novedoso, sus reglas básicas han experimentado una larga evolución desde hace años. A modo de ejemplo el Libro IV, de nuestro código, plasma una serie de normas que cuentan entre sus fuentes al derecho romano, el derecho canónico medieval, el consuetudinario francés hasta llegar a la codificación francesa. Este Libro es el que menos modificaciones ha experimentado en 150 años de vigencias. Su actual configuración y su sistema remedial, es fruto de siglos de sutiles modificaciones y cambios adecuados a las necesidades de la práctica, tiempo y tráfico comercial.

Esta larga evolución es lo que hace a estas normas aptas para ser miradas desde el punto de vista económico. Su constante adaptación a la realidad es un procedimiento de ensayo y error, *que hacen casi imposible que una regla abiertamente ineficiente no haya sido modificada en algún periodo u otro de la historia.*

3.1.- Características del sistema remedial chileno en las obligaciones de dar, hacer y no hacer y contratos unilaterales y bilaterales

Nuestro sistema no difiere, a grandes rasgos, del sistema francés. Distinguiendo entre obligaciones de dar, hacer o no hacer. Al primer tipo de obligación no se le reconoce ningún tipo de remedio en específico, mientras que al segundo se le destina el art. 1553 del C.C. *“si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”* y a las obligaciones de no hacer, el art. 1555 C.C. *“toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse*

de lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo. El acreedor quedara de todos modos indemne". Este sistema básico de remedios contractuales, se le acerca la condición resolutoria tácita, que no distingue de qué tipo de obligaciones se trata, si no que discrimina en virtud de la clasificación entre contratos unilaterales y bilaterales.

Por tanto, se puede observar que nuestro sistema remedial en su dimensión básica ya funciona al menos con dos variables: primero, un tipo de obligación, dar, hacer, no hacer; y segundo un tipo de contrato, unilateral o bilateral. De esta forma la parte agraviada por incumplimiento de una obligación (suponiendo que es obligación de hacer), puede optar por todas las alternativas que provee el art. 1553, y si esa obligación es parte de un contrato bilateral, puede también elegir por lo establecido en el art. 1489 C.C.

Del análisis anterior se puede concluir entonces, que a simple vista nuestro sistema remedial es un articulado rebuscado que incluye dentro de su lógica distintas variables y que la elección del remedio en particular esta principalmente en manos de la parte acreedora.

Lo anterior solo es el resultado de una larga gama de variables que nuestro código toma en cuenta a la hora de definir, cuál o cuáles son los remedios que podrá hacer valer la parte acreedora en un contrato en particular. Otra variable, que considera el sistema normativo chileno, para adecuarse con el sistema ad hoc de remedios, es el tipo de contrato con el que nos encontramos en un caso en particular.

Don Andrés Bello, en los Títulos XXIII al XXXIII del Libro Cuarto del Código, regula los principales contratos. Dentro de esta regulación y adicionalmente en los estatutos remediales del tipo de obligación, del carácter de unilateral o bilateral del contrato. El Código Civil introduce aún más reglas, orientadas a la particularidad de cada contrato, proveyendo a la parte acreedora de alguna solución más eficiente ante el incumplimiento de

alguna de las obligaciones contraídas por la otra parte. Un claro ejemplo a esto es el art. 2177 C.C. que estipula: *“el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase. En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo”*. El comodato es un contrato gratuito, real y unilateral por medio del cual el comodante entrega una cosa al comodatario, quien se obliga a restituirla después de terminado su uso. Como contrato unilateral no le resulta aplicable la condición resolutoria tácita, pero sí, dado que la obligación de *“usar la cosa según su uso convenido”* es obligación de hacer, se le aplica en integridad el estatuto del art. 1553 C.C.. En este sentido y bajo esta normativa el comodante puede pedir apremio al deudor para que utilice la cosa según su objeto convenido y que el deudor le indemnice de los perjuicios causados por el uso indebido. Sin embargo, bajo el esquema remedial, ninguna de estas dos hipótesis resulta eficiente para el comodante. A simple vista del art. 2177 C.C., las opciones del comodante nos parecen limitadas y poco convenientes y ante este limitado escenario, pensaría más de una vez antes de dar en comodato alguno de sus bienes.

Por tanto, es dentro de esta realidad que los remedios especiales de este tipo de contratos cobran verdadero sentido. El art. 2177 C.C. provee al comodante de la posibilidad de pedir la restitución anticipada de la cosa, más la indemnización de perjuicios, alternativa que se repite bajo la normativa del art. 1553 C.C. Son las particularidades de este contrato, dado su calidad de gratuito y real, lo que justifican un tratamiento diferenciado desde el punto de vista de los remedios disponibles para la parte diligente. El remedio adicional, que otorga el art. 2177 C.C. al comodante, es uno entre los numerosos ejemplos en que la regulación especial de un tipo de contrato provee a la parte acreedora de alternativas adicionales ante el incumplimiento.

En el contrato de compraventa, la situación es más detallada y exhaustiva al momento de otorgar más alternativas remediales a la parte acreedora. Dentro de las reglas de este contrato se pueden mencionar los arts. 1816 C.C.: *“la compra de cosa propia no vale: el comprador tendrá derecho a se le restituya lo que hubiere dado por ella. Los*

frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición. Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes” y 1826 C.C., que dispone: “el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él. Si el vendedor por el hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo cual se entiende, si el comprador ha pagado o esta pronto a pagar el precio integro o ha estipulado pagar a plazo. Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”, correspondiente a la regulación del saneamiento y los relativos a la lesión enorme. A modo de ejemplo, si la cosa recibida tiene un defecto o vicio oculto, el comprador bajo el estatuto de la condición resolutoria tacita, de calificarse el defecto como incumplimiento, el comprador tiene la sola opción de pedir la resolución, a este único remedio se le acopla la regulación de saneamiento de los vicios redhibitorios, propia de la compraventa. Adicionalmente se le presentan dos alternativas opcionales: la acción redhibitoria y la denominada acción quanti minoris. De esta forma el comprador tiene, por lo menos otra opción de remedio contractual a su elección.

Hasta aquí, llevamos tres variables distintas que inciden en el estatuto remedial de un incumplimiento cualquiera. Primero hay que distinguir a qué tipo de obligación se trata, luego si es un contrato bilateral o no, y por último, en la mayoría de los casos también la regulación del contrato propiamente tal comprende remedios adicionales. Sin embargo, existen aún más variables que nuestro sistema toma en cuenta para adecuarse a la realidad particular de cada caso, y que a la vez busca dar con la herramienta más justa, o quizás eficiente para cada caso en específico.

Otra variable que toma en cuenta la Ley es el tipo de bien frente al cual las partes se encuentran en el contrato. Es común de la doctrina vincular el tratamiento especial dado por Bello a los bienes inmuebles con la importancia económica que tenían estos a mediados del siglo XIX. Esa importancia diferenciada entre bienes muebles e inmuebles también se puede percibir en el sistema remedial, las cuales se ven plasmadas en dos planos: dentro del primer orden se puede nombrar como ejemplo la institución de la lesión enorme bajo un plano general y como segundo ejemplo, las diferencias que se hacen en un contrato particular, como ejemplo el contrato de arrendamiento, esto relativo a la especificidad del contrato.

Por tanto, siguiendo la postura de Bishop y a Craswell, el sistema remedial de nuestro Código Civil hace justa realidad a lo que debiera entenderse como un sistema remedial. Sin embargo, nuestro Código provee un sistema diferenciado y artificial de reglas ante el incumplimiento, y a la vez, provee de respuestas especiales para grupos de casos distintos que presentan entre ellos características en común.

Para algunos académicos, nuestra distinción entre obligaciones de dar y hacer es una distinción que se condice con los objetivos de eficiencia, existiendo una verdadera yuxtaposición de estatutos de remedios contractuales distintos para situaciones distintas, donde la generalidad de los casos la preferencia queda entregada a la parte diligente, o aquella parte que a primera vista no le es imputable el incumplimiento. Todo pareciera indicar que nuestro sistema remedial es eficiente, sin embargo, estas normas se han ido adaptando, siglo tras siglo a los requerimientos de la práctica.

3.2.- La Convención de Viena en la compraventa internacional de mercaderías

La globalización de la economía ha hecho necesaria la adopción de ciertas normas jurídicas que rijan las transacciones internacionales con independencia de la nacionalidad de las partes. A medida que se han intensificado los intercambios comerciales entre los

distintos países se ha hecho necesario, desde un punto de vista económico, la apertura de las fronteras para poder sostener una producción masiva.

De esta forma, el derecho privado entendido como un orden nacional, ligado a un territorio y un estado se torna insuficiente. Esto se manifiesta principalmente en el ámbito de los contratos, actos jurídicos concretos que se verifica en el intercambio comercial.

La mundialización de la economía, es un factor que ha empujado decisivamente la construcción de un derecho uniforme. Bajo este propósito se desarrolló la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual constituye un instrumento internacional que desde un punto de vista estrictamente legal, ha provocado el encuentro entre los sistemas jurídicos del *Common Law* y *Civil Law*, respecto de la Compraventa Internacional. Este encuentro o unificación ha sido de mucha importancia logrando soluciones, lo que nos permite señalar que se está ante un nuevo derecho, el que se diferencia perfectamente de sus fuentes de origen, derecho que parece más enraizado con las necesidades y problemas cotidianos del comercio internacional.

La Convención regula el contrato modelo del derecho contractual internacional: La Compraventa Internacional de Mercaderías, conciliando diversos aspectos de las familias jurídicas ya mencionadas; transformándose en una pieza de enorme utilidad que propone superar los límites impuestos por cada país, entrelazando las concepciones propias tanto anglosajonas como continentales, lo que ha conducido a una expedita y clara regulación que da certeza al tráfico jurídico existente entre operadores mercantiles ubicados en distintos estados.

Cabe destacar que la regulación uniforme, ha permitido encontrar soluciones permanentes aplicables a los estados contratantes, orientados a lograr mayor celeridad en el intercambio comercial internacional relativo a la compraventa.

3.2.1.- Ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías.

La Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías fue suscrita en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas en Viena entre el 10 de marzo y el 11 de abril de 1980. Entró en vigencia el 01 de enero de 1988 y es la ley de la republica desde el 03 de octubre de 1990³⁹.

Esta Convención define en sus primeros artículos cuál es su ámbito de aplicación. Señala en primer término que sólo se aplicará respecto de compraventas internacionales relacionadas exclusivamente con los Estados que son parte de la misma, precisa los tipos de compraventas, aspectos del contrato, problemas relacionados con él y señala algunos contratos semejantes a la compraventa internacional. Por último establece que la voluntad de las partes contratantes puede excluir total o parcialmente la aplicación de la Convención.

El art. 1 establece que la Convención sólo se aplicara a los contratos de compraventa internacional, esto es, a los contratos cuyas partes tengan sus establecimientos en *Estados* diferentes. Este es el único criterio para definir si la compraventa es internacional. No importando que las mercaderías tengan que ser transportadas de un país a otro, ni que los actos de oferta y aceptación sucedieran en países diversos. No importa la nacionalidad de las partes, ni si éstas son comerciantes o no.

La compraventa de mercaderías constituye el ámbito objetivo o material de aplicación de la CVCIM. En ella no se define, pese a su importancia, ninguno de ambos términos. No obstante lo cual es posible intentar una definición al respecto:

³⁹ Garro, Alejandro y ZUPPI, Alberto. “Compraventa Internacional de Mercaderías” Ediciones La Roca. Buenos Aires. Pág. 21-26.

a.- **Mercaderías**; son aquellas cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, como por ejemplo automóviles, maquinaria, programas de computación, frutas, libros, etc. Respecto de la venta de cosa futura, las cosas objeto de ésta deben tener una naturaleza jurídica de cosas muebles al tiempo de la entrega, no al tiempo de la conclusión del contrato.

Aun cuando pueden ser objeto de compraventa, quedan excluidas de la Convención la compraventa de empresas, de bienes inmuebles, así como también de los derechos incorporales tales como la cesión de créditos, derechos de autor o de las licencias de patentes.

b.- **Compraventas Internacionales**; los redactores de la Convención quisieron restringir la compraventa internacional de mercaderías. Calvo, manifiesta que se trata de un tratado internacional cuyo articulado contiene una reglamentación específica para determinados supuestos de tráfico externo, conformado por normas materiales de Derecho Internacional Privado. Por este motivo la CVCIM no es aplicable a las compraventas internas.

A lo anterior, se debe tener en cuenta que la ubicación de los establecimientos en estados diferentes constituye el presupuesto de la aplicabilidad de la Convención. Es indiferente el lugar de conclusión del contrato, el lugar donde estén situadas las mercancías o el lugar al cual deban ser transportadas para su entrega.

Enfocándonos en el estudio que nos convoca en esta memoria, se analizara a continuación el incumplimiento esencial propiamente tal de este contrato que permite a la Convención dar una clara orientación a la compraventa, donde se pretende la continuación efectiva del negocio jurídico, impidiendo la resolución por incumplimiento mínimos o no esenciales.

3.2.2.- Incumplimiento esencial del contrato en la CVCIM.

El incumplimiento del contrato, sus efectos y sanciones son tratados por diversos artículos en la Convención. Patricio Aguirre Veloso, señala que en la Convención la noción de incumplimiento de las obligaciones es reemplazada por la de incumplimiento del contrato (*breach of contract*), la que comprende toda desviación del programa de prestaciones convenido por las partes y que ocasione insatisfacción del interés del acreedor. El deudor al contratar no se obliga a la ejecución de conductas predeterminadas, sino al despliegue de toda la actividad necesaria para conseguir la satisfacción del interés contractual del acreedor, según un criterio razonable, de manera que cualquier alteración del contenido contractual que derive de la insatisfacción del interés del acreedor constituye un incumplimiento del contrato, prescindiendo del elemento de culpabilidad.

En base al concepto de incumplimiento se construye el sistema de responsabilidad proporcionado por la Convención de Viena. Existe un elemento que permite consolidar este sistema de responsabilidad contractual presente en la Convención; consistente en la creación de un régimen unitario y armonizado de remedios para el caso de incumplimiento.

Este sistema unitario de responsabilidad contractual se diferencia abiertamente con los fragmentos de los ya presentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del *civil law*. La responsabilidad contractual regula el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento, orientadas a satisfacer el interés del contratante insatisfecho. Con respecto al tema del incumplimiento en la CVCIM, este se desprende predominantemente del Derecho Anglosajón. Esto porque en el modelo del *common law*, la construcción del contrato se basa en la idea de lograr una garantía de resultado a cargo del deudor, más que en la idea de deber propia del *civil law*.

La tradición anglosajona permitió construir de forma unitaria la responsabilidad contractual en torno a la noción del incumplimiento del contrato, en la que se incluyen

todas las manifestaciones de falta de ejecución de los términos del mismo, incluyéndose la no realización de la prestación, el cumplimiento defectuoso, el retraso en el cumplimiento, y en general, cualquier situación en la que el contrato no se hubiese cumplido en los términos previstos por él. El derecho continental por su parte, considera la obligación como un deber de conducta típica, donde el deudor cumple esta obligación desarrollando el comportamiento exigido, independientemente del hecho de que se ejecute o no la prestación. Para Rodríguez⁴⁰, *la obligación es un vínculo jurídico entre un acreedor y un deudor*, en virtud de la cual, el primero está en situación de exigir al segundo la ejecución de una prestación y éste forzado a ejecutarla.

Cualquiera que sea la prestación; obligación de dar, hacer o no hacer, ella está referida a un comportamiento previamente descrito en el contrato o subsidiariamente en la ley. Por tanto, de no ejecutarse este comportamiento descrito, existe incumplimiento por parte del deudor.

El incumplimiento del contrato desprendido de la tradición anglosajona permite al acreedor utilizar un sistema de remedios mejor elaborados, desde un punto de vista sistemático, respecto de los proporcionados por la tradición continental. Siguiendo con la línea del derecho anglosajón, este permite al acreedor insatisfecho reclamar siempre la indemnización de los daños y en los casos de mayor gravedad, le permite lograr una desvinculación contractual completa, mediante la resolución del contrato, si está ante una afectación a las cláusulas esenciales del mismo. Por lo tanto, no existen remedios especiales, como las acciones de saneamiento presentes en los ordenamientos continentales, ya que los supuestos de tales acciones están integrados en la idea de incumplimiento.

En el *common law*, la responsabilidad contractual se construye al margen de la culpa del deudor, en la medida que el contratante no se vincula en torno a una promesa de conducta futura, sino que en la función a un determinado resultado, garantizando las

⁴⁰ Rodríguez Grez, Pablo. “La Obligación como Deber de Conducta Típica” (La teoría de la Imprevisión). Facultad de Derecho Universidad de Chile. p. 231.

consecuencias del resultado previsto en el contrato. Es indiferente la culpa, y el único límite es la existencia de hechos que obstaculicen el cumplimiento del contrato, los cuales evidentemente no pueden estar cubiertos por las garantías del deudor.

3.2.3.- Sistema de remedios de la CVCIM.

La Convención regula detalladamente los derechos y acciones con que cuenta el acreedor ante un caso de incumplimiento del contrato por la contraparte. Este tema aparece especificado tras la enumeración de los derechos y obligaciones emanadas del contrato de compraventa internacional.

Como ya se expuso, este es un sistema unitario de remedios, que se pone a disposición del contratante diligente una amplia gama de derechos y acciones, de los cuales podrá elegir el que mejor convenga a sus intereses contractuales, toda vez que se cumpla con el presupuesto específico requerido para su ejercicio.

Los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato son comunes para ambas partes, salvo algunos que están diseñados especialmente para el comprador o para el vendedor. Estos remedios son clasificados según los siguientes criterios:

3.2.4.-Remedios diseñados en función de la parte de la cual proviene el incumplimiento.

a.- **Remedios en función de la parte de la cual proviene el incumplimiento;** en esta categoría encontramos el cumplimiento específico o ejecución forzosa, la concesión de un plazo suplementario, la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicio, la exoneración y la conservación de las mercaderías.

b.- **Remedios diseñados en atención al incumplimiento del vendedor;** en esta categoría solo encontramos la reducción del precio.

c.- **Remedios en atención al incumplimiento del comprador;** en esta categoría encontramos la especificación de las mercaderías y subsanación de cualquier falta de conformidad.

3.2.5.- Remedios diseñados atendidos a la finalidad que cada uno de ellos persigue

a.- **Remedios que pretenden conservar el contrato;** la Convención señala la concesión de un plazo suplementario para el cumplimiento de la obligación, el cumplimiento específico de la obligación, la reducción del precio y la suspensión del cumplimiento de las obligaciones e indemnización de daños y perjuicios.

b.- **Remedios que extingue total o parcialmente la relación contractual;** en esta clasificación tenemos la resolución por incumplimiento esencial y la resolución anticipada.

c.- **Remedios que persiguen la compensación del perjuicio sufrido;** en esta clase debemos tener presente el pago de daños y perjuicios, el derecho de retención sobre las mercaderías, el derecho de retención sobre el precio de venta y el pago de intereses.

Dentro del sistema de remedios no existe una determinada jerarquía, todas las acciones disponibles presentan ventajas y desventajas, por lo cual se torna imprescindible determinar caso a caso cual es el remedio, acción o derecho más apropiado.

3.2.6.- Remedio en la resolución del contrato

La resolución del contrato en el sistema de la CVCIM es el último remedio aplicable ante el incumplimiento del contrato, siendo una medida excepcional para casos de extrema

gravedad. Ello por cuanto el sistema seguido por la Convención de Viena pretende favorecer prioritariamente a la continuidad del contrato, dados los inconvenientes que la ruptura del vínculo contractual significan en una operación comercial internacional.

Por resolución debe entenderse aquel hecho cualquiera, menos el incumplimiento de una obligación contractual. Como consecuencia de la resolución, los efectos del acto se eliminan con una total desvinculación contractual. La Convención contempla los supuestos en los que es posible declarar la resolución del contrato de manera taxativa. Para que esta declaración de resolución pueda considerarse válidamente realizada, deben cumplirse necesariamente con los requisitos de las circunstancias específicas y que el comprador o vendedor que desee resolver el contrato así lo notifique a la parte incumplidora.

En cuanto a las condiciones que dan pie a la resolución del contrato, es necesario distinguir entre aquéllas que se establecen en favor del comprador, esto es incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor y falta de entrega dentro de un plazo adicional; y aquéllas establecidas en favor del vendedor, incumplimiento esencial del contrato por parte del comprador y si el comprador no cumple su obligación dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor.

La figura del incumplimiento esencial del contrato actúa como presupuesto ineludible para la configuración del remedio de la resolución del mismo, lo cual no ocurre cuando estamos en presencia de un incumplimiento no esencial.

3.2.7.- Incumplimiento esencial del contrato en la CVCIM

Este incumplimiento se encuentra tratado en la parte tercera del capítulo primero de la Convención de Viena, en sus disposiciones generales el art. 25 señala “*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 haya*

previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Esta definición evidencia que no todo incumplimiento permite la resolución del contrato. Este tópico ha sido importante en la CVCIM, toda vez que ha significado un cambio en el punto de vista en el que tradicionalmente los sistemas del *civil law* y los del *common law* abordan la resolución del contrato.

El incumplimiento esencial es un concepto *sui generis* de la Convención sobre la compraventa internacional, que se condice perfectamente con el propósito final presente en el sistema proporcionado por Viena, preservar el contrato y evitar en la medida de lo posible, actuaciones abusivas por incumplimientos mínimos. Siguiendo esta lógica, y considerando que no siempre es posible lograr la preservación contractual, es que introdujo este concepto de incumplimiento esencial del contrato, derivado de la noción del *common law* conocida como “*breach of contrac*”, la cual en términos generales clasifica el incumplimiento del contrato de acuerdo al grado de eficacia que puede representar respecto a la continuidad y vigencia del mismo.

El criterio anterior, permite analizar la incidencia que el incumplimiento conlleva en las expectativas del contratante diligente. Si el incumplimiento significa truncar de manera definitiva el interés contractual del acreedor, frustrándolo de manera tal que se torna imposible por cualquier medio subsanar la deficiencia, nos encontramos ante la figura homologable al fundamental *breach of contract*.

Los incumplimientos menores son aquellos en que existe una alternativa que hace posible la supervivencia del contrato, el acreedor ante señales de incumplimiento del deudor, considera que no son tan serias ni sustanciales como para no satisfacer en definitiva su interés contractual. La Convención reemplaza la definición de incumplimiento de las obligaciones por la de incumplimiento del contrato, lo que permite aplicar en forma más restringida el remedio de la resolución del contrato. Sin embargo, si se aplicara el concepto de incumplimiento obligacional, sería posible recurrir al remedio de la resolución del

contrato ante la no ejecución de cualquier obligación derivada del contrato.

3.2.8.- Ámbito de aplicación del incumplimiento esencial en la CVCIM

Los efectos legales del incumplimiento contractual no dependen de la naturaleza de la obligación incumplida, sino de las consecuencias del incumplimiento que contempla el interés del acreedor. Por tanto, es adecuado estudiar la normativa de la Convención relativa al incumplimiento esencia y a su ámbito de aplicación:

a.- **Art. 49.1.a;** *normativa que regula los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor. Señala que el comprador podrá declarar resuelto el contrato si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial. Este incumplimiento se debe entender como “cualquiera” de las obligaciones, las que pueden dar lugar al incumplimiento como esencial.*

b.- **Art. 46.2;** *se refiere a la situación de que las mercaderías no fueren conformes al contrato, pudiendo constituir un caso de incumplimiento esencial. El comprador, podrá exigir la entrega de las otras mercaderías en sustitución de aquellas, solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el art. 39 o dentro del plazo razonable a partir de ese momento.*

c.- **Art. 51.2;** *el comprador podrá declarar la resolución del contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.*

d.- **Art. 64.1.a;** *normativa que regula los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por parte del comprador. Disposición armónica con la lógica planteada en la Convención de Viena, el vendedor podrá declarar resuelto el contrato si el comprador incumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención. Establece que el vendedor podrá declarar resuelto el contrato si el*

incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del comprador, le incumben conforme al contrato o a la presente Convención.

Siguiendo la normativa que conforma el sistema en la CVCIM, las consecuencias jurídicas del incumplimiento esencial del contrato es un presupuesto habilitante para que se produzca la resolución del contrato. La primera de ellas está plasmado en su art. 37, que según explica Cabanillas, es una forma de extender el derecho a subsanar las deficiencias que produce un incumplimiento esencial. En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, entregar la parte faltante o entregar otras en sustitución en caso que las entregadas no se encuentren conformes, siempre que el ejercicio de este derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la Convención de Viena. Mientras no conste con certeza que el vendedor no va a subsanar las deficiencias o defectos de las mercaderías, el comprador no podrá resolver el contrato hasta que tenga lugar la fecha fijada para la entrega alegando incumplimiento esencial.

El segundo artículo a revisar es el art. 48.1º, que establece que incluso después de la fecha de la entrega el vendedor podrá subsanar a su propio costo todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes o incertidumbres en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, esta última conserva el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios. Toda vez que invoque la excepción de incumplimiento, sólo se suspenderá el cumplimiento del contrato. Se debe tener presente que la parte que difiera en el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

CONCLUSIONES

En esta memoria, hemos abordado un tema que se vincula a diferentes materias y podemos concluir lo siguiente:

En el capítulo I del Pacto Comisorio:

Las cláusulas resolutorias, en nuestra legislación, tienen una escasa regulación y una restringida aplicación para los casos de incumplimiento contractual.

Entre ellas identificamos condición resolutoria tacita y el Pacto Comisorio, siendo esta última la estipulación por la cual las partes convienen que el contrato se resolverá, si alguna de ellas no cumple sus compromisos. En otras palabras el pacto comisorio es la condición resolutoria tacita pero expresada en el contrato.

Por lo tanto las partes pueden convenir cualquier condición resolutoria, y ella resolverá ipso facto o de pleno derecho el contrato.

En este aspecto, es esencial el art. 1545 C.C. al señalar que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y no puede ser invalidada por causal legal o ser contraria a las buenas costumbres o el orden público.

Por su parte, la condición resolutoria tacita se entiende incorporada en todo contrato bilateral, siendo un elemento de la naturaleza del contrato, y las partes pueden alterar libremente el momento y forma en que opera.

El legislador reglamento el pacto comisorio en la compraventa y sólo para la obligación del pago del precio. El debate pretende impedir que el contrato quede sin efecto, por las complicaciones que puede acarrear al acreedor dando toda clase de oportunidades al deudor para pagar, vulnerando incluso la estipulación de las partes.

A falta de disposición o reglamentación especial, la regla general en caso de incumplimiento es la condición resolutoria tácita, y por eso se considera que dicha regulación se aplica al pacto comisorio.

En el pacto comisorio calificado las partes han manifestado su voluntad, concediendo al deudor 24 horas para cumplir su obligación, sin perjuicio de ello, este podrá perseverar con el contrato si cumple dentro del plazo señalado, en caso contrario la condición opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

Se sostiene que de aceptarse esta teoría se estaría ante una condición meramente potestativa dependiente de la sola voluntad del deudor, ya que éste le bastaría no cumplir su obligación a su solo capricho para dejar sin efecto el vínculo.

El código italiano, de 1942, ha resuelto todo el problema de la “cláusula resolutoria expresa” “la resolución se produce de pleno derecho cuando el acreedor declare a la otra parte que quiere valerse de la cláusula resolutoria”. Así le queda a salvo la posibilidad al acreedor, pero sólo a él, de perseverar en el contrato.

Pese al tratamiento limitado que nuestro código da al pacto comisorio, éste corresponde a una figura más amplia y general, que frente al incumplimiento le reconoce al acreedor insatisfecho la acción de resolución. Además es aplicable a otros contratos distintos a la compraventa, y en la misma compraventa es aplicable a otras obligaciones que la expresamente regulada, la que podrá adoptar diversas modalidades según lo que las partes hayan contemplado al celebrar el contrato.

En el capítulo II de los Remedios Contractuales.

Hemos hecho referencia al debate norteamericano de los remedios contractuales desde el punto de vista del análisis económico del derecho.

Rescatamos conceptos suficientes para realizar un primer análisis de manera general del sistema de remedios contractual chileno como una estructura compleja y sofisticada, que, a través de una larga evolución, va incorporando distintas variables para dar con un remedio adecuado ante un determinado incumplimiento contractual.

Luego, el debate relacionado con la condición resolutoria tácita, uno de los principales remedios contractuales de nuestro ordenamiento jurídico, la principal disputa dice relación con la oportunidad para enervar la acción resolutoria por medio de la excepción de pago.

La regla del art 1489 C.C. parece proteger al acreedor diligente con una regla de propiedad, la aplicación práctica de esta regla, dado el análisis civil y procedimental, es totalmente contradictoria. La realidad, que un deudor pueda enervar la acción resolutoria hasta el juicio mediante el pago, trae los siguientes riesgos: primero, existe aumento de costo para la parte diligente al tener que probar en la Litis sus perjuicios; segundo, estos perjuicios en ocasiones son difíciles de probar por lo que se corre el riesgo de la subvaloración por parte del tribunal; y tercero, existen en nuestros tribunales una tendencia a subvalorar ciertos daños, como es el caso del daño moral.

En la discusión nacional, se identifican al menos dos posturas claras, que difieren radicalmente en cuanto a sus premisas. Las consecuencias de uno y otros antecedentes se evalúan utilizando los conceptos de análisis económico del derecho.

Así surgen, una postura, aquella que se limita al ámbito de aplicación de la excepción de pago y que se debiera preferir por sobre la otra, también llamada tradicional, para la cual la excepción del pago se puede interponer hasta la vista de la causa en segunda instancia, aun habiendo realizado el pago dentro del procedimiento.

El derecho comparado, estudia dos regulaciones referentes a los remedios contractuales: la norteamericana y la nacional. Siendo la ejecución específica y pago por daños los remedios norteamericanos, no aplicables en derecho nacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, en ciertas ocasiones el incumplimiento se traduce en forzar al deudor a la ejecución de la obligación, en otros casos procede un simple pago por equivalencia y en otras cumple una genuina función de reparación.

La acción de indemnización de perjuicios contractuales se le está comenzando a asignar una autonomía respecto a la acción de resolución, que antes no tenía, no siendo necesario agotar la ejecución forzada del contrato para demandar la indemnización de perjuicios. De ahí que se procede a reconocer la independencia de la acción de indemnización de perjuicios de manera general.

Por otra parte, el debate norteamericano da alguna luces sobre cómo debe ser un remedio contractual. La mirada a la doctrina extranjera y al derecho comparado nos otorga un parámetro que debiese estar presente al momento de determinar si cierta regla se acerca o aleja de algún óptimo de eficiencia establecido y si forma parte de un estatuto remedial, orientado al cumplimiento de los contratos.

En el capítulo III del Análisis económico del sistema de remedios contractuales chileno.

Nuestro trabajo nos permitió conocer y analizar una figura emergente en algunos de los nuevos ordenamientos jurídicos que nacen en el mundo. Esta figura aparece o se consagra por primera vez en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, siendo uno de los conceptos más novedosos que ella contempla. Es un tópico sumamente importante que ha significado un cambio en el punto de vista en que tradicionalmente los sistemas del *civil law* y del *common law* abordan la resolución del contrato. Este concepto, por ejemplo, se ha tomado como base para orientar el sistema de responsabilidad contractual presente en los Principios del Derecho Europeos de los Contratos.

Al ratificar la Convención, nuestro país formuló la reserva del artículo 96 CV., la exclusión se refiere, fundamentalmente a aquellas disposiciones de la Convención que

reconocen los principios del consensualismo y la libertad de forma para acreditar el contrato de compraventa internacional de mercaderías.

De todas formas, los efectos de la reserva se encuentran limitados, exclusivamente, a la formación del contrato, su modificación o extinción por mutuo acuerdo. Por tanto, la reserva no cubre todas las comunicaciones o avisos requeridos por la Convención. Otras manifestaciones de voluntad, como aquella que puede efectuar una de las partes a fin de establecer un plazo para el cumplimiento de las obligaciones del otro contratante o especificando la naturaleza de la falta de conformidad de las mercancías, o solicitando una reducción de los precios, podrán ser formulados por cualquier medio siempre y cuando éstos resulten adecuados a las circunstancias del caso conforme lo dispone el artículo 27 CV.

Respecto al incumplimiento, se distingue primeramente la noción de incumplimiento del contrato distinta de la de incumplimiento de las obligaciones, donde la primera se desprende de la noción inglesa breach of contract, procurando que el deudor mediante el contrato efectúe una garantía de resultado, lo cual implica que deberá hacer todo lo posible por cumplir el interés del acreedor en función a ese resultado, sin ejecutar conductas predeterminadas, prescindiendo del elemento culpabilidad. El incumplimiento de las obligaciones no fue considerado por la CVCIM. ya que resulta ser un criterio muy rígido, donde se contempla la obligación como un deber de conducta típica, en el cual, cualquiera sea la prestación, ella está previamente descrita en el contrato o subsidiariamente en la ley. De no estarse a ese comportamiento descrito, existe incumplimiento.

El criterio del incumplimiento del contrato favorece a la preservación contractual, donde el deudor tiene que realizar la actividad necesaria (indeterminada) que permita cumplir el interés contractual de la contraparte, dentro de un criterio razonable.

Existe “incumplimiento esencial” del contrato según el artículo 25 de Viena cuando el incumplimiento del contrato por una de las partes 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 haya previsto tal resultado y que una persona

razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

El incumplimiento del contrato significa una desviación del programa de prestaciones convenidas, que ocasiona la insatisfacción del interés del acreedor, sin que se considere la culpa del deudor, dentro de un criterio razonable. La lesión de un interés contractual esencial indica que el perjuicio es de tal magnitud, que significa una privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Lo sustancial del perjuicio se determina por las legítimas expectativas que tenía el acreedor o la parte perjudicada. El deudor se obligó a lograr un determinado resultado, prescindiendo de la culpa.

Queda claro que para la CVCIM no basta cualquier incumplimiento para que opere la mecánica de la resolución. Serán solo aquellos incumplimientos calificados como esencial, con relevancia resolutoria, salvaguardando la persistencia del contrato.

Los efectos legales del incumplimiento no dependen de la naturaleza de la obligación incumplida, sino de las consecuencias que este provoca al acreedor.

La principal consecuencia del incumplimiento esencial, es que sirve de presupuesto o condición al remedio de la resolución del contrato. Esta consecuencia es de mucha importancia ya que se transforma en el eje del sistema de responsabilidad contractual presente en Viena, donde el objetivo final es mantener en la medida de lo posible el negocio jurídico, propendiendo a su continuación. La resolución del contrato es una medida excepcional, se acude a ella producto de un incumplimiento grave que afecta el fundamento mismo del contrato, y que hace razonable permitir una desvinculación contractual total.

BIBLIOGRAFIA

ABELIUK MONOSEVICH, René. Las Obligaciones. 2^a.ed. Santiago, Chile: Edior, 1983. 428 p.

ALESSANDRI, A y SOMARRIVA, M. De Las Obligaciones. Tomo III. Santiago, Chile: Nascimiento. 1941. 543 p.

BELLO, Andrés. Código Civil Chileno. 6^a.ed. Santiago, Chile: Estudiantil, Lexis Nexis. 2006. 726 p.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. Obligaciones y Responsabilidad Civil. Revista Chilena de Derecho Privado, (22): 261-269, 2014.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado – De las Obligaciones. Volumen V. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1979. 817 p.

CLEMENTE MIARO, Mario E. La Facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 1998. 703 p.

ELGUETA ANGUITA, Augusto. Resolución de Contratos y Excepción de Pago. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1981. 153 p.

J. POTHIER, Robert. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba, 1961. 566 p.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica. La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho Privado, (15): 65-113, 2010.

MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil. Tomo II. 7^a.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1987. 267 p.

MOTSELLI M, Andrea. Del Pacto Comisorio como manifestación de la facultad resolutoria. [Fecha de consulta: 20 Julio 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722011000200003>

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Apuntes de Teoría General de las Obligaciones. [Fecha de consulta: 20 Julio 2016]. Disponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teoría-de-las-obligaciones/>>

VIAL DEL RÍO, Víctor. Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno. 2^a.ed. Santiago, Chile: Biblioteca Americana, 2007. 434 p.