

DERECHO CIVIL III

MATERIALES COMPLEMENTARIOS SEMINARIO N° 4

1. Cooter, Robert y Ulen, Thomas. Derecho y economía, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, 256-264.
2. Banfi, Cristián. Notas sobre la excesiva onerosidad sobrevenida en el derecho comparado, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 6, Santiago de Chile, 2006, 29-49.
3. Aguad, Alejandra. Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 6, Santiago de Chile, 2006, 9-28.
4. López, Jorge. Los contratos, parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 4ª ed., 2005, 551-578.

Traducción de
EDUARDO L. SUÁREZ

ROBERT COOTER y THOMAS ULEN

DERECHO Y ECONOMÍA



1998

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

Primera edición en inglés, 1987
Segunda edición en inglés, 1997
Primera edición en español, 1998

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra
—incluido el diseño tipográfico y de portada—,
sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico,
sin el consentimiento por escrito del editor.

Título original:
Law and Economics
D. R. © 1997, Addison-Wesley Educational Publishers Inc.
ISBN 0-673-46332-X

D. R. © 1998, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
Carretera Picacho-Ajusco, 227, 14200 México, D. F.
ISBN 968-16-5273-8
Impreso en México

D. Costas de transacción

A menudo los contratos implican riesgos. Por ejemplo, supongamos que la familia Morales firma un contrato con la Compañía Constructora Maíz Mier para que le construya una casa. El plano de los pisos, los materiales de construcción, el estilo de las alfombras, el jardín, el cumplimiento de los códigos de zonificación: todo esto y más se especifica, así como el precio a pagar y la fecha de terminación de la casa. Imaginemos ahora que algunas cosas pueden salir mal. Una huelga de los proveedores de pisos de madera dura podría demorar todo el proyecto. La guerra en un país remoto podría hacer que el costo de la tubería de cobre se vaya por las nubes. Los funcionarios de zonificación del gobierno local podrían rechazar los planos del jardín. Si un empleado despedido, interpone una demanda, esto podría llevar a la quiebra a Maíz Mier. El señor Morales podría fallecer, en cuyo caso el resto de la familia podría ya no desear la casa. Los Morales podrían quebrar, en cuyo caso ya no podrían pagar la casa.

El contrato asigna algunos de estos riesgos explícitamente. Por ejemplo, es posible que el contrato estipule que la fecha de terminación se diferirá en caso de que estalle una huelga paralizante. Por otra parte, el contrato podría no decir nada acerca de muchos riesgos. Por ejemplo, el contrato podría no decir nada acerca de quién corre el riesgo de que los funcionarios de la zonificación rechacen los planos del jardín. Los contratos reales tienen muchas lagunas. Cuando un contrato no dice nada acerca de un riesgo, tendrá una "laguna". Las lagunas son sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan a las obligaciones creadas por él.

Las lagunas pueden ser inadvertidas. Por ejemplo, supongamos que un contrato no dice nada acerca de la posibilidad de que un secuestro cierre un aeropuerto e impida que el vendedor entregue los bienes a tiempo. Es posible que las partes dejen esta laguna en el contrato inadvertidamente porque no prevén la posibilidad de un secuestro. Las lagunas también pueden ser deliberadas. Por ejemplo, es posible que un contrato no diga nada acerca de la posibilidad de que una huelga ilegal impida que el fabricante produzca los bienes prometidos. Es posible que las partes dejen esta laguna en el contrato deliberadamente porque creen que la posibilidad de una huelga ilegal es remota. Los riesgos remotos no justifican el costo de negociar y redactar los términos de su asignación.

1. Lagunas racionales

Consideremos los cálculos que podrían ocasionar que las partes dejaran deliberadamente lagunas en los contratos. Volvamos a nuestro ejemplo de una

huelga paralizante que podría demorar la construcción de la casa de los Morales por parte de la Compañía Constructora Maíz Mier. La negociación de la asignación de este riesgo impone con certeza costos de transacción cuando se hace el contrato. Alternativamente, los Morales y la compañía constructora podrían dejar una laguna en su contrato y esperar a ver si la huelga ocurre. Cuando se deja una laguna en el contrato, se requerirá que las partes asignen una pérdida si se materializa.

Describiremos este dilema en forma abstracta. Los "riesgos *ex ante*" se refieren al riesgo de las pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian un contrato. Las "pérdidas *ex post*" se refieren a las pérdidas que efectivamente se generan luego de hacer un contrato. En general, las partes contratantes deben escoger entre la asignación de los riesgos *ex ante* y la asignación de las pérdidas *ex post*.

Consideremos la diferencia de los costos de transacción cuando se asignan los riesgos y cuando se asignan las pérdidas. Si las partes negocian términos explícitos para asignar los riesgos, tendrán que asumir los costos de transacción de la certeza. En cambio si dejan una laguna, tendrán que asumir los costos de transacción con una probabilidad positiva. El costo de transacción *esperado* de una laguna en el contrato es igual a la probabilidad de que la pérdida ocurra, multiplicada por el costo de su asignación. Las partes esperan ahorrar costos de transacción dejando lagunas en los contratos siempre que el costo efectivo de la negociación de términos explícitos supere al costo esperado de llenar una laguna. La regla siguiente resume estos hechos:

Minimización de los costos de transacción de los contratos
costo de asignación de un riesgo > costo de asignación de una pérdida × probabilidad de una pérdida ⇒ dejar la laguna,
costo de asignación de un riesgo < costo de asignación de una pérdida × probabilidad de una pérdida ⇒ llenar la laguna.

Por lo general, las partes llegan a un acuerdo sobre la asignación de un riesgo con mayor facilidad que sobre la asignación de una pérdida. Para ilustrar, volvamos a nuestro ejemplo del riesgo de que una huelga paralizante demore la construcción de la casa de los Morales. La negociación de un término explícito en el contrato de construcción para asignar este riesgo podría costar \$25. Si hay un término explícito en el contrato, las partes podrán asignar fácilmente las pérdidas resultantes si ocurre una huelga paralizante. Alternativamente, las partes pueden dejar una laguna en el contrato. Si hay una laguna en el contrato, las partes tendrán desacuerdos y dificultades para asignar

las pérdidas causadas por una huelga paralizante. Supongamos que el costo de transacción de la asignación de tales pérdidas después de que ocurriera asciende a \$500. El costo mayor de la asignación de las pérdidas en vez de la asignación de los riesgos debe descontarse por la probabilidad de que la pérdida no ocurra nunca. Supongamos que la probabilidad de una huelga paralizante es de 0,04. Por lo tanto, el costo de transacción esperado por dejar una laguna en el contrato es de \$20.¹¹ En este ejemplo, las partes ahorran \$5 en los costos de transacción esperados dejando una laguna en el contrato.

2. Subsanación de los tribunales

Los tribunales necesitan reglas para subsanar las lagunas de los contratos, y los funcionarios que hacen las reglas necesitan orientación. Una teoría de los contratos debería proveer orientación contestando este interrogante: "¿Cómo deberían los tribunales subsanar las lagunas de los contratos?" A continuación, explicaremos cómo contesta este interrogante la teoría económica.

Las lagunas de los contratos a menudo generan disputas, y algunas de éstas llegan a los tribunales. Para decidir tales disputas, el tribunal deberá subsanar la laguna del contrato. Los tribunales subsanan a veces las lagunas "imputando" un término al contrato, lo que significa actuar como si las partes hubiesen negociado un término que en efecto no negociaron. Por ejemplo, los tribunales podrían imputar un término que excusa el no haber entregado ciertos bienes durante una guerra. Alternativamente, los tribunales podrían hacer cumplir sólo los términos explícitos del contrato. Por ejemplo, los tribunales podrían declarar que el vendedor es responsable de no haber entregado ciertos bienes durante una guerra porque el contrato no designa una guerra como una excusa para el incumplimiento.

A veces, los términos explícitos de un contrato entran en conflicto con los términos que la ley habría proveído para subsanar una laguna. Por ejemplo, consideremos el contrato celebrado entre la compañía constructora y los Morales. Supongamos que el contrato dice explícitamente que la fecha de terminación de la construcción se diferirá por el número de días que dure una huelga paralizante. Si el contrato no dijo nada acerca de las huelgas paralizantes, el tribunal probablemente declararía responsable a la constructora por las demoras causadas por las huelgas paralizantes. Así pues, un término explícito del contrato entra en conflicto con el término que proveería la ley para subsanar una laguna.

Cuando las obligaciones legales entran en conflicto, la ley debe decidir cuál prevalece. Frente al conflicto de este ejemplo, es probable que el tribunal pro-
 11 $\$500 \times 0.04 = \20 .

que la fecha de terminación de la construcción por la duración de la huelga, en lugar de decretar que la constructora es responsable de la demora. En general, los términos explícitos de un contrato prevalecen sobre los términos que el tribunal mismo proveería para subsanar una laguna. Cuando los términos explícitos prevalecen sobre los términos implícitos, los términos implícitos subsanan las lagunas por omisión, lo que significa "en ausencia de términos explícitos en contrato". Los términos de subsanación de las lagunas que existen en el derecho de los contratos son en su mayor parte "términos por omisión".

Explicamos ya que el remplazo de los términos contractuales ineficientes por términos eficientes crea un excedente. De igual modo, el remplazo de términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes crea un excedente. Es fácil entender por qué. Explicamos ya que las partes de un contrato pueden ahorrar con frecuencia costos de transacción dejando en el contrato algunas lagunas. Cuando así ocurre, el tribunal subsanará la laguna con un término de omisión. Los términos de omisión eficientes maximizan el excedente de las partes, mientras que los términos de omisión ineficientes reducen el excedente. En general, las dos partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores remplazan los términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes.

Para ilustrar, recordemos nuestro ejemplo en que los Morales y la compañía constructora pueden negociar la asignación del riesgo de una huelga paralizante a un costo de \$25, o bien pueden dejar una laguna en el contrato, lo que causa costos de transacción esperados de \$20. En este ejemplo, el hecho de dejar una laguna en el contrato ahorra a las partes \$5 por concepto de los costos de transacción esperados. Sin embargo, los costos de transacción no son los únicos costos relevantes. Además, las partes deben considerar el costo de asumir el riesgo de una huelga paralizante. Supongamos que la compañía constructora puede asumir el riesgo de una huelga paralizante a un costo de \$60, mientras que los Morales pueden asumirlo a un costo de \$20. Por lo tanto, una asignación eficiente del riesgo de una huelga paralizante ahorra \$40 en relación con una asignación ineficiente.

Comparemos las consecuencias de una regla de omisión eficiente con las de una regla de omisión ineficiente. Una regla de omisión eficiente asigna el riesgo de una huelga paralizante a los Morales. Si la regla de omisión efectiva es la regla de omisión eficiente, las partes podrán dejar una laguna en el contrato y ahorrar \$5 en costos de transacción. En general, las reglas de omisión eficientes permiten que las partes minimicen los costos de transacción de la negociación contractual dejando algunas lagunas en los contratos.

En cambio, una regla ineficiente asignará el riesgo de una huelga paralizante a la compañía constructora. Una regla de omisión ineficiente plantea un dilema a la compañía constructora y a los Morales. Si se aplica una regla

de omisión *ineficiente*, el hecho de dejar una laguna en el contrato desperdiciará \$40 en el costo del riesgo. Alternativamente, las dos partes pueden negociar una asignación eficiente del riesgo. La sustitución del término de omisión ineficiente por un término eficiente ahorrará a las partes \$40 en el costo del riesgo. Sin embargo, la negociación de un término para subsanar la laguna les costará \$5 adicionales en costos de transacción esperados. En general, las reglas de omisión ineficientes imponen un dilema entre los costos de transacción y el costo del riesgo.

Como explicamos antes, ambas partes prefieren términos contractuales eficientes a términos ineficientes. De igual modo, ambas partes prefieren términos de omisión eficientes a términos ineficientes. Así, cuando la ley ofrece términos de omisión preferidos por ambas partes, éstas podrán omitir tales términos del contrato. En esa forma, las partes podrán concentrar sus negociaciones en otros términos. Entre menos numerosos sean los términos que requieran una negociación, más barato será el proceso de la contratación. Por lo tanto, la ley puede ahorrar dinero a las partes contratantes ofreciendo términos de omisión eficientes para subsanar las lagunas de los contratos. *El cuarto propósito del derecho de los contratos es la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes.*

3. Negociación hipotética

El análisis económico ofrece una regla simple que los tribunales pueden aplicar a fin de proveer términos de omisión eficientes para un contrato. Consideremos los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas mediante una negociación. *Imputemos los términos contractuales que las partes habrían convenido si hubiesen negociado sobre todos los riesgos relevantes.* Por ejemplo, supongamos que el contrato celebrado entre los Morales y la compañía constructora no dice nada acerca del riesgo de que el precio de la tubería de cobre se dispare. De acuerdo con el principio precedente, el tribunal debería asignar el riesgo como lo habrían hecho las partes si hubiesen negociado entre sí.

La negociación real consiste en los términos negociados por las partes. La negociación hipotética consiste en los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas del contrato mediante una negociación. El principio anterior requiere que los tribunales subsanen las lagunas contractuales de acuerdo con la negociación hipotética. Cuando los tribunales subsanen las lagunas imputando términos de la negociación hipotética, las partes reciben su contrato preferido. Nuevas negociaciones entre las partes no podrán mejorar la asignación del riesgo decretada por los tribunales. En con-

secuencia, las partes pueden minimizar los costos de transacción dejando lagunas o subsanándolas, lo que cueste menos.

La implantación del principio de la negociación hipotética tiene dos aspectos. Al desarrollar un modelo de la negociación en el capítulo IV, concluimos que los acuerdos logrados bajo costos de transacción nulos agotan el excedente derivado de la cooperación, como lo requiere la eficiencia. Primero, el tribunal debe establecer la forma de cooperación más eficiente. En el capítulo IV señalamos también que es razonable una división igualitaria del excedente. Segundo, el tribunal debe dividir el excedente que habría generado la cooperación. En otras palabras, *el tribunal debe responder a las lagunas existentes en el contrato asignando las obligaciones de manera eficiente y ajustando razonablemente el precio.*

Ilustraremos este principio con diversas variaciones de nuestro ejemplo. Supongamos que, cuando los Morales y la compañía constructora firman el contrato, la compañía constructora sabe que el costo de la tubería de cobre de la casa podría aumentar \$2 000 con una probabilidad de 0.5. El aumento de los costos esperados por la compañía constructora es $\$2\,000 \times 0.5 = \$1\,000$. Supongamos además que la compañía constructora puede asegurarse contra este riesgo por \$400. Mediante el aseguramiento, la compañía constructora podría evitar un costo esperado de \$1 000 a un costo de \$400. lo que genera un excedente de \$600.¹² Supongamos, por otra parte, que los Morales no podían prever los cambios del precio del cobre o asegurarse contra ellos. En consecuencia, la eficiencia requiere que la compañía constructora se asegure, y no los Morales.

Por desgracia, la compañía constructora no se asegura y el precio del cobre se eleva. La compañía completa la construcción de la casa y envía a los Morales una nota de cobro por \$ 2 000 adicionales. Los Morales se niegan a pagar y la compañía los demanda. El contrato real no dice nada acerca del riesgo de que se disparen los precios del cobre.

Consideremos cómo podría resolver el tribunal este caso imputando el contrato hipotético que las partes habrían celebrado bajo costos de transacción nulos. La creación del contrato hipotético se hace en dos pasos. Primero, el tribunal debe establecer quién podría asumir a menor costo el riesgo de que los precios del cobre suban. La compañía constructora es *quien asume el riesgo de manera más eficiente*. En consecuencia, el tribunal concluye que el contrato ideal asignaría el riesgo de la elevación de los precios del cobre a la compañía constructora, como lo requiere la eficiencia.

Segundo, el tribunal debe considerar el ajuste del precio del contrato para reflejar la asignación eficiente del riesgo. La construcción de casas implica generalmente muchos riesgos que los constructores prevén de modo rutinario

¹² $\$2\,000 \times 0.5 - \$400 = \$600$.

y asumen como una parte implícita del contrato, incluido el riesgo de los aumentos de precios de los materiales de construcción. En virtud de que la compañía constructora previó el riesgo, debió haber negociado un precio que incluyera una compensación por asumir el riesgo. Toda ausencia de negociación de tal precio es responsabilidad de la compañía constructora. El tribunal concluirá que la compañía constructora era responsable de advertir que el precio contractual incluía *ya* una compensación por asumir el riesgo de que los precios del cobre se elevaran, de modo que los Morales no deben pagar ningún daño a la compañía constructora.

En general, la imputación de términos a un contrato incluye una investigación detallada de las prácticas del oficio y de la información conocida por las partes. Cuando quien asume el riesgo de manera más eficiente previó *efectivamente* el riesgo, o *debió* haberlo previsto, el tribunal debería presumir que el precio negociado incluía una compensación por asumir el riesgo. Es una cuestión de hecho el que la compañía constructora previera efectivamente el riesgo en este caso, y el hecho de que la compañía constructora debería haber previsto el riesgo es una cuestión de buenas prácticas comerciales.

A veces, sin embargo, ninguna de las partes de un contrato prevé un riesgo, y ninguna de las partes debió haberlo previsto. Por ejemplo, supongamos que la política subterránea del sindicato del cobre de un país remoto causa una huelga que infla el precio del cobre. Ni la compañía constructora ni los Morales pudieron haber previsto un evento tan oscuro. En estas circunstancias, el derecho deberá asignar una pérdida imprevista entre las partes inocentes.

De nueva cuenta, el derecho puede tomar el contrato ideal como una guía. El contrato ideal asigna el riesgo de las pérdidas imprevistas a quien asuma el riesgo de manera más eficiente. En este ejemplo, la compañía constructora puede responder a los cambios imprevistos del precio de los materiales de construcción y minimizar el daño. Aparentemente, la compañía constructora es quien asume el riesgo de manera más eficiente. Por lo tanto, el tribunal podría decidir que la compañía constructora deberá asumir este riesgo. Sin embargo, el tribunal podría decidir también que el precio efectivo del contrato no reflejaba el riesgo asumido por la compañía constructora. En consecuencia, el tribunal podría ajustar el precio para reflejar razonablemente el riesgo.¹³

Consideremos otra variante de este ejemplo. Los promitentes cumplen a menudo con demora. A veces, los contratos estipulan el pago de daños por el

¹³ Supongamos que si la compañía constructora hubiese previsto el riesgo habría cobrado una suma adicional de \$700 por asumirlo. Entonces, el contrato ideal habría asignado a la compañía constructora el riesgo de perder \$ 2 000, a un precio de \$700 para los Morales. Aplicando el contrato ideal, el tribunal otorgaría el pago de \$700 a favor de la compañía constructora y en contra de los Morales. Los Morales pierden \$700. La compañía constructora gana \$700 en el tribunal y pierde \$2 000 en costos adicionales de la tubería de cobre, o sea que experimenta una pérdida neta de \$1 300. Por lo tanto, la pérdida de \$2 000 se ha dividido entre las partes como si el contrato real fuese ideal.

cumplimiento demorado, como el pago de \$100 por día. Sin embargo, muchos contratos no dicen nada acerca del cumplimiento tardío. Cuando el contrato no dice nada, el tribunal deberá determinar el pago de daños por el cumplimiento tardío. Por ejemplo, supongamos que la compañía constructora promete completar la casa, lista para que los Morales la habiten, el 1 de septiembre, pero el tiempo inclemente de julio impone demoras inevitables. La compañía constructora podría continuar al ritmo planeado y terminar el 1 de octubre, o podría acelerar el trabajo durante agosto y completar la construcción para el 1 de septiembre como lo prometió. Acelerar el trabajo en agosto cuesta \$2 000 adicionales. Los Morales rentan una casa por \$1 000 mensuales durante la construcción de la nueva casa. El contrato no dice nada acerca de los daños causados por el cumplimiento tardío. La compañía constructora decide proseguir al ritmo habitual, completa la construcción el 1 de octubre, y ofrece pagar a los Morales \$1 000 por concepto de daños para cubrir los costos de la renta, más \$500 adicionales para arreglar la disputa.

Sin que lo supiera la compañía constructora, los Morales invitaron a sus familiares a una reunión que tendría lugar el 15 de septiembre. La casa nueva habría albergado a los parientes. En lugar de albergar a sus familiares en la casa nueva, los Morales gastaron \$1 500 en cuentas de hotel. Los Morales piden al tribunal que otorgue una compensación de \$2 500 por la renta y las cuentas de hotel de los familiares.

¿Cómo asignaría el contrato ideal el riesgo del cumplimiento tardío? Como se explicó, el trabajo acelerado ahorraría \$2 500 a un costo de \$2 000, creando así un *beneficio* neto de \$500. La compañía constructora no sabía esto. Por el contrato, creía que el trabajo acelerado ahorraría \$1 500 a un costo de \$2 000, creando así un *costo* neto de \$500. A fin de comportarse eficientemente, la compañía constructora debería conocer el monto de las pérdidas poco comunes derivadas de la demora. Los Morales no dieron tal información a la compañía constructora. Por lo general, los contratos eficientes asignan las pérdidas causadas por culpa de una de las partes a esa misma parte. En este caso, la culpa de los Morales causó pérdidas de \$500. Aparentemente, el contrato de omisión eficiente responsabilizaría a la compañía constructora por los daños de \$1 500, y a los Morales por las pérdidas adicionales de \$1 000.

Este ejemplo ilustra la confianza excesiva de los Morales. La compañía constructora esperaría razonablemente un bajo nivel de confianza de los Morales. En efecto, los Morales confiaban mucho. Además, los Morales no notificaron a la compañía constructora de su alto nivel de confianza. En consecuencia, los Morales deberán asumir el aumento del costo del incumplimiento causado por la confianza excesiva. Esta prescripción corresponde a una regla importante del derecho común. La regla sostiene que el promitente deberá asumir los costos habituales del incumplimiento ("costos del incumplimiento razonablemente esperados"), mientras que el receptor de la promesa deberá asumir los costos

poco comunes del incumplimiento ("costos imprevisibles del incumplimiento"), a menos que haya notificado al promitente la existencia de tales costos.¹⁴

Pregunta VI.12: "Las reglas de la omisión ahorran costos de transacción en proporción directa a su eficiencia." Explique esta proposición.

Pregunta VI.13: Supongamos que la compañía constructora completa la casa un mes más tarde de lo prometido. El tiempo inculmente, que no fue su culpa, causó la demora. Explique cómo podría calcular el tribunal el pago eficiente de los daños.

Pregunta VI.14: Algunas lagunas de los contratos son imputables a una de las partes. Por ejemplo, supongamos que una de las partes de un contrato tiene información privada acerca de un riesgo importante. La eficiencia podría requerir que la parte que tenga información privada inicie negociaciones para la asignación del riesgo. El hecho de que no se inicien negociaciones deja una laguna en el contrato. Si el riesgo se convierte en una realidad, los tribunales podrían asignar la responsabilidad de la pérdida a la parte que tiene información privada. En este caso, la responsabilidad podría considerarse como un castigo por la falta. En consecuencia, tales asignaciones de responsabilidad reciben el nombre de *reglas de castigo por omisión*.¹⁵ En la sección anterior analizamos un ejemplo en que los Morales dejaron de revelar su confianza imprevisible en la promesa de la compañía constructora de terminar la construcción de la casa el 1 de septiembre. Explique por qué la regla legal del derecho común aplicada en este caso puede considerarse como una regla de castigo por omisión.

Pregunta VI.15: Por último, es posible que, en el convenio de asociación, los médicos que forman una sociedad no digan nada acerca de su disolución futura. Es posible que las partes eviten deliberadamente discutir la disolución por temor a generar desconfianza. Sugiera otros ejemplos de lagunas que se dejan en los contratos por razones estratégicas.

¹⁴ Ésta es la regla derivada de *Hadley vs. Baxendale*, *Exchange*, vol. 9, 1854, p. 341.

¹⁵ Véase a Ian Ayres y Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 87.

El propósito de estas líneas no ha sido otro que esbozar las razones por las cuales me inclino a pensar que la doctrina tradicional le ha dado una errada interpretación al art. 1.552 del *Código Civil*. En nuestro Derecho Positivo, y reconociendo que esta posición puede ser discutible, la *exceptio non adimpleti contractus* o, más precisamente, la inexecución recíproca de las obligaciones sinalagnáticas, si bien impide o suspende el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios, no tiene, en cambio, la virtualidad de enervar la acción resolutoria. Sea que estemos ante una laguna que deba ser integrada recurriendo a los principios generales del derecho o a la equidad, o sea, que baste una interpretación coherente de las normas en juego –posición a la que adhiero– la función o finalidad que la resolución está llamada a tener en el sistema legal me fuerza a esta conclusión.

NOTAS SOBRE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE EN DERECHO PRIVADO COMPARADO

Cristián Banfi del Río*

RESUMEN

El presente trabajo revisa sintéticamente la excesiva onerosidad sobreviniente en los sistemas de Derecho Privado inglés, francés y alemán, delineando algunas conclusiones que pudieran aportar a la reflexión ulterior de este tema en el Derecho Civil chileno.

ABSTRACT

This paper intends to review summarily supervening hardship in english, french and german private laws, outlining some conclusions which might be useful in the further debate on this topic in chilean civil law.

I. DERECHO INGLÉS:

UNA HIPÓTESIS DE FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO

1. alguna vez se señaló que no existe una rama del Derecho de los Contratos tan difícil de explicar o tan incierta en sus efectos como la que concierne a la doctrina de la frustración¹. Esta es una respuesta del Derecho inglés a distintas situaciones²,

* Profesor asistente de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. LL.M. University of Cambridge, magister en Derecho Privado, Universidad de Chile, licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Cf. Percy H. Winfield, comentando el caso *Maritime National Fish Ltd. v Ocean Trawlers Ltd.* [1935] A.C. p. 524, en *The Law Quarterly Review*, 52, London, 1936, p. 7. La frase atribuida a Percy Winfield, ciertamente, no describe el estado de cosas actual en Inglaterra, como podrá apreciarse de los diversos casos resueltos durante los últimos setenta años. Es más, no es difícil explicar la frustración hoy, desde que sus consecuencias están reguladas en la ley. Cf. Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, n. 39.

² La frustración del contrato se produce cuando, por hechos posteriores a su celebración, su cumplimiento deviene imposible, ilegal o radicalmente diferente de lo contemplado por las partes al contratar. Cf. Ewan Mackendrick, *Contract Law*, 3rd ed., London, Macmillan, 1997, pp. 266-267.

Doctrina

entre otras, la concerniente a la forma de distribuir entre los contratantes el riesgo de la excesiva dificultad u onerosidad en el cumplimiento del contrato, por hechos imprevisibles y posteriores a su celebración, estando pendiente la ejecución de una o más obligaciones emanadas del mismo³.

a) Un aspecto sobresaliente de esta doctrina es su tardía y tímida incorporación al sistema jurídico inglés⁴. Tradicionalmente, ha rechazado la posibilidad de revisión del contrato que deviene, sobremanera, gravoso para una de las partes; por ello, sólo permite eximir de responsabilidad cuando el cumplimiento se torna imposible por caso fortuito⁵.

³ Mediante la frustración –en Inglaterra– y la imposibilidad –en Alemania– los tribunales intentan determinar, según los intereses comerciales relevantes, cuál es la normal y apropiada distribución de los riesgos en los contratos del tipo que es materia del juicio, llenando los vacíos que existiesen conforme al parámetro del hombre de negocios aplicable a la clase pertinente de contrato. Cfr. Konrad ZWIEGERT & Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3^{ra} ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 517-518; 535-536.

⁴ Una excelente reseña histórica, en lo que interesa, se halla en Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 1996, pp. 576-582. Este autor sostiene, en lo pertinente, que el *Pacta Sunt Servanda* fue la base de la doctrina contractual clásica predominante en el siglo XIX: las personas son libres para contratar y determinar el contenido de sus pactos (respetando la ley y la moral) y es de resorte exclusivo de las mismas regular el equilibrio de sus negocios, sin interferencia judicial. Parafraseando a un juez inglés, “si existe una cosa que la política pública requiera es que los hombres de edad adulta y competente entendimiento tengan la mayor libertad contractual y que, una vez que sus contratos han sido libre y voluntariamente celebrados, estos devengan sagrados y los tribunales los hagan cumplir”, cfr. *Mr George JESSE*, en *Printing and Numerical Registering Company v. Sampson* (1875) L.R. 19 Ex. pp. 462-465. El autor añade que la cláusula *rebus sic stantibus* –cuyo origen se sitúa en Seneca, con sucesivas modificaciones por obra de Cicerón, San Agustín, Santo Tomás, Bartolo y Baldo– ha sido uno de los más interesantes y peligrosos correctivos al principio *in comento*, que a fines del siglo XIX ganó fuerza con Bernhard Windscheid, aun cuando su tesis de la presuposición no fue consagrada en el *BGB*. El ulterior desarrollo de esa cláusula por la doctrina y la jurisprudencia desembocó en la tesis de Paul Oertmann sobre el colapso de la base subyacente al contrato, como respuesta a los graves problemas económicos padecidos en la Alemania pos Gran Guerra. Estas ideas mantienen su vigencia *mutatis mutandis* en ese país y su equivalente funcional en Inglaterra es la doctrina de la frustración. Pero el autor asevera (ZIMMERMAN (n. 4), p. 581), debe procurarse un razonable equilibrio entre la necesidad de ajustar el contrato si un cambio de las circunstancias concomitantes a su celebración lo justifica, por una parte, y la seguridad jurídica, por otra.

⁵ Se celebró un contrato para usar un salón de música por cuatro días, el cual fue completamente destruido por un incendio. El tribunal resolvió que como era esencial para cumplir el contrato, éste resultaba frustrado por la destrucción de aquél. Sin embargo, la Corte añadió que el siniestro no lo habría frustrado si una de las partes hubiese asumido el riesgo de destrucción. Cfr. *Taylor v. Caldwell* (1863) 122 E.R. p. 309, Q.B. En similar sentido, se ha señalado que: “...en el Common Law, según se entiende a ambos lados del Atlántico, si yo arriendo una casa y ésta es destruida por un hecho fortuito, yo debo, en ausencia de una estipulación expresa, continuar pagando la renta; pues el dueño no se ha obligado a proveerme a toda costa de una casa. En Roma –y en Escocia– ninguna renta posterior se adeudaría en tales circunstancias; y yo podría recuperar lo que pagué por adelantado”. Cfr. William Warwick BUCKLAND, “Casus and Frustration in Roman and

b) El rechazo a la revisión del contrato obedece, en primer término, a la necesidad de evitar la elusión de los compromisos con el pretexto de que han devenido malos negocios. Por otra parte, se niega su aplicación porque está al alcance de las partes precaverse de estas adversidades mediante la estipulación de las cláusulas que juzguen convenientes para resguardar de mejor manera sus intereses⁶. Una ilustración del primer argumento puede apreciarse en el siguiente aserto: “(...) la dificultad, inconveniencia o pérdida material en el siguiente aserto: ‘(...) la aplicación del principio de la frustración. Pero, además, debe llamarse por la aplicación del principio de la frustración. Pero, además, debe producirse tal trastorno en la obligación que, si se hubiese ejecutado la prestación convenida, resultaría ser distinta de aquello que indujo a contratar’”.

Un ejemplo del segundo motivo de rechazo se observa en una sentencia que declaró: “(...) cuando el contratante asume un deber sobre sí está obligado a cumplirlo, si le es posible, a pesar de cualquier contingencia derivada de una necesidad inevitable, pues él pudo regular esta situación en su contrato”⁸.

c) Lo anterior permite entender por qué la frustración ha sido acotada en grado superlativo, mencionándose las siguientes como sus notas distintivas:

Common Law”, en *Harvard Law Review*, N° 46, Cambridge-Massachusetts, 1932-1933, p. 128, n. 8. Otro tanto sucede en Chile, pues el arriendo termina por la destrucción total (fortuita) de la cosa, quedando ambas partes liberadas de sus obligaciones (art. 1.950.1 CQ), lo que altera la regla –aparentemente general– sobre los riesgos (art. 1.550 CQ). El principio sentido en *Taylor v. Caldwell* –esto es, el contratante queda liberado de su obligación si para satisfacerla debe existir una cosa que es destruida accidentalmente antes del cumplimiento– ha sido aplicado en varios casos y de diversos modos, por ejemplo, cuando se eximió de responsabilidad al pianista que se incapacitó antes del concierto en que debía ejecutar la pieza musical, cfr. *Robinson v. Davison* (1871) L.R. 6, Ex. p. 269, o directamente en los casos de coronación, *vid.* n. 27. Cfr. ZWIEGERT & KÖTZ (n. 3), p. 528.

⁶ Cfr. MACKENDRICK (n. 2), pp. 267-268.

⁷ Cfr. *Lord Radcliffe* en *Dants Contractors Ltd. v. Foreham U.D.C.* [1956] A.C. p. 696. Como asevera MACKENDRICK (n. 2), p. 268, este caso es el paradigma de un mal negocio. Los demandantes acordaron construir setenta y ocho casas para los demandados en la cantidad a suma alzada de £ 94.000. Se previó que las obras se ejecutarían en ocho meses, pero debido a escasez de mano de obra calificada las mismas sólo fueron terminadas en catorce meses y a un costo de £ 115.000. Los actores intentaron recuperar lo gastado en exceso del precio convenido, alegando la frustración del contrato. Sin embargo, la House of Lords descartó su aplicación, pues en su concepto no bastaba que el contrato deviniera más oneroso (debido a un inesperado incremento de los costos), sino que debía tratarse de un hecho que alterara radicalmente la entidad del cumplimiento.

⁸ Cfr. *Paradine v. Jane* 82 E.R. p. 897. Éste es un caso emblemático de la doctrina clásica sobre la responsabilidad contractual en Inglaterra. Paradine (arrendatario) demandó a Jane (arrendatario) el pago de las rentas devengadas por tres años de uso del terreno arrendado, pero Jane alegó no haberlo tenido durante ese lapso. Se falló que, si bien conforme a los precedentes el arrendador no podía demandar al arrendatario en tiempos de guerra, en la especie el demandado debía pagar las rentas al actor, pues las partes así lo habían convenido y si éstas hubiesen querido eximirse de responsabilidad, lo habrían expresado sin rodeos. La Corte razonó también que la justa contrapartida del derecho del arrendatario a usar el terreno era la indemnización de los daños resultantes del mismo uso.

- i) su finalidad es atenuar la rigurosidad del *Common Law* en la búsqueda de una solución justa;
 - ii) su efecto es la terminación *ipso facto* del contrato, liberando a las partes de sus obligaciones, sin consecuencias ulteriores, razón por la cual se descarta cualquier amago de aplicación analógica;
 - iii) emana de un hecho externo o de una modificación extraña del escenario coetáneo a la celebración del contrato, ajeno a la voluntad de las partes y
 - iv) el evento frustrante no debe ser imputable a la culpa del contratante que alega la frustración, ni a la de aquellos bajo su cuidado⁹.
- De ahí que se haya resuelto que el contrato no se frustra sólo ni necesariamente porque su cumplimiento devenga mucho más oneroso (o menos beneficioso) que lo previsto al tiempo de su celebración¹⁰. Por otro lado, se ha discutido si la mera negligencia de quien alega la frustración contractual es o no suficiente¹¹. Pero sí parece haber coincidencia en que, como la frustración es una defensa ante la demanda de cumplimiento o indemnización de perjuicios, quien la sostenga debe estar exento de culpa, no sólo porque ha de impedirse su aprovechamiento ilícito (*nemo auditur*) sino porque un acto negligente definitivamente estaría bajo su esfera de control¹².

⁹ Estos requisitos fueron claramente establecidos por L.J. Bingham en *J. Lauritzen A.S. v. Wyssmiller B.V. (The Super Servant Two)* [1990] 1 Lloyd's Report, p. 1.

¹⁰ "...lo que sucedió como resultado del cambio en la ley en 1993 fue que el negocio que el comprador hizo en 1990 devino menos ventajoso que lo esperado a la fecha en que fue suscrito. Esto no es, en mi opinión, un argumento para invocar la doctrina de la frustración". L.J. Chadwick en *Bromartin AB and Bithberg-Löffler AB v. IMB Investments Ltd.* [1999] S.T.C. 301 (C.A.). El tema debatido fue en qué medida el juez puede prescindir de la letra del contrato y atender a factores externos.

¹¹ La House of Lords dejó abierta la discusión en *Joseph Constantine SS. Line Ltd. v. Imperial Smelting Corporation Ltd.* [1942] A.C. 154. Sin embargo, en *Lauritzen* (*vid.* n. 9) se insistió en que el contratante que pretende invocar la frustración no debe haber incurrido en culpa y que el *quid* del asunto es si el hecho frustrante en que se sustenta el alegato es realmente un hecho externo o un cambio extrínseco de la situación o, por el contrario, si se trata de un hecho que quien pretende reclamarlo tuvo los medios y la oportunidad de prevenir, no obstante, que lo causó o permitió que sucediera. Esto último evoca al dolo eventual o culpa grave.

¹² En *Lauritzen* (*vid.* n. 9), los demandados habían convenido en transportar por mar una pieza para extraer petróleo de los actores, utilizando, a elección de los primeros, uno cualquiera de dos barcos denominados *Super Servant One* y *Super Servant Two*, especialmente equipados para tal propósito. Los demandados escogieron el *Super Servant Two*, desistiendo el otro barco para fines diferentes. Celebrado el contrato y estando pendiente el plazo para cumplirlo, el *Super Servant Two* se hundió mientras realizaba otro transporte. Los demandados sólo podían honrar el contrato *en comento* recurriendo a otro medio de transporte y a un costo superior al previsto. Se accionó en su contra de responsabilidad contractual y los demandados adujeron, en una primera línea de defensa, la frustración del contrato basada en la destrucción fortuita de la cosa seleccionada para prestar el servicio. La Corte desestimó esa tesis, pues la causa del incumplimiento contractual no era el hundimiento del buque, sino la opción de los demandados, de destinar el otro barco a otros con-

2. Entre los principales fundamentos de la doctrina *en comento*, destacamos tres:
 - i) los términos implícitos del contrato, que sirven para interpretar la voluntad presunta de las partes (¿qué habrían convenido si hubiesen previsto el hecho frustrante al contratar?)¹³;
 - ii) la desaparición de la base del negocio jurídico¹⁴ y
 - iii) la necesidad de brindar mayor discreción al juez, con la mira de alcanzar una solución equitativa¹⁵.
- a) Con todo, para los jueces anglosajones el *quid* consiste en establecer si el hecho posterior, que altera significativamente las circunstancias coetáneas a la celebración del contrato, es o no un riesgo que el hombre de negocios pondría de cargo de quien procura evitar el cumplimiento. Para ello, los hechos relevantes son examinados haciendo abstracción de su ropaje jurídico¹⁶.

tratos, lo que constituía una frustración autoinducida (culpable). Se ha criticado este razonamiento, pues los demandados no tuvieron realmente una opción real de destinar el otro barco para honrar el contrato en cuestión, pues con el hundimiento del otro barco se vieron compelidos a destinar el *Super Servant One* a determinados contratos. Se agrega que, de esta forma, el vendedor o suministrador de bienes queda en una posición muy compleja cuando su fuente de suministro falla parcialmente debido a hechos imprevisibles. Cfr. MACKENDRICK (n. 2), pp. 276-277. Sin embargo, la Corte aceptó la segunda defensa y rechazó la demanda: el hundimiento del barco era un hecho cubierto por la cláusula de fuerza mayor la que, entre otros, incluía "los peligros y accidentes en el mar", no atribuibles a la culpa del deudor o de sus empleados. La moraleja es que son los contratantes, y no los tribunales, los que deben hacerse responsables por regular o ajustar sus negocios mediante la incorporación de cláusulas adecuadas a tal finalidad.

¹³ Cfr. *Taylor* (*vid.* n. 5); *F.A. Tamplin SS Co. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co. Ltd.* [1916] 2 A.C. pp. 397, 403-40, por Lord Loreburn. En otro caso se deliberó que "la frustración... es explicada en teoría como una condición o un término del contrato, supuesto por la ley *ab initio*, para suplir lo que las partes habrían incorporado si se les hubiese ocurrido el asunto, sobre la base de lo que es justo y razonable, habida cuenta de los intereses muchos involucrados y de los principales objetivos del contrato". Cfr. *Hirji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co.* [1926] A.C. pp. 497 y 510, por Lord Sumner.

¹⁴ *F.A. Tamplin* (*vid.* n. 13, *lord Halsane*).

¹⁵ "Si las cortes han de intervenir sólo en base a la equidad en los negocios comerciales, ¿dónde termina el proceso? Algunas decisiones parecen sugerir que tenemos aquí el delegado extremo de un trozo cuya forma exacta y dimensiones totales permanecen indefinidas. Unos pocos ejemplos más, tal vez, y la dura noción de sanidad del contrato será destruida". *Tehniyak Sales v. Hall* 1968 (3) S.A. 231, por J. Colman. *Vid.* también *British Motorians Ltd. v. London & District Cinemas Ltd.* [1952] A.C. 166.

¹⁶ Un buen ejemplo es *Ocean Transport Tankers Corporation v. V/O Sovfracht (The Eugenia)* [1964] 2 Q.B. p. 226. En septiembre de 1956 el demandado contrató un barco del actor para transporte de mercaderías de Génova a la India vía mar Negro a un precio fijo mensual, siendo obvio a la fecha del contrato que el canal de Suez podía ser cerrado, pero no se insertó una cláusula que regulara esa posibilidad. Los jueces debieron decidir, entre otros, si el contrato podía ser terminado porque después de arribar a Odesa el barco no podía proseguir su ruta hacia la India por el canal de Suez. Lord Denning declaró que la doctrina de la frustración era aplicable únicamente si los eventos en cuestión hubiesen sido imprevisibles. Luego se preguntó si la situación causada por el cierre del

Conforme a la tesis que goza de preeminencia en la actualidad, el contrato se frustra si hechos posteriores a su otorgamiento alteran radicalmente una o más de las obligaciones que engendra.¹⁷ circunstancia que los tribunales deben evaluar vía interpretación. Al respecto, cabe señalar que, si bien la frustración normalmente no tiene aplicación cuando las partes previeron o pudieron prever el hecho detonante de la excesiva onerosidad, la solución *en comento* igualmente podría aplicarse si se determina que los contratantes no quisieron descartarla.¹⁸

b) Más allá de su fundamento, la frustración reviste interés porque entraña una tensión entre el *Pacta Sunt Servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*. La doctrina de la frustración, precisamente, es calificada como un mecanismo en virtud del cual –en forma excepcional– las reglas contractuales rígidas son compatibilizadas con la justicia.¹⁹ Pero una observación más detenida permite descubrir que, tras el supuesto antagonismo entre la “santidad” del contrato y su adaptabilidad a nuevos contextos económicos, confluyen el principio de la seguridad y de la estabilidad de las transacciones, por una parte, y el principio de la equidad y de la justicia contractual restauradora del equilibrio original, por otra parte.²⁰

c) La seguridad y la estabilidad de los negocios repugnan la modificación y terminación de éstos por cambios en el ambiente que incrementan considerablemente los costos necesarios para continuar honrando el contrato (inflación, fluctuaciones de divisas, crisis energéticas, drásticos cambios político-sociales, etc.). Esta conclusión descansa en el doble “riesgo moral” que implica aceptar la revisión o terminación de los contratos por excesiva onerosidad sobreviente: los deudores sabrían de antemano que pueden dejar de cumplir si acaece una circunstancia que torna muy gravoso el contrato y los acreedores lo pensarían dos veces antes de contratar, pues

canal habilitaba al demandado para incumplir el contrato y sostivo que esto sólo sucedería si la necesidad de cambiar la ruta (vía cabo de Buena Esperanza) alterara fundamentalmente la posición del demandado respecto de la prevista a la época del contrato. Concluyó que éste no era el caso, pues el trayecto alternativo significaba ciento treinta y ocho días en lugar de ciento ocho (lo proyectado originalmente). Dicho aumento del tiempo –y de gasto– no autorizaba al demandado para poner término al contrato. Cfr. Zweigert & Kötz (n. 3), p. 531.

¹⁷ El dilema es si el contrato que las partes celebraron es, en su genuina interpretación, lo suficientemente amplio como para aplicarlo a la nueva situación: si no lo es, entonces ha llegado a su fin... la frustración se produce siempre que el Derecho reconozca que sin infracción de ninguna de las partes es imposible cumplir la obligación, pues las circunstancias bajo las cuales ésta debe satisfacerse la convierten en algo radicalmente diferente de lo que se contrató. *Non haec in foedera veni. No fue esto lo que yo prometi hacer...*, por Lord Ried en *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* [1956] A.C. p. 696.

¹⁸ *W.J. Tatem v. Gamboua* [1939] 1 K.B. p. 132; *The Eugenia* (vid. n. 16).

¹⁹ *Hijri Mulji v. Cheong* (vid. n. 13).

²⁰ Cfr. Antonis KARAMPATZOS, “Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, en *European Review of Private Law*, vol. 2, Netherlands, 2005, p. 108.

estarían expuestos a este riesgo. Sin embargo, en contra se contesta que, supuesto que las partes estén conscientes de que no puede imponerse el cumplimiento de sus obligaciones excediendo sus límites definidos, la posibilidad de modificar o resolver el contrato, aunque sorprenda, genera una sensación de certeza en las transacciones y opera como un verdadero incentivo a la economía. Esto suscita una pregunta, más que razonable, sobre si la fuerza obligatoria del contrato, aplicada a ultranza, sirve mejor los fines de la seguridad jurídica que si su rigor es corregido según lo anotado.²¹

d) A su turno, la equidad y la justicia contractual prescriben que si causas sobrevinientes e imprevisibles crean una notable asimetría en el contrato, es injusto y contrario a la buena fe no cejar un ápice en su literal ejecución. En tal hipótesis se impone restaurar el equilibrio atenuando la obligación de una parte o intensificando la contraprestación y, en subsidio, resolviendo total o parcialmente el contrato. Concretamente, en la revisión judicial se trata de reconstruir la voluntad inicial de los contratantes para poder integrar el contrato con cláusulas que éstos probablemente hubiesen incluido si al contratar hubiesen podido contemplar el acaecimiento de determinados acontecimientos.²² La típica crítica contra este argumento es que la autonomía privada proporciona a las partes suficientes medios para protegerse de futuras contingencias, señaladamente, las cláusulas *hardship*, aunque, por cierto, en los hechos es imposible prevenir todos los eventos futuros por más empeño que se ponga en ello.²³

e) En todo caso, se sostiene que ambos principios debiesen ser aplicados armónica y no antagónicamente. Para ello, en los casos de excesiva onerosidad sobreviente el juez debiera procurar, antes que nada, un ajuste del contrato que redistribuya adecuadamente el riesgo entre las partes, antes que adoptar –como es costumbre– una solución radical (mantener intangible el contrato *vs.* ponerle término). Este análisis implica reconocer que, en principio, la revisión del contrato permite “recobrar su salud” sin comprometer la seguridad comercial ni –lo que es más grave– sin paralizar las transacciones.²⁴ En el sistema inglés, sin embargo, aún se sigue un criterio “todo o nada”, entre otras razones, debido a su modelo económico liberal de mercado. El cambio de actitud que se espera en la judicatura

²¹ Cfr. KARAMPATZOS (n. 20), pp. 108-110.

²² La revisión judicial a menudo opera como la imposición de una solución que el juez considera justa y razonable. En palabras de Lord Radcliffe: “En este tiempo pareciera que las partes se han convertido en espíritus sin cuerpos de modo que a las personas reales debiera permitírseles descansar en paz. En su lugar surge la figura del hombre prudente y razonable. Y el interlocutor del hombre prudente y razonable, quien representa después de todo no más que la concepción antropológica de la justicia, es y debe ser el tribunal mismo”, en *Davis Contractors* (vid. n. 17).

²³ KARAMPATZOS (n. 20), pp. 110-112.

²⁴ KARAMPATZOS (n. 20), p. 113.

Doctrina

se funda en la misma práctica judicial, pues los tribunales, a menudo, intervienen los contratos, práctica que aparece como inconsistente con el atávico respeto por la intangibilidad contractual, el cual continúa siendo enarbolado como una excusa para negarse a revisar el contrato cuyo equilibrio inherente ha experimentado una alteración de importancia²⁵.

3. En cuanto a la clase de hechos calificados por la judicatura inglesa como eventos frustrantes, pueden mencionarse:

- i) los cambios en la ley, entre otros, los que toman ilícito el contrato²⁶
- ii) la cancelación de un evento o ceremonia que fue el motivo que indujo a la celebración del contrato ("*coronation cases*")²⁷
- iii) el retardo en el cumplimiento de las obligaciones que excede el plazo previsto en el contrato y los riesgos comerciales normalmente inherentes al tipo de contrato²⁸

²⁵ KARAMPAZOS (n. 20), pp. 144-145.

²⁶ En *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* (1943) A.C. p. 32, los demandados habían acordado fabricar cierta maquinaria para los demandantes y entregarla en Polonia, pero antes de concluir la tarea el territorio polaco había sido ocupado por el ejército alemán. Se falló que la prohibición de comerciar con el enemigo en tiempo de guerra había frustrado el contrato, puesto que el interés público en asegurar que no se proporcionara ayuda al enemigo en tiempo de guerra predominaba sobre el hecho de que los demandados aún podían físicamente cumplir sus obligaciones. Adicionalmente, se ha resuelto que cuando la ilegalidad es temporal o parcial el contrato se frustra sólo si la ilegalidad afecta su cumplimiento en forma sustancial. Cfr. *Denny, Mott & Dickenson v. James B. Fraser & Co Ltd* [1944] A.C. p. 265.

²⁷ *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. p. 740; *Blakesly v. Miller* [1903] 2 K.B. p. 760. En el primero de estos casos, Krell era dueño de una casa ubicada en la ruta de la procesión de la coronación del rey Eduardo VII, y la arrendó para ese día a Henry. La ceremonia fue cancelada y Henry se negó a pagar el arriendo. La demanda fue desestimada aplicándose *Taylor v. Caldwell* (vid. n. 5), pues la *ratio decidendi* del mismo era aplicable no sólo cuando el cumplimiento del contrato deviene imposible porque deja de existir la cosa que es objeto de aquél sino, también, en los casos en que el evento que produce la imposibilidad de cumplimiento es la cesación o inexistencia de una condición expresa o un estado de cosas que subyacen en la raíz del contrato o que son fundamentales para su ejecución. En otro juicio, relacionado con la misma ceremonia frustrada, (*Horne Boy Steamboat Co. v. Hulston*) [1903] 2 K.B. p. 683, se resolvió que el contrato no se invalidaba por la cancelación de las festividades, pues el demandado había arrendado un bote del demandante para observar cómo el rey Eduardo VII pasaría revista a la flota inglesa y también para ver a esta última. La Corte mantuvo intangible el contrato, pues el objeto del mismo se consiguió parcialmente: pese a la cancelación de la ceremonia real, el demandado pudo hacer el *tour* en bote y observar -con sus invitados- la flota inglesa. Cfr. ZWERTGER & KÖTZ (n. 3), p. 528.

²⁸ "[E]l retardo aun considerable y de duración enteramente incierta es un incidente de aventura marítima, que está claramente dentro de lo previsto por las partes... tanto que a menudo es objeto de estipulaciones expresas. Retrasos como estos pueden afectar muy seriamente el objetivo comercial de la aventura... Sin embargo, esto no es frustración", *Bank Line Ltd. v. Capel & Co.* [1919] A.C. pp. 435 y 458, por Lord Sumner. "Usualmente es necesario esperar que sucedan los hechos para apreciar si el retardo producido y la posibilidad de otro retardo que derive del primero harán que cualquier cumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales sea radicalmente diferente de lo que se

- iv) el fallecimiento o la incapacidad sobreviniente de una de las partes en un contrato de prestación de servicios personales (*intuitu personae*)²⁹.

4. La frustración presupone hechos futuros e imprevisibles. Por ende, si el contrato contempla el supuesto de suceso frustrante o prevé el caso fortuito, su letra en principio gobernará y excluirá la frustración, sin perjuicio de la interpretación judicial³⁰. Sin embargo, estas estipulaciones suelen tener un alcance limitado, pues, obvio es decirlo, la realidad frecuentemente supera la imaginación de los contratantes³¹.

- a) Es de notar, sin embargo, que los tribunales ingleses son renuentes a aplicar la doctrina de la frustración, lo que es una de las razones por las cuales los particulares acostumbran insertar cláusulas de caso tanto fortuito como *hardship* para distribuir el riesgo asociado a hechos posteriores que encarecen sobremanera el cumplimiento³². Es decir, se parte de la premisa

pació en el contrato. Pero, como frecuentemente se ha indicado, a los hombres de negocios no debe exigírseles que esperen demasiado tiempo la ocurrencia de eventos. Ellos están facultados para saber en qué situación se encuentran. Si el retardo puede o no frustrar el contrato es algo que debe ser establecido mediante un juicio informado basado en lo sucedido y en lo que probablemente sucederá en el futuro. A menudo será una cuestión de grado si el efecto del retardo, y la probabilidad de que se repita, es de tal entidad como para producir la frustración de la aventura en concreto". *Pioneer Shipping Ltd. v. B.T.P. Torline Ltd. (The Nema)* [1982] A.C. pp. 724 y 752, por Lord Roskill. Otros precedentes en: *F.A. Tompkin SS. Co. Ltd. v. Anglo-American Petroleum Products Co. Ltd.* [1916] 2 A.C. p. 397; *W.J. Tatem y Ocean Transport* (vid. n. 18).

²⁹ Cfr. *Hall v. Wright* (1858) E.B. & E. pp. 746 y 793, por Pollock; *Graves v. Cohen* (1930) 46 T.L.R. p. 121; *Mount v. Oldham Corporation* [1973] 1 Q.B. p. 309.

³⁰ Una de las imitaciones de la doctrina de la frustración es la estipulación contractual expresa en el contrato, en cuyo caso éste no se frustra, salvo que el hecho consista en la prohibición impuesta por la ley, pues predominan las normas de orden público. Cfr. *Ertel Bieber & Co. v. Rio Tinto Co.* [1918] A.C. p. 260. Sin embargo, los tribunales suelen interpretar en forma estricta tanto las cláusulas *hardship* como las que excluyen *hardship*, estando vedada su aplicación analógica a otros hechos que los expresamente incluidos en las mismas. Un ejemplo de ello se aprecia en *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co. Ltd.* [1918] A.C. p. 119. Los demandados habían convenido construir un embalse en el plazo de seis años. El contrato establecía que, en caso de cualquier retardo ocasionado de cualquier forma, los contratistas debían solicitar al ingeniero una prórroga del plazo. Los demandados alegaron que el contrato se había frustrado debido a que por orden de la autoridad tuvieron que paralizar las obras y vender su planta, por lo que no podía aplicarse esa cláusula de mera suspensión. La House of Lords accedió a la pretensión de la defensa, declarando que dicha estipulación sólo perseguía cubrir dificultades temporales y no cambios fundamentales en la naturaleza del contrato.

³¹ Véase *Bank Line* (vid. n. 28) donde la cláusula no cubrió el evento sobreviniente que en los hechos produjo la excesiva onerosidad.

³² Cabe incluir las cláusulas de indexación, las cuales no han sido tan cuestionadas en Inglaterra como en otros países debido a la estabilidad de la libra esterlina. En *Chancery Division Millerton v. Bookbinding v. Marten* [1978] 2 All E.R. p. 489, J. Browne-Wilkinson sostuvo que una cláusula de reajuste de las cantidades adeudadas bajo un préstamo por concepto de capital e intereses al valor del franco suizo no es contraria al orden público. Este juez, no sin cierto temor reverencial, se apartó

que el ajuste es de resorte de los contratantes, lo cual brindaría más certeza, permitiría insertar una mayor variedad de hechos calificables de caso fortuito o *hardship* y evitaría la drástica terminación del contrato, efecto insoslayable de la frustración³³, el cual –podemos agregar– generalmente debiera ceder ante el principio de la conservación de los contratos.

b) Por el contrario, entre los hechos que no frustran el contrato figuran aquellos que impiden cumplir una obligación del modo proyectado por un sólo contratante³⁴; los provenientes de la culpa de la misma parte que alega la frustración (autoinducida)³⁵ y el cambio de las circunstancias económicas producido por una inflación creciente³⁶.

5. En cuanto a sus efectos, aparte de producir la terminación *ipso facto* del contrato, en un comienzo la frustración extingue las obligaciones de las partes asumiendo la pérdida aquella en quien ésta cae³⁷. Posteriormente, se sostuvo que la suma de dinero pagada con anterioridad a la frustración del contrato era restituible por ausencia total de *consideration*, pues la contraprestación no había sido ejecutada³⁸. Sin embargo, esto no resolvía los casos de ausencia parcial de *consideration* ni permitía al contratante que había recibido el pago de la cantidad que se le adeudaba (pero sin el cumplir su prestación) descontar de ésta los gastos incurridos para cumplir el contrato. Estos inconvenientes fueron solucionados mediante norma expresa que permite al contratante que pagó sumas de dinero por causa de ciertos contratos frustrados exigir su restitución a la contraparte y quedar liberado de pagos futuros, mientras que el segundo puede compensar los gastos devengados en la restitución, según determinación prudencial del tribunal³⁹.

del precedente de *lord Denning* quien, en *Frederick-Griffin v. Cooperative Insurance Society* [1958] 2 All E.R. p. 33, había declarado, en sus propias palabras, que la cláusula de indexación promovía la inflación y, por ende, era contraria al orden público. Veinte años más tarde, en el primer caso aludido, J. Browne-Wilkinson señaló que este tipo de cláusulas son síntomas y no causas de la inflación. Asimismo, afirmó que no era función de los tribunales condenar una práctica comercial que se había convertido en lugar común, incluso, por las autoridades públicas, sino que era un problema que el Parlamento debía encarar. Este último no ha intervenido, hasta ahora.

³³ Cfr. MACKENDRICK (n. 2), pp. 269-270.

³⁴ Cfr. *Blackburn Bobbin Co. Ltd. v. Allen (T.W.) & Sons Ltd.* [1918] 2 K.B. p. 467.

³⁵ Cfr. J. *Lauritzen* (vid. n. 9).

³⁶ "Las cosas pueden haber sucedido de manera distinta de lo que las partes previeron, en cuanto la inflación se incrementó no al rate ni a paso largo y sentido, sino en forma galopante. Pero esa variación de grado y ritmo no es un cambio tan radical de la inflación prevista que pueda frustrar el contrato", *Wates Ltd. v. G.L.C.* (1983) 25 B.L.R. pp. 1 y 35, por L.J. Stephenson. Vid. también *Staffs Area Health Authority v. South Staffs Waterworks Co.* [1978] 1 W.L.R. p. 1387 (en especial el voto disidente de *lord Denning*, M.R.).

³⁷ *Chandler v. Webster* [1904] 1 K.B. p. 493.

³⁸ *Fibrosa* (vid. n. 26).

³⁹ Cfr. Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. El párrafo primero de esta ley trata del ajuste de los derechos y obligaciones de las partes de un contrato que se ha frustrado, disponiendo que:

II. DERECHO FRANCÉS: NEGACIÓN DE LA REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

1. La jurisprudencia francesa de la *Cour de Cassation* en materia civil⁴⁰, hasta ahora ha sido renuente a cuestionar la intangibilidad del contrato frente a circunstancias posteriores a su celebración que tornan su cumplimiento de suyo oneroso⁴¹. Un contratante sólo puede quedar exento de cumplir si ese evento es calificado de fuerza mayor ex art. 1.148 *Code*.

Nada ha cambiado a pesar de los esfuerzos desplegados por la doctrina después de la Gran Guerra para que la teoría de la imprevisión fuese acogida por el máximo tribunal galo, aun cuando –como en Chile– la misma ha sido justificada sobre importantes bases legales, como son los preceptos del *Code*, que tratan de la indemnización de los perjuicios previstos (art. 1.150), la buena fe (art. 1.134.3°) y la voluntad de las partes como regla de la interpretación contractual

⁴⁰ (1) Si se hace imposible el cumplimiento de un contrato –o de otra forma se frustra– regido por el derecho inglés, motivo por el cual sus partes quedan liberadas de continuar dando cumplimiento al mismo, se aplicarán las siguientes normas de esta sección, según lo indicado en la sección 2 de esta Ley"; "(2) Todas las sumas pagadas o pagaderas a cualquier parte en cumplimiento del contrato antes de la fecha en que las partes quedan liberadas... podrán –en el caso de las sumas pagadas– ser recuperadas de esa parte como dinero recibido por ésta en beneficio de la parte que hizo los pagos y, en el caso de las sumas pagaderas en el futuro, cesará la obligación de la parte que debía pagarlas. Si la parte a quien se han pagado o deban pagarse tales sumas incurriere en gastos con antelación a la fecha en que ambos contratantes quedan eximidos del cumplimiento del contrato, el tribunal podrá, si lo estima equitativo habida cuenta de todas las circunstancias del caso, autorizar a esa parte para retener o recuperar total o parcialmente las sumas pagadas o pagaderas, por un monto que no exceda el de los gastos efectuados". Al respecto, se ha resuelto que el tribunal debe gozar de amplia discreción para ejercer esta facultad, a fin de hacer justicia conforme al mérito del caso. Cfr. *Garnier S.A. v. ICM/Fair Warning Agency Ltd. and Missouri Storm Inc.* [1995] 1 W.L.R. p. 1.226, por J. Garland. No obstante, esta ley no se aplica a los contratos de transporte de bienes y ciertos contratos de transporte de pasajeros, a los contratos de seguros ni a los de compraventa (Sección 2, N° 5).

⁴⁰ No consideramos en este trabajo la jurisprudencia en materia administrativa, emanada del Consejo de Estado, a partir del fallo de 30 de marzo de 1916 (D.P. 1916.3.25) que acogió la teoría de la imprevisión fundada en la importancia de preservar la continuidad de los servicios públicos y que, adicionalmente, la doctrina ha justificado en el derecho del particular que contrata con las autoridades públicas a esperar un equilibrio financiero en el contrato. Cf. Hugh BEAUL, Arthur HARTKAMP, Hein KÖTZ & Denis TALON, *Casebooks on the Common Law of Europe. Contract Law*, Oxford, Hart, 2002, p. 630. Fallos posteriores han precisado la doctrina, exigiendo que se trate de hechos imprevisibles, fuera del control de los contratantes y de temporales. Sin embargo, resulta llamativa la incapacidad de la *Cour de cassation* para asumir que estos argumentos pueden ser igualmente plausibles en el Derecho Privado, sobre todo si se trata de hechos sustancialmente similares.

⁴¹ Cfr. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD & François CHABAS, *Droit Civil. Obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 1998, vol. 1, p. 736; Ambroise COLIN & Henri CAPRANT, *Traité de Droit Civil. Obligations, Théorie Générale*, Paris, Dalloz, 1959, para. 864-865; KARAMPATZOS (n. 20), p. 135.

(art. 1.156). No más fructífera fue la invocación, como principio consuetudinario, de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴².

2. El criterio de la *Cour de Cassation* quedó plasmado a mediados del siglo XIX en juicios relativos al contrato en cuya virtud el asegurador se obligaba a proporcionar al asegurado un sustituto si aquél era llamado al servicio militar. Con la entrada en vigencia en 1843 de una ley que dobló el número de conscriptos las compañías de seguros intentaron excusarse de honrar sus contratos y, aunque algunos sentencias de los jueces del fondo sostuvieron, indistintamente, que la base esencial del contrato había sido trastornada por esa circunstancia imprevisible o que la intención probable de las partes habría sido no contratar bajo ese supuesto o que, en fin, la ley en cuestión podía subsumirse en la noción de caso fortuito, la *Cour de Cassation* se mantuvo inflexible⁴³. El criterio fue reafirmado en el legendario caso del canal de Craponne⁴⁴ que ha permanecido hasta el presente⁴⁵.

Con todo, podrían verse signos de evolución (esperanzadores o no, según de qué lado se esté) tras un fallo de la *Cour de Cassation* de 1992, que admitió que

⁴² Cf. ZWIEGERT & KÖTZ (n. 4), p. 525.

⁴³ En sentencia de 9 de enero de 1856 (D.P. 56.1.41), la Corte sostuvo que no podía eximirse al asegurador de cumplir este peculiar contrato por cuanto (i) no se había estipulado ninguna limitación a la obligación de proporcionar el reemplazante, debiendo entenderse que el asegurador quiso asumir todos los riesgos asociados inherentes a su deber de procurar un reemplazante para cumplir el servicio militar; (ii) los términos del contrato eran claros y reflejaban la intención común de las partes, estando inhibido el tribunal de sustituir tal voluntad y (iii) es propio de un contrato aleatorio que los riesgos se carguen para uno u otro contratante. Uno puede apreciar la similitud entre esta sentencia y *Parade v. Jane* (vid. n. 8), ya que ambas apuntan a la responsabilidad de las partes en la distribución de los riesgos en el contrato.

⁴⁴ *Cour de cassation*, 6 de marzo de 1876, D.1876.I.193. En 1567 Adam de Craponne se obligó a construir y mantener un canal para irrigar los campos labrados por habitantes de Pélissanne, los que debían pagar tres soles por riego y áreas específicas de tierra. Con el tiempo esta suma devino intonso. Los herederos de Craponne demandaron y obtuvieron en primera instancia un alza del precio, pero la *Cour de cassation* revocó el fallo por vulnerar el art. 1.134 inciso 1° del *Code (pacta sunt servanda)*, sosteniendo que los jueces no podían –por equitativo que fuera– modificar los acuerdos de las partes a la luz de circunstancias y tiempos cambiantes, ni sustituir las estipulaciones libremente convenidas por los contratantes.

⁴⁵ Por ejemplo, *Cour de cassation* 6 de junio de 1921 (D.1921.I.79). Bajo un contrato de suministro celebrado en 1910, un campesino se obligó a resituir un conjunto de animales al propietario más cierto capital sin reajuste. El dueño demandó una proporción del valor adicional resultante de la depreciación del franco que sobrevino a la Primera Guerra Mundial. La Corte de Apelación sostuvo que dicho reajuste debía ser compartido entre ambas partes. La *Cour de cassation* revocó el fallo de apelación y declaró que el contrato únicamente obligaba al campesino a resituir la cantidad nominal recibida, junto al grupo de animales. Declaró que ninguna consideración de equidad autoriza al tribunal a modificar el contrato, estableciendo la preeminencia del art. 1.134.1 (*pacta sunt servanda*) sobre los arts. 1.134.3 (buena fe) y 1.135 (la integración del contenido del contrato conforme lo que le pertenece por naturaleza, costumbre y ley). En el fondo, esta sentencia comunica al público que son los propios contratantes quienes deben preocuparse de regular la imprevisión en los pactos que suscriben.

la buena fe contractual puede obligar a revisar el contrato que deviene particularmente oneroso⁴⁶. No obstante, se arguye, no puede vaticinarse si tal decisión “convertirá la herejía del presente en el dogma del futuro”⁴⁷.

3. Pero lo que resulta más interesante es preguntarse a qué obedece esta actitud. Al respecto, sólo diremos que se ha sostenido que esta mentalidad se condice con el hecho de que la cultura jurídica francesa mira con particular recelo el activismo judicial, conservando muy vivo el recuerdo de los abusos cometidos durante el Antiguo Régimen⁴⁸.

Frente a esta actitud jurisprudencial han reaccionado el legislador (aunque sus intentos son apreciados tan sólo como meras excepciones a la intangibilidad contractual)⁴⁹ y los particulares, estos últimos, incorporando en sus contratos cláusulas de distribución de los riesgos emanados de hechos imprevisibles (guerras, huelgas, fluctuaciones monetarias, etc.), sometiendo sus disputas a la decisión de árbitros facultados para revisar los términos del contrato cuando es justo y razonable su modificación por el cambio de las circunstancias o ambos⁵⁰.

Esta práctica pareciera reforzar la idea de que la revisión contractual acordada por las partes, contra la lógica aparente, puede fortalecer la economía e incrementar la seguridad en el tráfico jurídico comercial⁵¹. Es más, los tribunales no han trepidado en validar tales cláusulas, privilegiando los esfuerzos de las partes por renegociar sus contratos a fin de evitar su repentina terminación cuando es su intención continuar cumpliéndolos haciendo los ajustes necesarios⁵².

⁴⁶ Cass. Com. 3 de noviembre de 1992, *Bull. civ.*, IV, 1992, p. 338. Se resolvió que una compañía petrolera no había cumplido sus obligaciones contractuales para con un distribuidor de petróleo de acuerdo con las exigencias de la buena fe al rehusarse a renegociar con él en forma tal de poder afrontar la competencia del mercado, cuyo renovado escenario implicaba comercializar el petróleo a precios notoriamente más bajos.

⁴⁷ KARAMPATZOS (n. 21), p. 137.

⁴⁸ Cf. KARAMPATZOS (n. 21), p. 136; John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, U. of Michigan Law School, 1968, pp. 263, 305, 362, 375-376.

⁴⁹ El legislador intervino terminada cada guerra mundial: la ley Falliot de 21 de enero de 1918 y la ley de 22 de abril de 1949. La primera ley marcó el comienzo de una larga cadena de actos legislativos destinados a adaptar las relaciones contractuales de Derecho Privado a una situación económica trastornada totalmente. Esta ley concretamente confirió a los tribunales el poder de poner término o suspender los contratos celebrados antes de la Primera Guerra Mundial cuyo cumplimiento devino considerablemente más oneroso o ruinoso de lo previsto por las partes e, incluso, el juez podía obligar a los contratantes a renegociar los términos de sus pactos. Cf. Werner LORENZ, “Contract Modification as a Result of Change of Circumstances”, en Jack Beatson & Daniel Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 359. (Reprinted in 2001).

⁵⁰ Cf. ZWIEGERT & KÖTZ (n. 4), p. 527.

⁵¹ Cf. KARAMPATZOS (n. 21), p. 139.

⁵² Esto se apreciaba, por ejemplo, en sentencia de 28 de septiembre de 1976 de la *Cour d'appel* de París (CJP 1979.II.18810), que revocó un fallo del Tribunal de Comercio de París, que había

III. DERECHO ALEMÁN: JURISPRUDENCIA VANGUARDISTA

1. Se ha esgrimido, con fundamento histórico, que la respuesta dada por el Derecho alemán al impacto que produce el cambio de las circunstancias en la fuerza obligatoria de los contratos es consecuencia de la orientación social de mercado de su economía. Ello explica que para los jueces alemanes la interferencia en el contrato destinada a fijar su contenido justo es considerada en principio como legítima, sobre todo si procura proteger al contratante débil, como es precisamente el caso del deudor que, enfrentado a hechos imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, debe asumir gastos que trastornan la comutatividad comatural al vínculo jurídico.

De hecho, la intervención judicial suele fundarse en el párrafo 242 del *BGB*, que impone cumplir las obligaciones con arreglo a la buena fe y los usos comerciales. Puede entonces apreciarse que, mientras en Inglaterra el *Pacta Sunt Servanda* goza de un respeto generalizado atribuible en gran medida a su economía más liberal, en Alemania existen menos barreras para atenuar el rigor de ese principio cuando se examinan las consecuencias jurídicas de la excesiva onerosidad sobreviniente⁵³.

Concentrándonos en el siglo XX y lo que va del XXI, pueden distinguirse tres hitos principales⁵⁴, a los que hacemos referencia en los números siguientes.

anulado un contrato de suministro de petróleo por considerar que había dejado de existir precio. El contrato contenía una cláusula de indexación que devino inútil ante la catástrofe del mercado derivada de la crisis del petróleo y que también incluía una cláusula de salvaguarda en cuya virtud, si el precio del petróleo subía seis francos por tonelada respecto del valor inicial, las partes debían consultarse recíprocamente para determinar si procedía modificar el contrato. Las partes infructuosamente intentaron una conciliación. La Corte de Apelación interpretó el deseo de las partes de seguir cumpliendo el contrato adaptándolo a las nuevas circunstancias y, para tal objetivo —y pese a que no había sido solicitado— ordenó que las negociaciones prosiguieran bajo la supervisión de un observador imparcial. La corte señaló, además, que si las partes fracasaban el tribunal podía regular el contenido del contrato sin alterar su estructura básica, adaptando el precio a las fluctuaciones del mercado.

⁵³ Cf. KARAMAYRZOS (n. 20), pp. 120-121; Peter HAV, "Frustation and its Solution in German Law", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 10, 1961, p. 345 y ss.

⁵⁴ Sólo aludiremos al rechazo de la cláusula *rebus sic stantibus* por los juristas de la Escuela Histórica en la segunda mitad del siglo XIX. También sólo diremos que, en esa época (entre 1847 y 1892, en diversas publicaciones), Bernhard Windscheid propuso su tesis según la cual todo contrato es celebrado bajo el supuesto implícito de que las partes sólo entienden obligarse si se verifican determinadas circunstancias, de modo que si tal presuposición es equivocada el contratante puede demandar la terminación del contrato, pues éste deviene injustificado, como si hubiese fallado una condición tácita consistente en que el estado de cosas coetáneo al contratar se mantenga al tiempo de cumplir. Esta doctrina no fue recogida en el *BGB*, puesto que confundía la condición con el motivo (que es subjetivo y propio de una de las partes) y entrañaba inseguridad para los tratos comerciales. Cf. LORENZ (n. 49), pp. 361-362. Ambos temas y, en general, la evolución sufrida por el Derecho

2. En primer lugar, cabe mencionar la jurisprudencia elaborada por el *Reichsgericht* (máximo tribunal civil alemán hasta 1945), la que se caracterizó por su marcada tendencia a proteger al deudor conforme a la equidad y la buena fe.

La primera forma en que el *Reichsgericht* resolvió los juicios por hechos sobrevinientes fue extendiendo el concepto de imposibilidad contenido en el párrafo 275 del *BGB* a la imposibilidad económica, ya sea porque el cumplimiento del contrato una vez superado el obstáculo hacía que sus efectos fuesen completamente diferentes de los contemplados al tiempo de su celebración⁵⁵, ya sea porque la obligación del deudor debía entenderse extinguida si insistir en el cumplimiento bajo el nuevo contexto resultaba una exigencia desmedida⁵⁶. En este escenario el *Reichsgericht* admitió en un número de casos la defensa de la ruina⁵⁷.

Posteriormente, el *Reichsgericht* echó mano a la doctrina de la base del contrato de Paul Oertmann, que permite poner fin al contrato a raíz de la alteración de las circunstancias cuando las expectativas de las partes al contratar —compartidas por ambas o, al menos, manifestada por una y aceptada por otra— son frustradas por hechos posteriores⁵⁸.

alemán a este respecto durante el siglo XX, son típicamente explicados por ZWIEGERT & KÖTZ (n. 3), pp. 518-524.

⁵⁵ En contratos de importación de materias primas que la guerra tornó imposibles o muy difíciles de cumplir, el tribunal liberó al vendedor si la entrega después del término de una guerra prolongada tenía lugar bajo condiciones económicas del todo diferentes de las imperantes en tiempos de paz, cuando los contratos fueron suscritos. RGZ 94, 68, 69.

⁵⁶ "El evento fortuito no sólo debe hacer más difícil producir el objeto para el cual se contrató... sino que debe implicar dificultades extraordinarias de tal entidad que los hombres de negocios considerarían imposible de cumplir", RGZ 57, 116, 118. En este caso, el demandado se obligó a suministrar al actor un importante volumen de cierto tipo especial de harina que debía fabricar en su molino aplicando una fórmula secreta. El molino fue destruido por un incendio fortuito y el vendedor alegó la imposibilidad de cumplir. La Corte debía determinar si tenía aplicación el entonces (hoy abolido) párrafo 279 del *BGB*, que trataba de las obligaciones de género. Además, el molinero había suministrado grandes cantidades del mismo tipo de harina a otro comprador antes de la destrucción del molino. Si se aplicaba dicha norma el deudor tenía que cumplir el contrato recurriendo a mercados extranjeros. La Corte, basándose en el párrafo 242 del *BGB*, declaró que el deudor no estaba obligado a cumplir, pues recurrir a ese medio le imponía una carga excesiva.

⁵⁷ Por ejemplo, la sentencia de 21 de septiembre de 1920 (RGZ 100, 129, 133-4) declaró que ninguna de las partes de un contrato de arrendamiento por ocho años, celebrado en 1912, había sido negligente al no incorporar una cláusula de guerra, pues sobrepasaba a toda previsión humana anticipar —en 1912— el escenario económico que sucedió a la Gran Guerra. La renta anual convenida era de nueve mil trescientos sesenta y tres marcos, pero a causa del enorme incremento de los precios del carbón, el arrendador incurrió en gastos adicionales de unos ochenta y nueve mil marcos entre 1917 y 1919, demandando el consiguiente reajuste de la renta. Los tribunales inferiores rechazaron su pretensión por estimarlo culpable al no calcular adecuadamente sus costos ni haber tomado en cuenta las consecuencias de un posible conflicto bélico, pero el *Reichsgericht* revocó dicho fallo por la razón antes anotada.

⁵⁸ *Reichsgericht*, 3 de febrero de 1922, RGZ 103-328. Se resolvió que en circunstancias excepcionales que afectan las raíces del contrato, el juez está autorizado para revisarlo y debe procurar no

A pesar de que esta tesis fue duramente criticada, entre otros motivos, por no resolver la mayoría de los casos (si las partes no pudieron razonablemente prever los eventos frustrantes al celebrar su contrato, resulta poco realista pretender que existió una suerte de común suposición de los contratantes), ésta continuó siendo empleada por el *Reichsgericht* e, incluso, por el *Bundesgerichtshof*, aunque normalmente como simple ornamento de sus verdaderas consideraciones⁵⁹.

3. En segundo lugar, debe destacarse la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (máximo tribunal civil alemán tras la Segunda Guerra Mundial), que puso el acento invocando la doctrina del colapso del fundamento del contrato – en la aplicación del estándar de la buena fe en las circunstancias del caso y en la determinación de si la aplicación irrestricta del contrato era o no insoportable para el deudor, atendido el cambio de las circunstancias⁶⁰.

Asimismo, dicho tribunal planteó que la corrección del *Pacta Sunt Servanda* sólo se justifica si es indispensable para evitar un resultado intolerable e incompatible con el derecho y la justicia⁶¹, expresión genérica que confiere un poder discrecional a los jueces y que, a su vez, dificulta pronosticar el resultado probable de los litigios y vierte una dosis de incertidumbre en los tratos comerciales⁶².

ponerle fin. Esta sentencia fue la primera en reconocer abiertamente como base para tal revisión a la teoría de Paul Oertmann sobre la desaparición de la base contractual. El criterio es que pugnaría con la buena fe mantener inalterado el contrato, lo que se asemeja a la doctrina de la frustración en cuanto el contrato ha dejado de ser lo que originalmente se proyectó.

⁵⁹ KARAWATZOS (n. 20), p. 124. Así, por ejemplo, en un caso que derivó de la reunificación alemana, se dictó sentencia de 14 de octubre de 1992 (BGHZ 120.10), en la que el *Bundesgerichtshof* declaró que la teoría de la desaparición de la base contractual debiera ser aplicada para proteger el contrato, teniendo en cuenta los requerimientos de la buena fe. La teoría de Oertmann es aplicada como último recurso, en defecto del ajuste contractual.

⁶⁰ En un famoso caso, el demandante se había comprometido a producir y entregar al demandado una cantidad de taladros de un modelo obsoleto y que el actor sabía que el demandado vendería en Alemania Oriental, pero el bloqueo a Berlín hizo imposible la entrega de los taladros en ese país. El *Bundesgerichtshof* declaró que en contratos de ventas y servicios el comprador debe soportar el riesgo de no poder utilizar los bienes como originalmente quería, pero agregó que, aunque el bloqueo existió al tiempo del contrato ambas partes compartieron la creencia de que la entrega de los taladros en Alemania del Este sería posible en el futuro previsible. Por ello eximió al demandado de su obligación de pagar los taladros, pero como el contrato debía ser adaptado a la nueva situación a la luz de la buena fe declaró que debía pagar un cuarto del total de la suma pactada, lo que permitía al actor compensar los gastos incurridos iniciar la ejecución del contrato. Cfr. MDR 1993.282. Esta sentencia ha sido criticada porque el comprador que adquiere bienes pensando en obtener una utilidad con su reventa debe soportar el riesgo de que ésta se torne imposible y, si quiere compartir tal riesgo con el vendedor, debe espularlo expresamente en el contrato. Cfr. ZWIEGERT & KOTZ (n. 4), p. 524.

⁶¹ Cfr. BGH JZ 1978, 235, 236; BGH NJW 1984, 1746, 1747; BGH NJW 1991, 1478, 1479; BGH NJW 1997, 320, 323.

⁶² KARAWATZOS (n. 20), p. 125.

En fin, actualmente se sostiene que la excesiva onerosidad sobreviniente es un problema de distribución de los riesgos que concierne a los propios contratantes según el tipo de contrato. Por ende, la revisión judicial es sólo el último recurso que opera a falta de cláusulas expresas que regulen la materia. Esto siempre que el juez pueda obtener el resultado que, de otro modo, las partes habrían contemplado, para lo cual debe interpretar el contrato y aplicar las normas pertinentes del *BGB*⁶³. La modificación judicial del contrato puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la atenuación del cumplimiento *in natura* de las obligaciones, reducciones de precios, prórroga de plazos, cumplimiento por parcialidades, compensación, etc.⁶⁴. Entre estas cláusulas destacan las de indexación⁶⁵.

⁶³ Cfr. BGH NJW 1984, 1746, 1747; BGH NJW 1991, 1478, 1479. En el caso más emblemático (BGH JZ 1978, 235; WM 1978, 1922), el *Bundesgerichtshof* deliberó acerca de las repercusiones económicas de la primera crisis de los setenta. El demandado, un importador de petróleo, había celebrado en 1972 un contrato para el suministro de cierto volumen de gasolina al actor en parcialidades. A la época del contrato, el precio promedio de la gasolina era inferior a cien marcos alemanes por tonelada y las partes, no obstante, prever posibles fluctuaciones futuras del precio, acordaron un precio fijo. Durante 1973, debido a hostilidades en el Medio Oriente, el precio de la gasolina experimentó un alza sostenida hasta alcanzar los seiscientos marcos alemanes por tonelada. El demandado requirió del actor un ajuste del precio original que reflejara los costos actuales, pero este último se negó. El demandado decidió suspender el suministro, lo que obligó al actor a obtener el insumo de un tercero a un precio superior al pactado. El demandante reclamó perjuicios por incumplimiento contractual dadas las pérdidas incurridas al verse forzado a obtener un suministro más caro. La Corte falló en su favor, pues en su concepto el precio fijo establecido en el contrato reflejaba la intención de las partes de acuerdo se considerara referido sólo a variaciones de precio. Además, declaró que, aunque ese acuerdo se considerara referido sólo a las fluctuaciones normales, el demandado debió tener en cuenta, a mediados de 1973 – cuando la crisis recién se había desencadenado – que eran esperables mayores alzas en los precios y, por ende, debió reducir en parte su riesgo adquiriendo volúmenes de gasolina en *stock*. En suma, el tribunal consideró que el demandado había sido negligente. Sin embargo, surge la duda de hasta qué punto el demandado pudo reducir realmente el riesgo, pues si todos o la mayor parte de los suministradores hubiesen observado el comportamiento exigido por el *Bundesgerichtshof* se habría producido una demanda generalizada de gasolina que habría provocado una repentina y acentuada alza en los precios, lo que a su turno habría seguramente impedido a ese particular demandado proveerse del insumo a precios razonables. Por tanto, si la conducta que la Corte esperaba era inexigible, uno debería coincidir en que se produjo el colapso de la base del contrato, aserto que parece ser más compatible con la justicia y el Derecho. Cfr. KARAWATZOS (n. 20), pp. 128-129.

⁶⁴ Cfr. BEALE, HARTMAN, KOTZ & TALON (n. 40), p. 637.

⁶⁵ Pese a que en Alemania rige el principio nominalista, ha sido modificado por la jurisprudencia, al punto que la ausencia de cláusulas de reajuste de los precios no es tan grave como en otras latitudes. A partir de una ley de 18 de junio de 1948 las cláusulas de indexación están sujetas a un control por el Banco Central. En sentencia de 4 de marzo de 1964 (NJW 1964.1021) se declaró la validez de la cláusula incorporada en un contrato que facultaba a un tercero a revisar la renta de arrendamiento de un edificio después de cinco años si durante este plazo se producía un cambio significativo en las circunstancias económicas. También se ha considerado válida la cláusula en cuya virtud las partes facultan al tribunal para ajustar el canon de arriendo (sentencia de 6 de diciembre de 1978, NJW 1979.2250).

4. El tercer hito tiene lugar desde el 1 de enero de 2002, cuando entró en vigencia el párrafo 313 del *BGB*, que consagra el problema del colapso del fundamento del contrato y cuyos incisos 1º y 3º disponen lo siguiente:

“1. Si las circunstancias que constituyen la base del contrato han cambiado considerablemente con posterioridad a la celebración del mismo, y si las partes no lo hubiesen celebrado o lo hubiesen celebrado bajo condiciones diferentes en caso de haber previsto el cambio, podrá reclamarse la revisión del contrato si no es posible exigir a una de las partes el contrato sin modificarlo, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso particular, especialmente la distribución –contractual o legal– del riesgo”.
... “3. Si la revisión del contrato no es posible o no puede ser exigida a la otra parte, el contratante en desventaja podrá pedir la resolución del contrato. En los contratos de obligaciones de tracto sucesivo el derecho a la terminación sustituirá al derecho de resolución”.

Se ha sostenido que esta reforma sólo persiguió elevar a rango de ley lo resuelto por la jurisprudencia y convenido por la doctrina, por lo cual no se espera un cambio en los criterios judiciales. Si importa, en cambio, un abandono de la fórmula subjetiva de Paul Oertmann, aunque se concuerda en que desde hace mucho tiempo los tribunales le habían dado un uso meramente retórico. De este modo, el párrafo 313 del *BGB* es interpretado en forma estricta para permitir la modificación, resolución o terminación del contrato únicamente en situaciones extraordinarias, ninguna de las cuales opera *ipso facto*. Se privilegia la denominada “fórmula de colaboración”, por la cual las partes son las primeras convocadas a renegociar los términos de sus negocios cuando éstos se tornan excesivamente onerosos por hechos sobrevinientes e imprevisibles. Los tribunales, por el contrario, sólo intervienen en forma subsidiaria. La consecuencia es que, tras esta reforma legislativa, el *pacta sunt servanda* ha resultado fortalecido⁶⁶. En efecto, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la revisión judicial efectuada en Alemania frente a la desaparición de la base contractual no es una amenaza a la seguridad del contrato, pues sus tribunales actúan en forma consciente y moderada⁶⁷. No otra razón explica que su modelo ha sido imitado en diversas legislaciones nacionales y, más interesadamente, su impronta también se aprecia en los Principios del Derecho Europeo de Contratos y en los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales⁶⁸.

⁶⁶ Cf. KARAMEITZOS (n. 20), pp. 133-134.

⁶⁷ Cf. BEALE, HARTMAN, KOTZ & TALTON (n. 41), p. 637.

⁶⁸ El art. 6.111 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos trata del cambio de las circunstancias. Este precepto establece, como regla general, la obligatoriedad del contrato, aun si deviene oneroso por un aumento del costo de la obligación de la parte que debe cumplir o por una

5. La sensación con la que uno se queda después de este apretado recuento, parfraseando a Werner Lorenz, es que: “una vez desvestidas de sus ornamentos teóricos, las decisiones alemanas evidencian que las soluciones satisfactorias en los casos cruciales sólo pueden ser alcanzadas tras un cuidadoso análisis de la distribución de los riesgos inherentes a cada tipo de contrato”⁶⁹.

IV. CONCLUSIONES:

CON REFERENCIA AL DERECHO CIVIL CHILENO

1. Desde hace varias décadas se ha venido discutiendo en nuestro país sobre las ventajas e inconvenientes de consagrar expresamente la teoría de la imprevisión en el *Código Civil* o en una ley especial, los principios, reglas e instituciones que permitirían sustentarla con éxito frente al dogma de la intangibilidad del contrato, las alternativas de revisión o modificación sustancial (convencional, judicial, legal o ambos), su ámbito de aplicación (incluso, en obligaciones extracontractuales) y los efectos jurídicos de su implementación (renegociación, modificación, resolución/terminación). Por cierto, excede al propósito de este trabajo resumir tales avances⁷⁰.

disminución del valor de la contraprestación. Sin embargo, ante la excesiva onerosidad sobreviniente por un cambio de las circunstancias –y supuesto que sean hechos posteriores, imprevisibles e imputables–, las partes deben, en primer término, negociar con la mira de modificar o terminar el contrato. Sólo si fracasas en su intento por lograr un acuerdo dentro de un plazo razonable, el tribunal puede intervenir, ya declarando terminado el contrato, ya sea ajustándolo de modo de distribuir en forma justa y equitativa entre los contratantes las pérdidas y las utilidades resultantes del cambio de circunstancias. En cualquiera de estos dos casos el tribunal puede otorgar una indemnización a la parte que ha sufrido daños por la negativa de la otra parte a negociar o por el rompimiento de las negociaciones en contra de la buena fe y de una negociación justa. Los arts. 6.2.1 y 6.2.2 de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales son sustancialmente similares a la norma en comento. Para una visión panorámica, *vid.* Rodrigo Mowbray, “Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 10, Santiago, julio, 2004, pp. 151-166. Asimismo, para una clara comparación entre los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, la doctrina de la frustración y el Derecho Civil alemán actual, *vid.* Richard Backhaus, “The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law”, en *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8, Tilburg (Netherlands), marzo, 2004.

⁶⁹ LORENZ (n. 49), p. 376.

⁷⁰ Sin pretensión alguna de ser exhaustivo, entre las obras más relevantes destaco las siguientes: LORENZ DE LA MAZA R., “La Teoría de la Imprevisión”, en *RDJ*, tomo 30, Santiago, 1933, 1ª parte, p. 73 y ss.; FERNANDO FUERO L., “Algo sobre la Teoría de la Imprevisión”, en *RDJ*, tomo 51, Santiago, 1954, 1ª parte, p. 89 y ss.; JUAN CARLOS DOKAR Z., “Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 12 N°9, Santiago, 1985, p. 253 y ss.; JORGE LÓPEZ S., *Los Contratos (Parte General)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986 (y ediciones posteriores); PABLO RODRIGUEZ

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO FRENTE A LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Alejandra Aguad Deik*

Doctrina

RESUMEN

La doctrina mayoritaria sostiene que la *exceptio non adimpleti contractus* produce básicamente dos efectos: por un lado, paraliza, enerva o inhibe el cumplimiento o la resolución del contrato, quedando en suspenso y, por el otro, purga la mora del deudor demandado de forma tal de hacer impropcedente la indemnización de perjuicios, todo ello a la luz de los artículos 1.489 y 1.552 del *Código Civil*. De esta manera, el contrato quedaría temporalmente en suspenso hasta tanto una de las partes cumpla con su obligación o se allane a cumplirla o, bien, hasta tanto las obligaciones que del contrato dimanar para las partes se extingan por la prescripción de las acciones. A mi juicio, la inexecución recíproca de las obligaciones sinalagmáticas, si bien impide o suspende el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios, no tiene, en cambio, la virtualidad de enervar la acción resolutoria. Los textos no lo impiden, al menos, directamente y el propio fundamento de la resolución hacen aconsejable esta solución.

9

ABSTRACT

Doctrine depending on the majority sustains that the *exceptio non adimpleti contractus* produces basically two effects; by one side paralyzes, debilitates and restrains the compliance or the resolution of a contract, which remains then, in suspense and, on the other side, clears the negligent delay of the defendant debtor so it makes inadmissible the damages, all of it under the light of articles 1489 and 1552 of the *Civil Code*. This way, the contract would remain temporarily in suspense until one of the parts comply its obligations or agree to comply them or else until the obligations born of the contract for the parts are extinguished by the prescription of the actions. To my judgment, the reciprocal nonperformance of the synallagmatic obligations even

* Profesora de Derecho Civil, Universidad Diego Portales.

if it restrains or suspends the forced compliance and the damages , it doesn't have, instead, the virtuality of debilitating the resolatory action. The texts don't impede this, at least directly and the fundament of the action itself makes advisable this solution.

I. PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA: MANTENER EN SUSPENSO UN CONTRATO QUE NINGUNA DE LAS PARTES QUIERE CUMPLIR

La doctrina nacional tradicionalmente ha sostenido que, ante un incumplimiento imputable y recíproco de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, no es posible dar lugar a la acción de cumplimiento forzado ni a la acción resolutoria ejercida por una de ellas, y, menos aún, a la pretensión indemnizatoria, a condición de que el deudor demandado haya opuesto, como medio de defensa, la excepción de contrato no cumplido. En otras palabras, los efectos o funcionalidad de la *exceptio non adimpleti contractus* –se dice– consisten, por un lado, en paralizar, enervar o inhibir el cumplimiento o la resolución del contrato, el que queda entonces en suspenso y, por el otro, en purgar la mora del deudor demandado de forma tal de hacer impropedente la indemnización de perjuicios, todo ello a la luz de lo prescrito en los artículos 1.489 y 1.552 del *Código Civil*. De esta manera, el contrato quedaría temporalmente en suspenso hasta que una de las partes cumpla con su obligación o se allane a cumplirla y, en tal virtud, quede en situación de poder reclamar de la otra el cumplimiento de la prestación recíproca o, bien, hasta que las obligaciones que del contrato dimanar para las partes se extingan por la prescripción de las acciones.

Sin embargo, llama la atención que los autores nacionales, al tratar específicamente la excepción de contrato no cumplido, limiten la eficacia paralizante de la *exceptio* a la imposibilidad de que se fuerce al deudor a cumplir mientras su contraparte no lo haga a su vez, y no extiendan, al menos de manera expresa, este efecto impeditivo a la acción resolutoria. Así, por ejemplo, Fernando Fueyo, tomando la definición que de este instituto hace Hugo Taranto, la conceptualiza como: "la negativa de una parte a cumplir su obligación, emergente de un contrato bilateral o sinalagmático, ante el reclamo de la otra parte que no ha cumplido ni ofrece cumplir la suya, con el objeto de lograr el simultáneo intercambio de prestaciones que, en general, es característico de esa categoría de contratos". Es decir, cuando se explica este instituto, incluso por la doctrina extranjera, se le

¹ Fernando Fueyo LANER, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 239. En el mismo sentido, Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, ed. facsimilar, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, concibe

caracteriza esencialmente como un modo de defensa privada ante la pretensión de cumplimiento compulsivo y no como un mecanismo destinado a evitar la resolución². A mi juicio, adelantando posición, este modo de ver el instituto no es casual y responde a la lógica jurídica que subyace al fundamento de la resolución y a la finalidad del sinalagma funcional del contrato bilateral.

Nuestra Corte Suprema ha tenido ocasión de conocer y resolver este problema en numerosas oportunidades, en las que, si bien regularmente ha rechazado la acción resolutoria cuando ha habido incumplimiento recíproco, este criterio no ha sido uniforme. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha sostenido que: "por razón de simple lógica jurídica, es fuerza reiterar que su mora ha impedido la mora de la demandada, y al amparo de lo prescrito en los artículos 1551 número 1 y 1552 del Código Civil deberá rechazarse la demanda interpuesta por la Sociedad prometteente vendedora"³. En otra sentencia ha señalado que:

"si la actora principal no ha cumplido ni ha estado llana a cumplir las obligaciones que contrajera en virtud del contrato de promesa celebrado, es forzoso concluir que no puede demandar su resolución con indemnización de perjuicios, conforme se infiere de lo establecido en el art. 1552 del Código civil"⁴.

En general, los fundamentos sobre los que se ha hecho descansar esta solución, aunque habitualmente aparecen confundidos en el razonamiento del sentenciador, sin que exista un desarrollo lógico e independiente para cada uno de ellos, son los siguientes:

a) en que la facultad contenida en el art. 1.489 corresponde al contratante diligente como único legitimado para accionar, requisito que a su vez se deduce del art. 1.552 y

la *exceptio* como un medio de defensa frente al cumplimiento compulsivo que reposa en la equidad, pues "pugnaría evidentemente con ella que uno de los contratantes pudiera exigir las ventajas que el contrato está llamado a otorgar, repudiando, sin embargo, las cargas que como compensación para la otra parte le impone", tomo V, p. 788. También René ABEILUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, refiriéndose a los efectos de la excepción, expresa que: "mediante ella el deudor impide que se le fuerce a cumplir mientras su contraparte no lo haga a su vez, pero no le sirve directamente para obtener el cumplimiento recíproco", tomo II, p. 846.

² Así, por ejemplo, FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1952, comentando la regla del art. 1.460 del *Código italiano* de 1942 (similar a nuestro art. 1.552) sostiene que: "la parte que se exceptiona, además de sustraerse legítimamente (aunque sea en forma provisional) al deber de cumplir a su vez, queda asimismo eximida de las consecuencias de su incumplimiento (voluntario), esto es, escape a la posibilidad de sufrir la ejecución forzada, a la compensación y a los intereses moratorios", tomo II, p. 434.

³ Corte Suprema, 17 de julio de 2002, en *LexisNexis*, N° 25425.

⁴ Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, en *LexisNexis*, N° 25776.

Doctrina

b) en la ausencia de mora del deudor demandado por aplicación del art. 1.552 del *Código Civil*.

Pero hemos dicho que esta solución no ha sido uniforme en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal. Ya en el año 1931, la Corte Suprema sostuvo que la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contradas puede o no solicitar la resolución del contrato en contra de la otra parte, que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, no estaba resuelta o contemplada en el art. 1.489, ni quedaba regida por el art. 1.552, de manera que existía un vacío legal en esta materia que debía juzgarse conforme mejor pareciera al espíritu general de la legislación y a la equidad natural⁵. Esta misma doctrina se repite en otro fallo reciente de la Corte Suprema, según el cual:

"...no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoga en este caso, porque la resolución, precisamente es el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acciéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido, sin embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado *Código Civil*"⁶.

⁵ Corte Suprema, 29 de julio de 1931, en *RDJ*, tomo xxviii, Santiago, 1931, 2ª parte, secc. 1ª, p. 693.

⁶ Corte Suprema, 4 de diciembre de 2003, en *LexisNexis* N° 29114. Bajo este mismo razonamiento, se ha sentenciado que "en tales circunstancias, resulta que uno de los contratantes, el promitente comprador, el actor, no ha cumplido, ni está llano a cumplir el contrato de promesa, y por otra parte, el demandado, promitente vendedor, que si bien probó haber estado dispuesto a suscribir el contrato prometido, y por ende cumplir la promesa, ya no puede cumplir dicha promesa en términos útiles para el actor, por haberse renatado el inmueble. De esta manera, se está en presencia de una situación que no queda reglamentada en el artículo 1489 del *Código Civil*, puesto que esa norma discute sobre la base que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios, haya cumplido o esté llano a cumplir, requisitos que no se dan en el caso de autos. Que, así, deberá resolverse esta controversia como lo ordena el artículo 24 del *Código Civil*, vale decir de acuerdo al espíritu general de nuestra legislación y conforme a la equidad natural, con arreglo a lo cual, no se admite el enriquecimiento sin causa [...]. De esta suerte, se dará lugar a la demanda sólo en cuanto se declara resuelto el contrato de promesa de venta suscrito entre el demandante y el demandado y se condenará al demandado a restituir al

Doctrina

La excepción de contrato no cumplido y su virtualidad para enervar la resolución del contrato no ha estado tampoco ajena a la discusión doctrinal. Si bien, como se ha dicho, los autores nacionales tienden a tratar dogmáticamente la institución en sus obras sobre Las Obligaciones con énfasis en su función impositiva del cumplimiento compulsivo, la solución contenida en la sentencia de la Corte Suprema del año 1931 ha dado origen a un arduo debate protagonizado principalmente por Arturo Alessandri Rodríguez y Augusto Elgueta Ortiz, el que ha sido últimamente abordado por Carlos Pizarro Wilson⁷.

El profesor Alessandri Rodríguez sostiene, en síntesis, que la cuestión que le tocó conocer a la Corte está resuelta en forma concreta por el *Código Civil* en sus artículos 1.489 y 1.552:

"Ya que éstos, como la misma Corte lo establece, sólo confieren la acción resolutoria al contratante que cumplió o está llano a cumplir el contrato contra el otro que se niega a hacerlo. Por lo mismo estimo quebrantado el artículo 1489, pues la sentencia recurrida admitió la acción resolutoria deducida por el contratante que no cumplió sus obligaciones contra el otro que tampoco había cumplido las suyas".

Y luego señala: "por eso es esencial, para que proceda el ejercicio de esos derechos, que el contratante que los invoca haya cumplido o se allane a cumplir su obligación. Sin esta condición no puede invocarlos". Argumenta que, si a partir del art. 1.552 del *Código Civil*, la excepción impide la exigibilidad del contrato a cuya ejecución puede oponerse como defensa, lo es, por este hecho también a la resolución del mismo. La posición contraria es sustentada por Augusto Elgueta, quien estima un error de hermenéutica jurídica y de teoría del Derecho desestimar la resolución en caso de incumplimiento recíproco, pues se daría lugar a una exigencia impropia, cual es: dejar la facultad de impetrar la acción resolutoria bajo condición de haber cumplido las propias obligaciones. Agrega, este autor: "decir que la inexecución de su prestación impide a una parte exigir la prestación de la otra, es tanto como decir que su derecho nace, no del contrato mismo, sino del hecho de cumplir lo que ella prometió"⁸. Concluye

actor los valores enterados por éste". Sin bien este fallo de primera instancia fue revocado por la Corte de Concepción, las razones que el tribunal a que tuvo en vista para su decisión no tienen relación con el tema en estudio. Véase Corte Concepción, 2 de diciembre de 1997, en *LexisNexis*, N° 14967.

⁷ Véase el comentario de Arturo Alessandri Rodríguez a la sentencia citada en n. 5, y la posición contraria en Augusto Elgueta Ortiz, *La resolución por incumplimiento recíproco*, Santiago, s/e, 1947. Una posición más matizada es la sostenida por Carlos Pizarro Wilson, "La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno", en *Estudios de Derecho Civil, Jornadas de Derecho Civil, Valdivia*, 2005, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 317 y ss.

⁸ Elgueta Ortiz (n. 7), pp. 94-96. El mismo criterio es defendido por Augusto Elgueta Ancurra, *Resolución de contratos y excepción de pago*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981.

que la hipótesis que disciplina la norma del art. 1.489 y, por ende, su sentido propio y natural es aquélla en que una de las partes ha cumplido o ha estado llano a cumplir sus obligaciones y el otro descuida o rehúsa la ejecución de las suyas, otorgando al contratante diligente el derecho alternativo, y que la única argumentación en contrario que de ella se desprende, es que el contratante que no ha cumplido sus obligaciones no puede pedir el cumplimiento o resolución frente al otro contratante que ha dado cumplimiento a las suyas. Agrega que el art. 1.489 nada preceptúa para el caso de incumplimiento recíproco, existiendo un vacío legal al respecto, por lo cual la solución a este supuesto debe buscarse, por aplicación analógica, en el propio fundamento del art. 1.489, esto es, en la presuposición real y efectiva de cada parte, de que la otra habrá de cumplir su prestación. Cuando ambos no cumplen, la presuposición de cada uno habrá fallado y, entonces, cualquiera puede pedir la resolución⁹. Finalmente, Carlos Pizarro postula que el incumplimiento mutuo impide la resolución del contrato: "no en razón de la excepción prevista en el artículo 1552, sino que invocando la falta de un elemento de la acción resolutoria, cual es la calidad de acreedor diligente del demandante"¹⁰. Agrega que una cuestión diversa es que el demandado reconvenga al actor, a su turno, la resolución, pues en ese caso habrá una voluntad recíproca en poner término al contrato, operando a este respecto la aquiescencia tácita o resciliación¹¹.

Planteadas así la cuestión, conviene ahondar en los fundamentos que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han esgrimido para sostener que el incumplimiento recíproco impide la resolución del contrato.

II. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA MAYORITARIA PARA SOSTENER QUE EL INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO IMPIDE LA RESOLUCIÓN

Como hemos visto, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, con algún grado de confusión, invocan, en favor de esta solución, el efecto purgador de

⁹ Elguera Ortiz (n. 7), p. 98. La teoría de la presuposición fue formulada por Windscheid a mediados del siglo XIX, entendiéndose por presuposición toda expectativa o creencia sin la cual el que emite una declaración no la habría emitido.

¹⁰ Pizarro (n. 7), quien, sin embargo, no se explaya en las razones por las cuales la calidad de acreedor diligente deba ser considerado un elemento de la acción resolutoria.

¹¹ En igual sentido Anteo RAMELLA, *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, pp. 202 y 203, agrega que esta hipótesis difiere del caso en que media culpa recíproca y en que una de las partes se opone a la resolución. En este último supuesto, señala el autor argentino, debe desestimarse la acción porque falta el acuerdo sobre la suerte del contrato, que es precisamente lo que faculta al juez para disponer la resolución, pese a existir culpa de las dos partes, cuando la piden ambos contratantes.

la mora (la mora purga la mora) contenido en el artículo 1.552, según el cual cuando ambos contratantes están en mora en la ejecución de sus obligaciones (supuesto que tales obligaciones son recíprocas, emanan de una misma fuente y son actualmente exigibles) ninguno de ellos lo está, y también en la ausencia de un elemento condicionante para el ejercicio de la acción, cual es la del contratante diligente. Ambos elementos o requisitos se desprenderían fundamentalmente de la confrontación entre los artículos 1.489 y 1.552 del *Código Civil*¹², lo que nos lleva, por un lado, a precisar el sentido y alcance de cada una de estas disposiciones y, por el otro, a determinar su inferencia lógica y axiológica en el tema que nos ocupa: el incumplimiento recíproco.

1) La mora del deudor y el incumplimiento recíproco. El art. 1.552 del Código Civil

Como sabemos, el art. 1.552 dispone que: "[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". A partir de esta regla que consagrará la denominada *exceptio non adimpleti contractus* —no cumple si no cumple— se ha sostenido que ante un incumplimiento recíproco el deudor demandado no estaría en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que el acreedor demandante mal podría ejercer en su contra una pretensión de cumplimiento o resolución del contrato. No me parece acertada esta interpretación. A mi juicio, la mora de deudor no es requisito de la acción resolutoria, por las siguientes razones:

- a) El acreedor puede requerir el cumplimiento de la obligación del deudor sin necesidad de constituirlo en mora. La mora del deudor no es un requisito para el ejercicio de la acción de cumplimiento, bastando que la obligación sea actualmente exigible. Así se desprende del artículo 1.537 del *Código Civil*, según el cual antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal. De lo anterior, se sigue que si el acreedor puede demandar el cumplimiento (la obligación principal), sin necesidad de que el deudor esté en mora y a su turno la norma del art. 1.489 otorga al acreedor la elección de acciones (cumplimiento o resolución), forzoso es concluir que la mora del deudor tampoco es requisito de la acción resolutoria. Si eso es

¹² *Vid.* ABEYURU (n. 1), tomo I, p. 472. Una síntesis de la tesis tradicional puede verse también en Daniel PEÑALILLO ARAVALO, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 413, aunque el autor, si bien no adopta una posición explícita sobre el tema, parece adherirse a la idea de que el incumplimiento recíproco no impide la resolución. *Vid.* la n. 757 del autor, p. 415, donde sugiere que podría sostenerse que es necesario ser cumplidor para pedir el cumplimiento, mas no para pedir la resolución.

Doctrina

efectivo, entonces, la excepción de contrato no cumplido, fundada en el art. 1.552, no puede tener la virtud de enervar la acción resolutoria, pues lo único que prescribe es que "la mora purga la mora" por lo que el único efecto que de ella se deriva es que el deudor demandado quedará liberado de la obligación de indemnizar perjuicios ya que su incumplimiento, mientras el acreedor demandante esté en mora, no puede considerarse "culpable".

b) La mora no es un elemento de la acción de cumplimiento o de la acción resolutoria, pero sí es presupuesto necesario de la acción indemnizatoria. En efecto, el retardo culpable en la ejecución de las obligaciones contractuales se impone exclusivamente como un requisito de la responsabilidad contractual. Así se desprende claramente de los artículos 1.557 y 1.555 del *Código Civil*. El primero de ellos preceptúa que: "[s]e debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención", y el segundo dispone que "[l]oda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede desahacerse lo hecho". Las mismas reglas se repiten tratándose de la cláusula penal. En efecto, el art. 1.538 establece que:

"[h]áyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

René Abelink, criticando la doctrina contenida en un fallo que sostuvo que el demandante, al iniciar su ejecución, debe probar que ha cumplido su obligación, afirma que "en el mejor de los casos podría considerarse que el propio cumplimiento es un presupuesto de la indemnización de perjuicios (art. 1.552), pero no de la ejecución forzada"¹³. La Corte Suprema, en el fallo comentado por Arturo Alessandri, distingue claramente la exigibilidad de la mora, señalando que los preceptos que tienden a caracterizarla indican que ésta no se establece como un requisito inherente a la exigibilidad de la obligación "sino que como un elemento que sólo es fuente o sirve para fijar las responsabilidades", distinción respecto de la cual se muestra partidario¹⁴. En el mismo sentido se pronuncia Augusto Elgueta, para quien la mora del deudor no es requisito de la acción resolutoria sino que solamente es fuente de responsabilidad¹⁵.

¹³ Abelink (n. 1), tomo II, p. 845.

¹⁴ Sentencia y comentario citado en (n. 5).

¹⁵ Elgueta Ortiz (n. 7), p. 72.

Doctrina

c) La exigencia de la imputabilidad en el incumplimiento del deudor demandado no está expresamente prevista en el art. 1.489 del *Código Civil*. Sin embargo, la doctrina nacional suele deducirla de la misma norma que permite cobrar perjuicios, "y el deudor sólo los debe cuando hay dolo o culpa de su parte"¹⁶. Esta interpretación es, a mi juicio, errada. Ocurre que tradicionalmente se ha entendido que cumplimiento o resolución e indemnización de perjuicios son acciones que van *necesariamente* juntas; que la indemnización de perjuicios es una acción dependiente del cumplimiento forzado o de la resolución. A esa confusión contribuye la propia redacción del art. 1.489. Pero como lo pone de manifiesto Sergio Gatica, existen casos en que es perfectamente factible intentar directamente la acción de perjuicios como consecuencia del incumplimiento de la obligación, sin que sea necesario demandar como principal la ejecución forzada o la resolución del contrato¹⁷. Ello sucederá, por ejemplo, cuando lo que se solicita es sólo el rescaramiento de los perjuicios experimentados con ocasión del cumplimiento tardío de un contrato ya ejecutado a la fecha de la demanda o, bien, cuando el contrato del que dimanen las obligaciones incumplidas se haya extinguido por otra causa. En el mismo sentido se pronuncia René Abelink, para quien la norma sólo dice que si se pide el cumplimiento o la resolución, procederá la indemnización de perjuicios, pero no dice lo contrario, esto es, que para demandar la indemnización sea necesario ejercer la acción de cumplimiento o resolución¹⁸. A ello habrá que agregar que si pedida la resolución ella es rechazada por estimarse que el incumplimiento denunciado es de poca relevancia, no por ello habrá de desestimarse la pretensión indemnizatoria de los perjuicios que ese incumplimiento de poca monta ha ocasionado al acreedor. En consecuencia, siendo la acción indemnizatoria independiente de la acción de cumplimiento o resolución, el hecho de que la norma del art. 1.489 permita cobrar perjuicios no basta para fundar, al menos por sí sola, la exigencia de mora o culpa en la inejecución del deudor para el ejercicio del derecho resolutorio¹⁹.

d) Finalmente, y en miras al fundamento de la resolución, al que me referiré en el acápite siguiente, la imputabilidad en la inejecución de la obligación

¹⁶ Abelink (n. 1), p. 471.

¹⁷ Sergio GATICA, Pacheco, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 39.

¹⁸ Abelink (n. 1), p. 483.

¹⁹ Cabe hacer notar que nuestros tribunales de justicia han sostenido, casi invariablemente, que la acción indemnizatoria no es procedente si no se ejerceja junto con la acción de cumplimiento o resolución del contrato. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha sentenciado que la pretensión de la prometedora vendedora de obtener el pago de la multa pactada en el contrato sin exigir, al mismo tiempo, el cumplimiento forzado o la resolución del mismo, no puede ser aceptada, por la forma en que ha sido deducida. Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, en *LexisNexis*, Nº 25776.

deviene en un requisito inocuo. Dando por bueno, al menos por ahora, que la resolución se funda en parte en la necesidad de evitar al acreedor los perjuicios que la inutilidad de una prestación cumpla tardamente le signifícan, es natural, dice Augusto Ramella, que la oportunidad para ejercer la facultad resolutoria sea, no solamente cuando haya transcurrido el término sin que se haya verificado el cumplimiento sino, también cuando antes del transcurso del plazo (y, por ende, de la constitución en mora) se tiene la certeza de que el deudor no cumplirá²⁰. Este mismo fundamento sirve para justificar la excepción preventiva de incumplimiento que contempla el art. 1.826 inciso final del *Código Civil*. Si el vendedor puede negarse a entregar la cosa mientras el comprador, cuya fortuna ha menguado considerablemente, no le pague o asegure el pago del precio, la misma razón se impone para denegar el derecho del comprador de retener el beneficio obtenido cuando ya ha operado la entrega, sea que la falta de capacidad económica para afrontar su obligación, aún no exigible, le sea imputable o fortuita²¹.

2) La resolución por incumplimiento. El art. 1.489 del Código Civil

Existe consenso en la doctrina nacional en orden a que la resolución por incumplimiento está disciplinada en nuestro sistema jurídico en el art. 1.489 del *Código Civil*, adoptando la forma de una condición sobreentendida o tácita en los contratos bilaterales, razón por la cual está tratada bajo el título de las obligaciones condicionales. Sin embargo, como lo apunta Daniel Peñaillo²², esta peculiar forma de tratamiento presenta una inadecuación técnica con el derecho resolutorio por incumplimiento y sólo se explica por una razón histórica²³. Por lo

²⁰ RAMELLA (n. 11), p. 72.

²¹ En este mismo sentido se pronuncia ELCUERA ORTIZ (n. 7), pp. 67-68.

²² PEÑAILLO (n. 12), pp. 392-393.

²³ La resolución por incumplimiento no fue concebida por el antiguo Derecho Romano. El principio general que regía para la venta obligatoria en el Derecho Romano es el de que, si bien el vendedor tenía acción para pedir el pago del precio, no podía pedir la resolución si en el contrato no se incorporó una cláusula expresa que lo autorizase para ello, la llamada *lex commissoria*. Ya en la Edad Media serán los canonistas y glossadores quienes construirán la regla general de la resolución por incumplimiento apoyándose en la teoría de los contratos inominados, adquiriendo, luego, mayor consagración en el Derecho Canónico, por aplicación de las reglas de equidad y consideración a la palabra empeñada, bajo el adagio *Non servanti fides non servatur eadem*, según el cual, la inejecución de la obligación por su deudor es castigada con una simétrica inejecución autorizada al acreedor. En esta regla, el análisis cuidadoso de la intención de las partes tenía una influencia preponderante, y para ajustar las consecuencias de tal análisis a los principios de la moral cristiana, los canonistas acuden al expediente de presumir que el deudor ha subordinado sus compromisos a ciertas condiciones tácitas. Esta intención del deudor se traducirá en la inserción de la condición

mismo la doctrina ha considerado –con acierto– que la disciplina de la resolución por incumplimiento debiera estar regulada en los efectos de las obligaciones, como así lo han recogido, por lo demás, los códigos modernos.

2.2.1. Fundamentos de la acción resolutoria

La cuestión acerca del fundamento de la acción resolutoria se torna de la mayor importancia práctica para su adecuada caracterización y consiguientemente para determinar los efectos del incumplimiento recíproco frente a la pretensión resolutoria. Diversas doctrinas han intentado explicar dogmáticamente esta institución, desde aquellas de corte subjetivo, que asignan un papel decisivo a la intención de las partes, con una clara orientación individualista y liberal, hasta aquellas objetivas que basan la acción en la voluntad del propio ordenamiento jurídico. Sin pretender hacer un análisis exhaustivo de las diversas teorías, me referiré, en este apartado, de manera sucinta a aquellas que han tenido mayor acogida.

La teoría de la condición resolutoria tácita se enmarca dentro de las denominadas doctrinas subjetivas. Se apoya en una presunta voluntad de las partes de desligarse de las obligaciones contratadas si el otro no cumple con las suyas. Sin embargo, ¿cómo podría presumirse tal voluntad cuando el ordenamiento jurídico, frente al incumplimiento de una de las partes, prevé dos remedios contrapuestos, otorgando al acreedor un derecho alternativo de pedir el cumplimiento o la resolución? Por cierto que si el incumplimiento de la contraparte fuese una condición –hecho futuro e incierto– del cual depende la extinción de la propia obligación, ésta debiera operar de pleno derecho y ya sabemos que así no sucede²⁴. Otra explicación se ha hecho consistir en la sobreveniencia de una falla en un elemento estructural del contrato bilateral: la causa. Es conocida la principal crítica que se ha suscitado en torno a esta solución, atendido a que la causa es un elemento *ab initio* de existencia y validez del negocio jurídico, que debe existir al tiempo de la formación del consentimiento y no durante la ejecución del contrato, lo que ha llevado al propio Henri Capitant, a elaborar una nueva noción de causa como elemento dinámico del acto, que no sólo debe estar presente en la celebración del contrato sino, también, durante su etapa de

sobreentendida si *fide servatur*, si esa condición no se realiza, la promesa pierde toda su fuerza obligatoria. Más tarde, y con énfasis en la voluntad de las partes, fue adoptando la forma de una cláusula de estilo tácitamente incorporada a todo contrato bilateral. Esto permitirá a Jean Donat asentar la teoría de la resolución sobre bases absolutamente generales, pero será finalmente Robert Pothier quien acuñe la fórmula que luego pasará al art. 1.184 del *Código Civil* francés, que sirvió de modelo al nuestro. Para una reseña histórica del origen de la resolución por incumplimiento, puede consultarse José MÉRCH-ONSIN, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, pp. 54-81.

²⁴ Además, esta doctrina incurre en el error de echar mano a una técnica jurídica artificiosa incorporando tácitamente al negocio un elemento que es accidental. VÍD. FUERO (n. 1), p. 299.

Doctrina

ejecución²⁵. Una tercera doctrina que intenta explicar la resolución por incumplimiento es aquélla que se basa en la interdependencia de las obligaciones y en la ruptura del equilibrio económico entre las prestaciones.

“No tiene obligación de cumplir quien no puede recabar de la parte contraria la satisfacción de aquel interés que le impulsó a contratar y que estaría tutelado por la ley [...]. La interdependencia entre las prestaciones hace que el interés del acreedor no se limite a la prestación que le es debida, sino que, además, se extienda a la dispensa del débito que grava sobre él, en todos los casos en que la prestación contraria, aún llegando a ser factible, no le ofreciera utilidad alguna.”²⁶

La resolución serviría, pues, para que el acreedor renuncie a recibir una prestación que ya no puede satisfacer sus intereses, liberándolo al propio tiempo del deber de cumplir la propia prestación. En todas estas concepciones se erige, también, la teoría de la equidad como fundamento de la resolución por incumplimiento. Asimismo, se ha dicho que la resolución por incumplimiento tiene otras funciones como el de sanción, reparación y garantía²⁷.

Cada una de las doctrinas antes citadas realzan algún aspecto de la operatividad y funcionalidad de la resolución por incumplimiento y varios de los

²⁵ Así se recoge en un fallo de la Corte de Santiago: “De esta manera se puede explicar la razón jurídica de los efectos que tanto el inciso 1° del artículo 1489 como el artículo 1552 del Código Civil atribuyen a los contratos bilaterales. Este último precepto consagra la excepción non adimpleti contractus, derivada de la teoría de la causa y como una consecuencia de su aplicación a los contratos bilaterales en que la obligación de una de las partes es la causa de la obligación que la otra contrae y, por consiguiente, no cumpliendo una de ellas su obligación, la otra puede dejar de cumplir la suya, porque ha dejado de tener la causa que le dio vida, perdiendo su soporte jurídico. Siendo la obligación de uno el fundamento de la del otro —dice Jean Domat—, el primer efecto de la convención es el que cada uno de los contratantes puede obligar al otro a cumplir su obligación cumpliendo él la suya por su parte. El artículo 1552 del Código Civil tiene un alcance más amplio que el que pudiera dársele a dicho precepto no rige simplemente la situación jurídica de la mora, sino que consagra precisamente la excepción non adimpleti contractus”. “Esto es tanto más indiscutible si se tiene presente que en los contratos bilaterales cada parte se obliga teniendo como fin jurídico, como causa, el obtener la prestación consentida por la otra parte, y nada sería más contrario a la noción misma de la causa, consagrada como un elemento fundamental de toda obligación, si una parte hubiese de quedar obligada a entregar lo que ha prometido sin recibir aquello que se le prometió a cambio”. *Reportorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo V, p. 276.

²⁶ Esta es la posición defendida por Luigi Mosco, citado por Méluca-Osini (n. 23), pp. 99-100. ²⁷ Así, Abelux (n. 1), tomo I, p. 464, quien sostiene que el acreedor se ve protegido por la resolución que viene a constituir, junto con la indemnización, una reparación al daño que sufre por el incumplimiento, al recuperar su propia prestación o quedar liberado de ella, y que, a su turno, constituye una sanción dispuesta por el ordenamiento al deudor incumplidor, al privarlo de los beneficios del contrato e imponerle, además, la obligación de indemnizar perjuicios.

fundamentos que en ellas se expresan son compatibles entre sí²⁸. Sin embargo, de ellas se siguen algunas consecuencias prácticas de interés para el tema que motiva estas reflexiones.

En efecto, el rechazo a la resolución —y a la excepción de incumplimiento— cuando la inejecución que se atribuye es de escasa importancia, más se condice con los fundamentos basados en la reciprocidad o correspondencia de las prestaciones y en la ruptura del equilibrio económico del contrato, que con la doctrina de la sanción, la que tendería lógicamente a resolver el contrato frente a cualquier incumplimiento culpable. La tendencia actual, tanto en el Derecho nacional como en el Derecho Comparado, apunta a la importancia, entidad o gravedad que debe revestir el incumplimiento para hacer procedente la resolución. Los códigos modernos así lo consagran²⁹, y en aquellos países donde no se ha reglado expresamente, la jurisprudencia, con apoyo en la doctrina, se ha encargado de configurarla. Así, en el *common law* el incumplimiento que habilita la resolución tiene que constituir una falta sustancial de cumplimiento (*substantial failure of performance*)³⁰. En la doctrina del tribunal supremo español, frases como “la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante

²⁸ Nuestra jurisprudencia ha sido más bien parca a la hora de fundamentar la resolución por incumplimiento, y cuando lo ha hecho suele invocar la equidad como *ratio legis* de la norma. Así, por ejemplo, se ha sostenido que “si se tiene en cuenta que el fundamento de la acción resolutoria es la equidad, no puede menos que aceptarse que se accione para retrotraer las cosas al estado inicial por causa del incumplimiento...”. Corte de Santiago, 31 de enero de 2002, en *LexisNexis*, Nº 29363. En otro fallo, la Corte Suprema, refiriéndose a la norma del art. 1489 del Código Civil, invoca los fundamentos racionales y de equidad y justicia que inspiran esa disposición, “que no son otros que presumir que en los contratos bilaterales cada una de las partes consienten en obligarse a condición que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones”. Como se aprecia, en esta expresión la Corte alude a la voluntad presunta —teoría de la condición resolutoria— y a la reciprocidad —interdependencia de las prestaciones— basada en la equidad (sentencia citada en n. 6).

²⁹ Así, por ejemplo, el art. 1455 del Código Civil italiano de 1942 prescribe que: “no se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra”. En similar sentido el inc. 2º del art. 802 del Código Civil portugués de 1966, a propósito del incumplimiento parcial, dispone que el acreedor no puede resolver el negocio si el incumplimiento parcial, atendiendo a su interés, tuviera poca importancia. En términos semejantes se consagra, también, en los códigos paraguayos (arts. 719 y 724), bolivianos (art. 572) y austríacos (arts. 919 y 920), en función del interés del acreedor.

³⁰ Como lo pone de manifiesto Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998, p. 269, desde fines del siglo XIX el criterio del *common law* ha sido el atender a la naturaleza del pacto incumplido, apoyándose en la distinción entre *conditions* y *warranties*. Pero últimamente puede decirse que el criterio se ha desplazado hacia las consecuencias del incumplimiento con independencia del tipo de acto incumplido. Véase también P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, 5ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 395-415 y Reinhard Zimmermann, *The law of Obligations*, Oxford, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996, pp. 800-806.

el contrato", "la frustración de las legítimas expectativas de las partes, "el fin del contrato", "la finalidad económica del contrato" y "la satisfacción económica de las partes" son recurrentes a la hora de calificar la gravedad del incumplimiento que habilita la resolución. En Francia también se estima que el juez puede rechazar la resolución frente a incumplimientos leves, extrayendo esta facultad del art. 1.184, que autoriza al juez para conceder al deudor un plazo de gracia para ejecutar la prestación debida. En nuestro país se ha ido imponiendo la doctrina según la cual no todo incumplimiento habilita para el ejercicio de la acción resolutoria³¹, con lo cual aquel derecho alternativo, que parecía absoluto, ha encontrado coto en el deber normativo de la buena fe en el ejercicio de los derechos y en la propia idea del equilibrio económico del contrato. Si bien esta tesis no ha tenido aún mayor recepción en la jurisprudencia nacional, la que generalmente se ha mostrado renuente a aplicarla a falta de texto expreso³², existen algunos fallos que la accogen³³. Incluso, hay que decir, existen disposiciones del *Código Civil* que se fundan precisamente en esta regla. Tal es el caso del art. 1.868 para los vicios redhibitorios y del art. 1.932 inc. 2º para el arrendamiento.

³¹ Así, ABELLUK (n. 1), tomo I, p. 471, para quien el incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias no daría lugar a la resolución. En el mismo sentido, FLEVO (n. 1), p. 307 y ss.; EUCUETA ANGURA (n. 8), p. 37, para quien el acreedor que demanda la resolución fundada en un incumplimiento leve carece de interés; y más antiguamente CLARO (n. 1), p. 190. Sin embargo, no puede sostenerse que esta cuestión esté absolutamente superada. Hay autores que sostienen que procede la resolución por leve que sea el incumplimiento. *Vid.* Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 90-91 y también Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Curso de Derecho Civil, Obligaciones*, Santiago, Editorial Nascimento, 1974, p. 76.

³² Tradicionalmente se ha entendido que tanto la acción resolutoria como la excepción de contrato no cumplido operaban frente a cualquier incumplimiento total o parcial, de obligaciones principales o accesorias. Desde luego, el art. 1.489 no hace distinción alguna, y el art. 1.552 asume que el contratante que exige el cumplimiento no ha cumplido por su parte, en la *forma y tiempo debidos*, lo que es coincidente con las normas que regulan el pago como modo de extinguir las obligaciones; esto es, la prestación de lo que se debe (art. 1.568) o, bien, el cumplimiento de la obligación en la forma en que fue contratada -identidad, integridad e indivisibilidad del pago-. Por su parte, el art. 1.556, hace procedente la indemnización de perjuicios ya sea por incumplimiento total, por cumplimiento tardío o por cumplimiento parcial o imperfecto, por lo que en todos estos casos, según la ley, habrá incumplimiento.

³³ *Ygr.* Corte Suprema, 7 de mayo de 2002, en *LetisNexis*, N° 25338. En este fallo, la Corte sostuvo que la inexecución parcial del contrato no habilita para pedir la resolución del mismo, pues: "para que esta excepción resulte atendible (...) es necesario que la inexecución atribuida al acreedor que demanda en el juicio incida en una obligación que tenga asignada una real trascendencia en el contrato". La misma sentencia argumenta que el contratante que pretende aislarse en una inexecución parcial -como sería en este caso aquéllas que fueron objeto de la demanda reconvenzional-, para intentar por esa vía evitar la resolución de un contrato que por su propio y grave incumplimiento ha quebrantado la funcionalidad y equilibrio económico del mismo, actúa de mala fe.

En ambas disposiciones si el vicio o impedimento para el goce de la cosa no es de importancia, no habrá generalmente lugar a la resolución, sino sólo a la rebaja del precio o renta.

Por otro lado, de acogerse, por ejemplo, la teoría de la sanción, tan sólo el incumplimiento culpable daría lugar a la acción resolutoria, pues se trata, en este caso, de aplicar una medida afflictiva a la parte incumplidora por la violación culpable del contrato. Pero no será así, si el fundamento de la resolución radica en la existencia de una voluntad presumta o en la frustración de la causa o, bien, en la ruptura del equilibrio económico del contrato. En nuestro Derecho Positivo, el *Código Civil* contempla varias normas que facultan al contratante para solicitar la terminación o resolución de un contrato en atención a la frustración de la utilidad o finalidad del negocio, y con independencia de la causa del impedimento, y aun cuando éste sea imputable al deudor. Así, por ejemplo, el art. 1.861, a propósito de los vicios redhibitorios en la compraventa, expresa que si el vendedor no conocía los vicios ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo será obligado a la restitución o la rebaja del precio -y no a la indemnización-. En este caso, operará la resolución, aun cuando el vicio que hace total o parcialmente inepta la cosa para el fin para el cual se ha adquirido por el comprador, no sea imputable al vendedor. Otro tanto sucede con las reglas que disciplinan el arrendamiento de cosas. Así, los arts. 1.932 y 1.933 otorgan al arrendatario el derecho a terminar el arriendo si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, aun, en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, supuesto en el cual no procederá la indemnización de perjuicios.

Como lo pone de manifiesto José Mellich-Osmini, la interdependencia de las obligaciones en el contrato bilateral exige reciprocidad, correspondencia o mutuo cambio de una acción con otra, en un doble sentido: de que la asunción de la obligación por una de las partes corresponda a la asunción de la obligación por la otra parte (sinálgma genético) y de que el deber de cumplimiento de la obligación de cada parte esté, asimismo, en estricta correspondencia con el modo según el cual la otra satisface, a su vez, el deber de cumplimiento de su respectiva obligación (sinálgma funcional). De ahí que la interdependencia de las obligaciones implica que el deudor de una de estas obligaciones en que se sustancia el contrato bilateral, no pueda ser constituido al cumplimiento, sino a cambio del cumplimiento de su acreedor³⁴. Pero la misma razón no se impone para impedir la resolución. Por el contrato, si -ya sea por incumplimiento imputable a una o a ambas partes o, bien, por la imposibilidad sobreviniente de ejecución-, se determina que la utilidad que éstas perseguían con el negocio ya no se podrá obtener o al menos no en la medida que justificaba el sacrificio

³⁴ Mellich-Osmini (n. 23), p. 121. En el mismo sentido, Rubén Stegutz *et al.*, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, tomo II, p. 89.

de la compensación recíproca, nada obstaculiza la resolución, más bien, como lo ha dicho la Corte, ésta deviene en el mecanismo jurídico dispuesto por la ley para desligarse de un contrato que ninguna de las partes quiere cumplir.

2.2.2. Requisitos de la acción resolutoria

La mayoría de la doctrina³⁵, con abundante recepción jurisprudencial, identifica como requisitos de la acción resolutoria, los siguientes:

- a) que se trate de un contrato bilateral,
- b) que el derecho resolutorio sea ejercido de buena fe,
- c) que el incumplimiento que autoriza la resolución sea imputable al deudor demandado y
- d) que el contratante que la ejerce haya cumplido por su parte o esté llano a cumplir con sus obligaciones recíprocas³⁶.

Ya he adelantado, en parte, mi posición frente a este tema: los dos últimos elementos no son requisitos de la acción resolutoria, sino que únicamente de la acción de cumplimiento forzado y de indemnización de perjuicios.

Que el incumplimiento de las obligaciones por una de las partes sea imputable a su culpa o dolo es indiferente para la procedencia de la acción resolutoria. Lo que interesa -atendido el fundamento mismo de la resolución del contrato y no hecho objetivo del incumplimiento. No se obtiene la finalidad del contrato y no se satisface el interés del acreedor de la prestación incumplida, si ella se deja de cumplir por culpa o por un evento imprevisible e imposible de resistir. Es por ello que algunos códigos expresamente admiten la resolución para el caso de imposibilidad absoluta de ejecución. Ejemplo de lo anterior, es el *BGB* alemán de 1900, que en su parágrafo 323 se refiere a la hipótesis en que la prestación que debe ejecutar una parte se hace imposible a consecuencia de una circunstancia que no le es imputable, disponiendo que en tal caso pierde la pretensión a la contraprestación. Y luego señala que siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto³⁸. En el mismo

sentido, el *Código Civil* portugués, en su art. 795 inc. 1º, dispone que la imposibilidad fortuita da derecho a la otra parte a pedir la resolución del contrato, pero a diferencia de lo que ocurre cuando la imposibilidad es culpable, aquí no hay lugar a indemnización de perjuicios³⁹. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha ido progresivamente matizando la exigencia impuesta en los primeros fallos de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado para la procedencia de la acción resolutoria contenida en el art. 1.504 del *Código Civil*, al punto de sostener, ya a partir de los años ochenta, que lo que justifica la facultad resolutoria es un hecho que, de manera definitiva, impida el juego de las respectivas prestaciones, frustrando el fin del contrato. Si bien es cierto que la jurisprudencia española sigue exigiendo algún grado de imputabilidad del deudor requerido en la inejecución de su obligación correlativa, el énfasis no está puesto en la culpa del deudor, sino en la frustración del fin económico-jurídico del negocio⁴⁰.

Se ha sostenido que en caso de incumplimiento por imposibilidad absoluta sobreviniente, no procede la resolución, pues la obligación se habrá extinguido por otro modo que nuestro *Código* reglamenta bajo el nombre de pérdida de la cosa debida (art. 1.567 N° 7 y arts. 1.670 y ss.)⁴¹. Sin embargo, el incumplimiento fortuito de una de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral sólo liberta al deudor que lo ha sufrido de la ejecución de su obligación, pero, ¿qué pasa con la prestación correlativa? ¿Qué sucede con el contrato? Se dirá que la respuesta debe encontrarse en las normas que regulan el riesgo, pero, nuevamente, ¿cómo se solucionan los casos de imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación, que no quedan disciplinados por la teoría del riesgo? ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando la obligación que se ha tornado imposible es de hacer, de no hacer o de dar un género? Sin duda que el deudor de aquella obligación quedará liberado del cumplimiento, pues a lo imposible nadie está obligado, pero, ¿qué ocurrirá con la obligación correlativa del acreedor que ya no verá satisfecho el interés que lo motivó a contratar? No parece razonable ni equitativo, en este caso, hacer recaer sobre el acreedor el riesgo del negocio e imponerle, por ende, el deber de cumplir con su propia prestación. Se impone, entonces, la necesidad de otorgarle la facultad resolutoria⁴². A la misma solución podría llegarse por la vía de

³⁵ A excepción de ERGÜERA ORTIZ (n. 7); ERGÜERA ANGUITA (n. 8) y PENALILLO (n. 12).

³⁶ La expresión "que esté llano a cumplir" se ha interpretado por la doctrina y jurisprudencia como una exigencia que impone algo más que la mera manifestación de voluntad o disposición a cumplir, siendo necesario que se dé principio a la ejecución, como puede ser, depositando lo adeudado en la cuenta corriente del tribunal, *v.gr.* Corte Santiago, 5 de abril de 2001, en *LexisNet*, N° 18388.

³⁷ Me refiero, con esto, a la interdependencia funcional de las prestaciones y la necesidad de asegurar una efectiva tutela al interés del acreedor.

³⁸ En el Derecho alemán, la doctrina del enriquecimiento injusto tiene una relevancia notable. Ello se explica por la inexistencia de la causa como elemento constitutivo de la obligación, de manera que la disciplina del enriquecimiento viene a suplir los efectos de la nulidad o de la resolución de los contratos por falta de causa, y también por el principio de abstracción de las transferencias, según

el cual la adquisición no queda invalidada por la inexistencia o ineffecta jurídica del título. Sobre el particular, *vide* José Álvarez CARROCHARI, *El enriquecimiento sin causa*, Madrid, Santiago de Compostela, 1979, pp. 96-98.

³⁹ Normas similares se encuentran en el *Código Civil* italiano (art. 1.463), argentino (art. 895) y boliviano de 1975 (art. 577), a propósito del incumplimiento por imposibilidad sobreviniente.

⁴⁰ Una referencia sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se puede encontrar en CLEMENTE (n. 30), p. 255 y ss.

⁴¹ Tal es la opinión de ABELLUK (n. 1), tomo I, p. 471.

⁴² Podría sostenerse, en contrario, que si una parte no cumple su obligación por caso fortuito, la otra quedará también liberada de la ejecución de su obligación correlativa, por aplicación de la

Doctrina

la imprevisión, si consideramos que el impedimento absoluto de la prestación debida es, al mismo tiempo, un hecho imprevisible e imposible de resistir que ha tornado excesivamente onerosa la obligación correlativa del acreedor.

Por otro lado, la exigencia del "contratante diligente", como único legítimo para el ejercicio de la acción resolutoria tampoco encuentra referente en la justificación del instituto resolutorio ni se expresa en la norma del art. 1.489 del *Código Civil*, sino que se la deduce, como hemos visto, del art. 1.552. Sin embargo, a mi juicio, la norma del art. 1.552 —que supone un incumplimiento recíproco—, sólo permite enervar la acción de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria, pero no así la acción resolutoria. La excepción de contrato no cumplido es naturalmente un medio de defensa del que se puede valer el deudor de un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte, a su vez, no cumple con la suya, puesto que sería contrario a la buena fe y equidad la pretensión de uno de los contratantes en orden a exigir los beneficios que el contrato le reporta, desconociendo, al mismo tiempo, las cargas o gravámenes que, en virtud de ese acuerdo de voluntades, debe asumir, a manera de compensación, en favor de la otra parte. Pero esta razón, que justifica plenamente la *exceptio*, no está presente en la resolución, pues en tal caso ninguna de las partes obtendrá del otro la prestación debida.

26

III. UNA DISTINCIÓN NECESARIA:

LA EXCEPTIO FRENTE A LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO FORZADO
Y LA EXCEPTIO FRENTE A LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO FORZADO

Hasta aquí he intentado defender la posición según la cual el incumplimiento sustancial y recíproco de las obligaciones, ya sea por hechos imputables o no a los contratantes, no obsta al ejercicio, por cualquiera de ellos, de la acción resolutoria. Los textos no lo impiden, al menos, directamente y el propio fundamento de la resolución hace aconsejable esta solución.

Para el ejercicio de la acción de cumplimiento y de indemnización de perjuicios, en cambio, es necesario que el acreedor que lo pide haya cumplido por su parte la suya o esté llano a cumplirla. Esta exigencia no se impone por aplicación del art. 1.489, sino por el efecto purgatorio del art. 1.552, conforme al cual el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la prestación debida si no ha cumplido, a su turno, con la propia obligación, solución que se impone, además,

teoría del riesgo. Sin embargo, si admitimos que la "ausencia de culpa" libera al deudor (como cuando éste sin dolo, sin culpa y sin mediar caso fortuito y habiendo actuado con la debida diligencia no ha podido efectuar la prestación), entonces la situación no podría quedar disciplinada por la teoría del riesgo, en cuyo caso la resolución parece ser la única vía para extinguir la relación jurídica, sólo que sin indemnización de perjuicios.

por razones de equidad y buena fe. En esta misma hipótesis, es necesario que el incumplimiento que se le atribuye al deudor demandado le sea imputable, pues en caso contrario, éste se exceptionará alegando el caso fortuito o fuerza mayor.

Distinto es el caso en que uno de los contratantes ejerza la acción resolutoria. Evidentemente, no podrá ejercerla aquella parte que no ha cumplido con su obligación en contra de quien ha dado cumplimiento a la suya, pues como apunta acertadamente Augusto Elgueta Ortiz, ésta es la única regla implícita que, argumentando *contrario sensu*, se infiere lógicamente de la norma del art. 1.489. Pero si ambos contratantes han abandonado el contrato, y no acuerdan extinguirlo, no se ve razón alguna para impedir que opere en este caso la resolución, poniendo fin a la incertidumbre que implica mantener en el tiempo un contrato jurídicamente existente e incumplido. En este caso, el incumplimiento de la obligación por parte del contratante que ejerce la pretensión resolutoria, frente al otro que tampoco ha dado cumplimiento a la suya, no es suficiente para enervar la acción, puesto que no concurre —aquí— el fundamento de equidad en que reposa la norma del art. 1.552.

Existe, además, un argumento de texto que podría servir de apoyo a estas reflexiones. Sabido es que el *Código* contiene tres disposiciones que disciplinan los efectos del incumplimiento, atendiendo a la naturaleza de la prestación infringida. Se ha dicho que la alternativa resolutoria del art. 1.489 está disponible para todo contrato bilateral, no sólo para los que generan obligaciones de dar. Por su parte, los arts. 1.553 y 1.555 están referidos específicamente a las obligaciones de hacer (el primero) y de no hacer (el segundo), otorgando al acreedor las opciones que ahí se disponen. Pues bien, la norma del art. 1.553 otorga al acreedor una triple opción para el caso en que el deudor de una obligación de hacer se constituya en mora. Las tres alternativas apuntan al cumplimiento forzado *in natura* o, bien, por equivalencia. El legislador no ha previsto, de modo expreso en este caso, la opción resolutoria del contrato, la que en todo caso procederá conforme a la regla general del art. 1.489. De esto podría colegirse que la exigencia de la *mora* del deudor, sólo es requisito necesario para que el acreedor *diligente* pueda satisfacer su pretensión de modo compulsivo, ya sea apremiando al deudor para la ejecución del hecho convenido, o autorizando al acreedor para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o compensando los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, pero no así para el ejercicio de la acción resolutoria. De ahí que la regla del art. 1.552, que consagra el efecto purgatorio de la mora, sólo adquiere significación cuando frente a un incumplimiento recíproco uno de los contratantes pretende del otro el cumplimiento o la indemnización de perjuicios⁴³.

⁴³ Un texto que se destaca por la claridad con que esta idea se expresa es el art. 476 del *Código brasileño*, según el cual, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes puede exigir el cumplimiento del otro, sin haber cumplido previamente su propia obligación.

Doctrina

27

Doctrina

El propósito de estas líneas no ha sido otro que esbozar las razones por las cuales me inclino a pensar que la doctrina tradicional le ha dado una errada interpretación al art. 1.552 del *Código Civil*. En nuestro Derecho Positivo, y reconociendo que esta posición puede ser discutible, la *exceptio non adimpleti contractus* o, más precisamente, la inexecución recíproca de las obligaciones sinalagnáticas, si bien impide o suspende el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios, no tiene, en cambio, la virtualidad de enervar la acción resolutoria. Sea que estemos ante una laguna que deba ser integrada recurriendo a los principios generales del derecho o a la equidad, o sea, que baste una interpretación coherente de las normas en juego –posición a la que adhiero– la función o finalidad que la resolución está llamada a tener en el sistema legal me fuerza a esta conclusión.

NOTAS SOBRE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE EN DERECHO PRIVADO COMPARADO

Cristián Banfi del Río*

RESUMEN

El presente trabajo revisa sintéticamente la excesiva onerosidad sobreviniente en los sistemas de Derecho Privado inglés, francés y alemán, delineando algunas conclusiones que pudieran aportar a la reflexión ulterior de este tema en el Derecho Civil chileno.

ABSTRACT

This paper intends to review summarily supervening hardship in english, french and german private laws, outlining some conclusions which might be useful in the further debate on this topic in chilean civil law.

I. DERECHO INGLÉS:

UNA HIPÓTESIS DE FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO

1. alguna vez se señaló que no existe una rama del Derecho de los Contratos tan difícil de explicar o tan incierta en sus efectos como la que concierne a la doctrina de la frustración¹. Ésta es una respuesta del Derecho inglés a distintas situaciones²,

* Profesor asistente de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. LL.M. University of Cambridge, magister en Derecho Privado, Universidad de Chile, licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Cf. Percy H. WINFIELD, comentando el caso *Maritime National Fish Ltd. v Ocean Trawlers Ltd.* [1935] A.C. p. 524, en *The Law Quarterly Review*, 52, London, 1936, p. 7. La frase atribuida a Percy Winfield, ciertamente, no describe el estado de cosas actual en Inglaterra, como podrá apreciarse de los diversos casos resueltos durante los últimos setenta años. Es más, no es difícil explicar la frustración hoy, desde que sus consecuencias están reguladas en la ley. Cf. *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, n. 39.

² La frustración del contrato se produce cuando, por hechos posteriores a su celebración, su cumplimiento deviene imposible, ilegal o radicalmente diferente de lo contemplado por las partes al contratar. Cf. Ewan MACKENDRICK, *Contract Law*, 3ª ed., London, Macmillan, 1997, pp. 266-267.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

14113
Jorge López Santa María

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Chile
Ex Profesor Titular, Universidad Católica de Valparaíso
Doctor en Derecho por la Universidad de París. Abogado

Biblioteca
BARRROS LETELLIER Y COMPAÑIA
ANAGARDE

Dº Cir
L864e
2005
V.2

LOS CONTRATOS

PARTE GENERAL

TOMO II

Cuarta edición revisada y ampliada

© JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº148.901, año 2005
Santiago - Chile

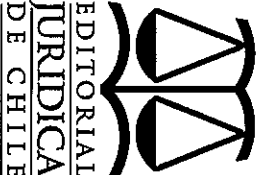
Se terminó de imprimir esta cuarta edición
de 1.000 ejemplares en el mes de agosto de 2005

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de este tomo 956-10-1638-9

ISBN de la obra completa 956-10-1636-2



En mayor o menor medida, los distintos tópicos que integran el tema general de los efectos especiales de los contratos bilaterales se encuentran expuestos en los textos de consulta habitual en materia de *Derecho de Obligaciones*. Esta explicación justifica que en la quinta y última parte, que aquí iniciamos, sólo abordemos a grandes rasgos materias más o menos conocidas por el lector, siendo nuestro propósito principal ofrecer una *visión de conjunto* de temas que habitualmente se examinan dispersos o diseminados.

90. PANORAMA DE LOS EFECTOS PARTICULARES Y FUNDAMENTACIÓN

En el N° 18, al estudiar la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, vimos que las obligaciones generadas para ambas partes por el contrato bilateral o sinalagmático no se hallan meramente yuxtapuestas, sino que están estrechamente vinculadas unas con otras, siendo *interdependientes*. La interdependencia de las obligaciones, es decir, que los sucesos que afectan a la obligación de una parte repercutan sobre lo que ocurre con la o las obligaciones de la contraparte, es la base fundamental de los efectos particulares, los cuales se concretan en tres instituciones bien nítidas y diferenciadas: *la excepción del contrato no cumplido, la resolución por inexecución y la teoría de los riesgos*.⁸⁶² Si

⁸⁶² En el N° 18 *in fine* también mencionamos como efectos particulares de los contratos bilaterales otras instituciones: *la cesión de contrato*, a la que nos referimos

uno de los contratantes no cumple la obligación que le incumbe, el otro a su turno puede abstenerse de cumplir lo que se le demanda judicialmente, oponiendo la *exceptio non adimpleti contractus*. Si uno de los contratantes se encuentra en mora de cumplir y el otro ya hubiere ejecutado sus obligaciones, el último puede pedir que se deje sin efecto el contrato, que sea resuelto, y se le restituya lo que había pagado. Si la obligación de una de las partes se extingue a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, la teoría de los riesgos determina lo que pasa con la obligación de la otra parte: si sigue igual suerte, extinguiéndose también, o si el cocontratante debe de todos modos pagar lo que debe.⁸⁶³

Diversas tentativas se han efectuado por la doctrina para explicar técnicamente los efectos particulares de los contratos bilaterales.⁸⁶⁴ Sería contrario a la equidad y a la buena fe contractual exigir el pago a la contraparte, sin cumplir lo que uno debe. El contrato bilateral sólo funciona si ambas partes cumplen, de modo que la condición resolutoria tácita no sólo justificaría la resolución por inexecución, sino que, además, los restantes efectos particulares.

En nuestra opinión, el principal fundamento de los efectos propios de los contratos sinalagmáticos se encuentra en la idea de *la causa final*, entendida a la manera de Henri Capitant.⁸⁶⁵ La causa es el fin perseguido por las partes, y no un motivo psicológico individual. Dicho fin es siempre el mismo en los con-

incidentalmente en el N° 36, distinguiéndola del subcontrato; y *la rescisión y resolución por excesiva onerosidad sobrevinida*, vastamente expuestas en los N°s 48 y 49.

⁸⁶³ Salvo la resolución por inexecución, fundada en la condición resolutoria tácita del artículo 1489 del Código Civil, que exclusivamente opera en los contratos bilaterales, las demás instituciones podrían, según algunos, recibir aplicación en materia de contratos unilaterales. Pero esta hipótesis, si fuese válida, es excepcional y sin gran interés teórico ni práctico. Ello justifica el agrupamiento y análisis de todas estas instituciones bajo el título de efectos particulares de los contratos sinalagmáticos.

⁸⁶⁴ Cfr. Marty et Raynaud, *Droit Civil*, tomo 2, volumen 1, París, 1962, N°s 284 y s.; la obra de los tres hermanos Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, vol. 1, traducción del francés, Ed. Europa-América, Buenos Aires, 1960, N° 266; Planiol y Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo VI, por Esmein, 2ª ed., 1952, N° 410; entre nosotros, por ejemplo, Abelink, ob. cit. en nota 119, N° 523 y N° 941.

⁸⁶⁵ Véase *De la Causa de las Obligaciones*, original francés de 1922. Traducción al español, Ed. Góngora, Madrid, sin fecha, en especial N°s 6 al 16.

tratos de una determinada categoría, sin que la personalidad de los contratantes sea relevante. La causa, según Capitant, no se agota al momento del nacimiento del acto jurídico, sino que *perdura durante todo el ius contractual*.

“La idea de causa no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. Su influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en completa ejecución. La obligación, en efecto, no tiene vida sino mientras está sustentada por su causa. Por eso la causa se distingue de las otras dos condiciones que deben reunirse en el deudor para la validez del contrato: consentimiento y capacidad. Basta, en efecto, que el consentimiento y la capacidad existan al tiempo de la perfección del contrato.

Hay algo más en la causa. Para que cierta relación obligatoria una vez nacida, siga obligando al deudor, es necesario que se realice el resultado querido por él. De otra suerte, el lazo obligatorio no puede subsistir; debe ser roto. El contratante que no ha recibido todavía la prestación que le ha sido prometida, puede oponer a la reclamación de su adversario un medio de defensa que se llama *exceptio non adimpleti contractus*.

Si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación (caso fortuito o fuerza mayor, falta de cumplimiento por la otra parte), el fin requerido por el deudor no puede tener cumplimiento, cesa su obligación de la que queda liberado. La obligación, en efecto, desaparece necesariamente con su causa.

Esta comprobación es de gran importancia en los contratos sinalagmáticos, porque en estos contratos, como hemos dicho, el contratante se obliga a fin de obtener la prestación que en cambio le ha sido prometida. Si la fuerza mayor o la mala voluntad de la otra parte se oponen a la ejecución de esta prestación, su obligación cesa de tener causa, y por lo mismo se ve liberado con pleno derecho o puede pedir la rescisión (resolución) del contrato y la restitución de lo que él dio”.⁸⁶⁶⁻⁸⁶⁷

⁸⁶⁶ Capitant, ob. cit. en nota anterior, pp. 28 a 30.

⁸⁶⁷ La adhesión a la causa final es compatible con la admisión del importante papel de la causa ocasional, subjetiva, a la hora de determinar si el acto padece de causa ilícita. Para detalles, cfr., nuestro artículo “Causa y Consideration”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, N° 2, primera parte, pp. 71 y s.

En nuestro país, la Corte de Apelaciones de Talca ha tenido ocasión de explicar los efectos particulares en base a la concepción de la causa de Henri Capitant. "Nuestro Código Civil exige para que pueda haber obligación o contrato válidos, fuera de otras condiciones, la existencia de una causa lícita, consagrada así nuestra ley sustantiva la teoría jurídica de la causa aceptada generalmente como un principio general de derecho, especialmente en la parte que éste se refiere a las obligaciones y a los contratos... En efecto, siempre que una persona se obliga lo hace en vista de un fin inmediato, directo, que la determina a establecer la obligación; este fin es lo que se llama "causa".

"De la consagración de esta teoría o noción de causa en las obligaciones que tienen su fuente en la voluntad del individuo necesariamente se han derivado otros conceptos jurídicos aplicables particularmente a los diferentes contratos y que incluyen y deben ser considerados para clasificar y dar diferentes efectos a los contratos... Así, en los contratos bilaterales puede establecerse como verdad elemental que las obligaciones recíprocas de los contratantes están en estrecha dependencia en el sentido que si una de las obligaciones queda incumplida, por cualquier razón que sea, la otra ya no tiene base y no puede subsistir".

"Así podemos explicarnos ciertos caracteres o efectos propios de los contratos bilaterales, de cuyos rasgos característicos sería difícil darse cuenta sin la noción de causa. En estos contratos, si una de las partes no cumple su obligación, la otra puede negarse a cumplir la suya y oponer la excepción *non adimpleti contractus*; si una de las partes no cumple su obligación la otra puede pedir la resolución del contrato, y si un caso de fuerza mayor impide a una de las partes cumplir su obligación, la otra se encuentra igualmente dispensada de cumplir con la suya".⁸⁶⁸

91. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Si una de las partes vinculadas por un contrato bilateral exige el cumplimiento de su crédito sin haber ejecutado u ofrecer eje-

⁸⁶⁸ Corte de Talca, 26 de agosto de 1931, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 30, sec. 2ª, p. 1.

cular su propia deuda, la contraparte puede negarse a cumplir oponiendo la excepción de inexecución o *exceptio non adimpleti contractus*. Mediante esta excepción, el deudor demandado se niega, en el proceso judicial respectivo, a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o no se allane a cumplir lo que le corresponde.

Lo más probable parece ser que los romanos no conocieron esta institución.⁸⁶⁹ Su origen, dicen los autores, se remonta a los canonistas y postglosadores, quienes la habrían introducido como una expresión más del afán de moralizar el contrato. A pesar de los comentarios de Pothier y de otros juristas de los siglos XVII y XVIII en favor de esta institución, el Código Napoleón no la estableció positivamente en una disposición general, aunque sí en la compraventa. Ello no ha impedido a la doctrina y jurisprudencia francesas darle cabida, haciendo larga aplicación práctica de ella. Los Códigos modernos, como el BGB, la consagran, en cambio, formalmente. El artículo 320 del Código recién mencionado, dice: quienquiera que esté obligado en virtud de un contrato sinalagnático, puede rehusar la prestación que le incumbe hasta que la contraprestación sea efectuada, salvo que se hubiese obligado a cumplir primero. El Código Civil italiano de 1942, por su lado, prescribe: "en los contratos con prestaciones correlativas (*corrispettive*), cada uno de los contratantes puede rehusar cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la propia obligación, salvo que las partes hubiesen establecido plazos diversos para el cumplimiento o éstos resulten de la naturaleza del contrato. No puede, sin embargo, rehusarse el cumplimiento si, conforme a las circunstancias, la negativa fuese contraria a la buena fe" (artículo 1460).

La excepción de inexecución en Chile se basa en el artículo 1552 del Código Civil: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". De aquí se colige la

⁸⁶⁹ En contra! Puig Brutau, ob. cit. en nota 323, p. 125. Héctor Masanata, *Excepción de incumplimiento contractual*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 10 y nota 4.

regla comúnmente denominada: *la mora purga la mora*. El texto legal a primera vista pareciera indicar que la excepción sería procedente sólo cuando se trate de oponerse a una demanda de indemnización de perjuicios, puesto que *la mora del deudor*, en un sentido estricto, exclusivamente es presupuesto de admisibilidad de la acción *indemnizatoria* del acreedor contractual y no de la acción por la que se recaba la ejecución forzada en naturaleza.

Con muy buen criterio la jurisprudencia nacional ha interpretado extensivamente nuestro artículo 1552, admitiendo la procedencia de la excepción de contrato no cumplido tanto respecto a la demanda de indemnización de perjuicios, cuanto a la demanda de cumplimiento *in natura* (por la que se solicita que el deudor cumpla exactamente aquello que prometió). También se ha permitido que el demandado enerve la acción de resolución del contrato, entablado la excepción de inexecución.

Respecto a la posibilidad de invocarla frente a una demanda ejecutiva, es cierto que en la enumeración del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil no se señala entre las excepciones que puede oponer el ejecutado aquella que estamos analizando. Pero los términos amplios del N° 7 de esta disposición: *fallar al título alguno de los requisitos o condiciones exigidos por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente, sea con relación al demandado*, han permitido concluir que en ellos queda comprendida la excepción de contrato no cumplido; ésta puede ser opuesta por el ejecutado, si el ejecutante no ha cumplido a su vez con las obligaciones que le impone el contrato bilateral.⁸⁷⁰

⁸⁷⁰ Entre otros fallos que aceptan que el ejecutado pueda excepcionarse, subsumiendo el incumplimiento del ejecutante en el artículo 464 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, señala la sentencia de casación pronunciada por la Suprema Corte el 1° de diciembre de 1947, que además funda la institución al ilustre autor francés, como lo había hecho la Corte de Talca en la resolución citada en nuestra nota 764. Considerando 5°: "...La verdad es que no pueden desprenderse en un contrato las diversas obligaciones que expresamente se imponen las partes, porque quedarían entonces sin causa que las justifiquen y perdería el contrato su calidad de bilateral y comutativo" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 45, sec. 1ª, p. 307, causa "Burgos con Wallen").

Requisitos para que se acogie la excepción de contrato no cumplido

a) Que se trate de un contrato bilateral. Así se colige del 1552. La excepción no es exclusiva de la compraventa, aunque el legislador se haya preocupado especialmente de ella en este contrato (artículo 1826-3 del Código Civil).

b) La parte demandante, contra quien se opone la excepción, no debe haber cumplido la prestación que le corresponde ni allanarse a cumplirla. *A contrario sensu*, basta que la parte contra quien se opone la excepción manifieste voluntad de cumplir, para que la excepción deba ser rechazada por el tribunal. Pero, como afirma René Abeliuk,⁸⁷¹ no es suficiente que el acreedor diga que está dispuesto a cumplir, ya que si así fuera, fácil resultaría burlar los efectos de esta institución. Es necesario que él dé principio a la ejecución, por ejemplo, depositando lo debido en poder de un notario.

Se llama excepción de cumplimiento no ritual o *exceptio non rite adimpleti contractus*, la que el demandado funda en la circunstancia de que el demandante no cumplió íntegramente la totalidad de sus obligaciones.

Puede ser que lo no pagado por el actor fuese insignificante. Ya sostuvimos que en tal caso esta variante de la excepción de contrato no cumplido debería ser repudiada,⁸⁷² pues la excepción atenta contra la buena fe objetiva. En igual sentido se ha legislado en los Códigos de Alemania y de Italia, entre otros. En una sentencia de nuestra Corte Suprema, accogiéndose un recurso de queja se instituye un criterio parecido, aunque en aquellos sin mención de la buena fe: "Que si bien es cierto que el artículo 1552 referido dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, es indudable que este efecto o sanción se está refiriendo únicamente, como norma o principio general de la materia, a las obligaciones *propius de la esencia y de la naturaleza del contrato*, pero no a las acciden-

⁸⁷¹ Ob. cit. en nota 119, N° 943, punto 2°.

⁸⁷² Véase *supra* N° 63.3.

tales que sólo pueden ser establecidas por las partes y cuyos efectos serán, por consecuencia lógica, los que las partes establezcan. Que las obligaciones que el ejecutado alega como incumplidas, aun en el caso de ser efectiva su ocurrencia, son cosas accidentales del contrato materia de la demanda, de modo que no podrán tener el efecto que contempla el artículo 1552 del Código Civil, a menos que las partes lo hubiesen pactado expresamente, lo que no ha ocurrido en el presente caso...⁸⁷³

En otra reciente sentencia, del 31 de marzo de 2003, al rechazar el recurso de casación en el fondo, por unanimidad la Corte Suprema expresa en el considerando 47°: "Para que la *exceptio non rite adimpleti contractus* resulte atendible... es necesario que la inexecución atribuida al acreedor que demanda en el juicio incida en una obligación que tenga asignada una real trascendencia en el contrato. Por consiguiente, no puede esgrimirse como basamento de ella la falta de cumplimiento de una obligación que, en el ámbito de los compromisos pactados por las partes, revista una significación jurídica menor. La fundamentación de este medio de defensa en una inexecución de escasa entidad puede atentar contra un principio rector en la ejecución de los contratos, como es la buena fe". Prosigue el fallo citando en apoyo a la tesis anterior obras de Fernando Fueyo, de René Abelink y el presente libro, en su primera edición.^{873 bis}

Pero un cumplimiento defectuoso o parcial del actor permitirá al demandado oponer con éxito la excepción de cumplimiento no ritual, si el incumplimiento del demandante en lugar de mínusculo fuere de cierta envergadura. Es obvio que son los jueces del fondo quienes, caso por caso, y en atención a las circunstancias de cada especie, tienen que determinar si el cumplimiento del actor es grave o es insignificante, para acoger la *exceptio non rite adimpleti* en la primera hipótesis y desestimarla en la otra.

⁸⁷³ Corte Suprema, 7 mayo 1985, en *Fallos del Mes*, N° 318, p. 190.

^{873 bis} Esta sentencia pronunciada en los autos "Incomin S.A. con Enami", que incide en un pleito arbitral sobre contrato de maquila minera, fue previamente citada en nota 151 bis. Su texto se encuentra en www.lexisenexs.cl. Número identificador Lexis Nexis: 26369. La comenté en *I Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez (2004), pp. 78 a 80.

Pensamos que hay que dejar entregada la decisión al buen criterio de los jueces, y que es preferible que ellos apliquen el estándar o regla flexible de la buena fe, antes que la clasificación de las cosas contractuales contenida en el artículo 1444 del Código. Pues el incumplimiento de una cosa accidental puede ser gravísimo para el demandado. En resumen, si bien la sentencia de la Corte Suprema del 7 de mayo de 1985 representa un progreso, sería conveniente que en el futuro se cambiara la fundamentación, pues la genuina razón que lleva a que el sentenciador desestime la excepción *non rite adimpleti contractus*, es únicamente la insignificancia o pequeñez del incumplimiento del demandante y no el carácter de cosa accidental (por oposición a cosas de la esencia y de la naturaleza) de la obligación contractual que quedó incumplida.

c) Es menester que la obligación del demandante, que se afirma incumplida, sea *actualmente exigible*. De otro modo esta institución permitiría reclamar pagos prematuros o anticipados, lo que es absurdo.

Hay casos de contratos bilaterales en que se estima improcedente la excepción en comentario, en virtud de que no es actualmente exigible la obligación incumplida por el actor, y en razón de que la regla general del artículo 1552 queda desplazada por otra regla especial. Así ocurre en materia de *arrendamiento*, en cuanto el artículo 1977 del Código Civil prima sobre el artículo 1552. La doctrina de la Corte Suprema, en el caso "*Sepúlveda con Sánchez del Pozo*", fue: las obligaciones del arrendador de mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y de efectuar durante el arriendo todas las reparaciones necesarias tienen una aplicación eventual y su cumplimiento está sujeto a la *declaración de exigibilidad* y a la determinación de su monto, que en cada caso se haga en juicio contradictorio. Mientras que la obligación de pagar la renta tiene el carácter de necesaria y generalmente determinada, lo que la hace exigible periódicamente. "Que por otra parte en el contrato de arrendamiento se contienen disposiciones especiales para el caso de mora en el pago de la renta, las que priman sobre el artículo 1552, siendo de advertir que la disposición del artículo 1977 que da al arrendador el derecho de exigir el pago de la renta

producida la mora de un período entero en ese pago, no subordina el ejercicio de ella al cumplimiento (por el mismo arrendador) de sus obligaciones correlativas".⁸⁷⁴

*Efectos de la excepción de contrato no cumplido.
Paralización indefinida o receso del contrato bilateral*

En principio el efecto de la excepción únicamente es provisorio: se suspende la condena a que el demandado pague su prestación hasta que el demandante cumpla o se allane a cumplir lo que él debe en virtud del contrato bilateral.

Una vez opuesta la excepción por el contratante demandado, si tiene fundamentos se produce un efecto de presión o coacción sobre el otro litigante, a fin de que a su turno cumpla lo que le corresponde según el contrato.

Pero *la suspensión transitoria del contrato*⁸⁷⁵ puede prolongarse si ninguno de los contratantes cede. Entonces el contrato se paraliza. Hay incumplimiento de ambas partes. La situación deja de ser provisorio. La vicisitud contractual es grave y el contrato se halla amenazado de muerte. La ley civil no ha previsto esta irregularidad. Ciertamente, desde el punto de vista procesal, ante la subsistencia del incumplimiento del actor procede acoger la excepción y consecuentemente desestimar la demanda. Pero lo más razonable, para que la convención no quede en un limbo, en que ambas partes la dejan incumplida, puede ser la *resolución del contrato, sin indemnización de perjuicios*. Es lo que ha decretado la Corte Suprema: "Que entre esos hechos el fallo de alzada sienta el de que el contrato de promesa, materia de la litis, debe tenerse por no cumplido por ninguna de las partes... Que si bien no hay ningún precepto de ley que concretamente la contemple, está este tribunal en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Que, desde luego, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no

quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas... Que *la resolución* es precisamente el medio que la legislación contempla para desatar o romper un contrato que nació perfecto, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo".⁸⁷⁶ El 4 de diciembre de 2003, la Primera Sala de la Corte Suprema señaló: "5°... No parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambos no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas". Por tanto, se declara resuelto el contrato sin indemnización de perjuicios en razón del artículo 1552 del C. Civil.^{876 bis}

En Colombia, la Corte Suprema ha evitado la indefinida paralización del contrato incumplido por ambas partes, interpretándola como un mutuo disenso o "destratarse", según la expresión del profesor Fernando Hinestrosa.^{876 ter}

92. LA RESOLUCIÓN POR INEJECUCIÓN

Si uno de los contratantes voluntariamente se ha abstenido de ejecutar las prestaciones a que se encuentra obligado, si estuviera en mora, el otro puede demandar el cumplimiento forzado de lo que se le adeuda o, si lo prefiere, puede optar por desligarse del contrato, solicitando la resolución judicial, es decir, el aniquilamiento retroactivo del contrato bilateral.

A veces las circunstancias conducen a que el acreedor, ante la inejecución del deudor, tenga que inclinarse por demandar la resolución del contrato. Así ocurre en el caso que el deudor haya caído en insolvencia y no tenga activos con los cuales hacer frente al cumplimiento. O se encuentre declarado en quiebra, ya que en este evento el actor tendría que concurrir con los demás acreedores al reparto de los bienes del fallido, con-

⁸⁷⁴ Corte Suprema, 7 junio 1945, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 43, sec. 1ª, p. 48, en especial considerandos 1 y 2.

⁸⁷⁵ Sobre la suspensión del contrato en relación con la *exceptio non adimplenti contractus*, véase Jacques Treillard, *De la suspension des contrats*, en el libro colectivo citado en la nota 415, pp. 60 y s.

⁸⁷⁶ Corte Suprema, 29 julio 1931, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 28, sec. 1ª, p. 689, en especial considerandos 20 al 23.

^{876 bis} www.lexisnexis.cl. Número identificador Lexis Nexis: 29114. Visitado 17 de enero de 2005.

^{876 ter} *Tratado de las Obligaciones*, Ediciones U. Externado de Colombia, tomo 1, 2002, pp. 864 y 865.

forme a las reglas de la prelación de créditos, siendo muy posible que, si carece de una causal de preferencia, en definitiva reciba poco o nada al solicitar el cumplimiento. En esta perspectiva, en el hecho la resolución puede traducirse en un privilegio para el acreedor de la obligación emanada del contrato bilateral, pues anquilada retroactivamente la convención podrá recuperar el cuerpo cierto que había entregado, y que todavía se halla en el patrimonio del fallido, sin tener que reparir nada con los otros acreedores concursales.

La resolución por inexecución se encuentra esencialmente entrelazada con la condición resolutoria, en particular con la *condición resolutoria tácita*. Esta institución fue establecida en el Código Civil, acogiéndose la homóloga del artículo 1184 del Código Napoleón. Dice nuestro artículo 1489: "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".

El artículo 1489 nos conduce a exponer algunas ideas sencillas respecto a las obligaciones condicionales, simplemente a vía de recapitulación, pues el tema se ha estudiado en los cursos de Acto Jurídico y de Obligaciones.

Obligación condicional es aquella que pende de una condición, a la cual está supeditado el nacimiento o la extinción de un derecho. *Condición suspensiva* es aquella que consiste en un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento y la existencia de un derecho. Por ejemplo: te vendo mi casa en dos millones de pesos si Juan se recibe de abogado dentro de los dos años próximos (la condición es suspensiva para el comprador). *Condición resolutoria* es aquella que consiste en un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho. En el mismo ejemplo anterior la condición es resolutoria (resolutoria ordinaria) para el vendedor: si Juan se recibe oportunamente de abogado, el derecho del vendedor sobre la cosa vendida se resuelve, llegando a su término. Los artículos 1473 y siguientes del Código Civil reglamentan las obligaciones condicionales.

La condición resolutoria puede revestir tres formas: a) *Condición resolutoria ordinaria*. Es la estipulada por las partes en un contrato y consiste en cualquier hecho futuro e incierto, que no sea el incumplimiento de la(s) obligación(es) esencial(es) del contrato que se celebra. Ejemplo: un agricultor le regala un anillo de brillantes a su amiga, pero si no llueve cuarenta milímetros durante el resto de este año deberá devolvérselo. El hecho futuro e incierto es la eventual lluvia. Si sucede, o sea, si efectivamente no llueve esa cantidad, se resuelve el derecho de la donataria sobre el anillo. b) *Condición resolutoria tácita*. Es aquella que se encuentra subentendida sin necesidad de

estipulación alguna, por el solo ministerio de la ley, en todos los contratos bilaterales y consiste en no cumplirse por alguno de los contratantes lo pactado. A ella se refiere el mencionado artículo 1489. Constituye una de las instituciones características del contrato bilateral.⁸⁷⁷ Ejemplo: Pedro vende a Enrique su automóvil en la suma de \$ 800.000, quedando el último debiendo la totalidad del precio y comprometiéndose a pagarlo en cuatro cuotas mensuales de \$ 200.000 cada una. Si Enrique no paga el precio en la forma estipulada (tal es el hecho futuro e incierto: no pagar el precio), el vendedor puede solicitar que se resuelva el contrato, ya que la condición resolutoria se ha cumplido. c) *Pacto comisorio*. Es la condición resolutoria tácita a que se refiere el 1489, pero que ha sido expresada formalmente en el contrato por las partes. En otras palabras, consiste en la inclusión en una cláusula particular del contrato de la condición resolutoria de no cumplirse lo estipulado. El pacto comisorio está reglamentado a propósito del contrato de venta, en los artículos 1877 y s. del Código Civil, concretamente a propósito del incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio. Pero la jurisprudencia ha decidido, reiteradamente, que el pacto comisorio es susceptible de estipularse no sólo a propósito de la obligación del comprador, sino que también respecto de la obligación del vendedor; y no sólo en el contrato de compraventa, sino que, en general, en todos los contratos.

El pacto comisorio puede ser simple o calificado. Se denomina pacto comisorio simple, o sin cláusula de resolución *ipso facto*, aquel en que los contratantes no expresan en forma terminante que por el solo hecho del incumplimiento de una de las partes el contrato quedará automática y definitivamente resuelto.^{877 bis} A la inversa, se denomina pacto comisorio calificado o con cláusula de resolución *ipso facto*, aquel por el cual los contratantes estipulan (con estas u otras palabras) que de no cumplirse por uno de ellos lo pactado, el contrato quedará automáticamente sin efecto, *ipso iure* resuelto. El artículo 1879 del Código Civil se refiere al pacto comisorio calificado en la compraventa, en caso de que el comprador no pague el precio. La disposición se ha prestado a dificultades, por cuanto altera el sentido de la convención al prescribir que, a pesar de que los contratantes estipularon que la compraventa quedaría *automáticamente* sin efecto, el comprador puede hacerla subsistir, pagando con retraso dentro del plazo de 24 horas contadas desde la notificación judicial de la demanda. La jurisprudencia ha decidido que lo dispuesto en el 1879 es excepcional, teniendo aplicación exclusivamente en el contra-

⁸⁷⁷ Otra hipótesis de condición resolutoria tácita en Chile se encuentra en el artículo 135 del Código de Comercio: "Cuando la compra fuese ejecutada sobre muestras, lleva implícita la condición de resolverse el contrato si las mercancías no resultaren conformes con las muestras".

^{877 bis} Sobre el pacto comisorio simple, podría verse el informe del autor de este libro: "El precio en la compraventa parcialmente puede consistir en obligaciones de hacer. Prescripción de la acción resolutoria derivada del pacto comisorio simple en la compraventa". En prensa.

to de compraventa, cuando el comprador no paga el precio. De modo que si se celebra pacto comisorio calificado respecto a la obligación del vendedor de entregar la cosa o respecto a las obligaciones que otros contratos imponen a las partes, y se cumple la condición, es decir, una de las partes no cumple oportunamente la obligación que le incumbe, el contrato queda definitivamente resuelto, de pleno derecho, y sin que opere el plazo de gracia de 24 horas establecido en el artículo 1879.

La resolución por inejecución basada en el artículo 1489 del Código Civil, o sea, la resolución que deriva de la condición resolutoria tácita, es la que aquí interesa como *efecto particular a los contratos bilaterales*. Se trata de una *resolución judicial*, que presupone un proceso declarativo. No opera de pleno derecho, pues si así fuere quedaría al arbitrio de las partes desligarse de los contratos celebrados, bastando no cumplir las obligaciones por ellos generadas. La resolución por inejecución es un *beneficio* que la ley otorga al acreedor cuyo crédito no ha sido satisfecho. Este acreedor es libre para invocarlo o no. En caso afirmativo, si solicita la resolución (y no el cumplimiento del contrato), debe actuar judicialmente por medio de una demanda en la que enuncie precisamente la acción resolutoria.

Para que pueda judicialmente decretarse la resolución es preciso que el incumplimiento sea reprochable al deudor, que le sea imputable a su culpa o dolo, vale decir, que no se haya producido por caso fortuito o fuerza mayor.

Basta un *incumplimiento parcial* para que pueda recabarse la resolución del contrato al tribunal competente. Al igual que ocurre con la excepción de contrato no cumplido,⁸⁷⁸ se presenta el problema consistente en dilucidar si es posible pedir la resolución frente a un incumplimiento parcial de *poca monta*. El Código Civil italiano se pronuncia negativamente en el artículo 1455: "no se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra". A igual conclusión ha llegado la jurisprudencia gala, aunque el artículo 1184 del Código francés no lo dice expresamente, sobre la base de que la ley le permite al tribunal conceder al deudor un plazo de gracia para que ejecute lo que todavía no ha cumplido. En Chile generalmente se considera, por la doctrina y

la jurisprudencia⁸⁷⁹ que el juez debe pronunciar la resolución incluso si el incumplimiento del deudor es pequeño y relativo a una obligación secundaria. No participamos de esta opinión: creemos que el problema tiene que zanjarse de manera casuística y flexible, siendo posible que el tribunal niegue lugar alguna vez a la resolución, si el estándar de la buena fe así lo aconseja.⁸⁸⁰

Para que la resolución pueda prosperar es además menester que el actor haya cumplido sus obligaciones. En caso contrario la demanda resolutoria sería enervada mediante la excepción de incumplimiento.

La resolución no sólo es facultativa u opcional para el acreedor demandante; lo es también para el deudor demandado. Este puede neutralizar la acción resolutoria, ejecutando la prestación debida durante la secuela del pleito. Para que la resolución no tenga lugar, basta que el demandado cumpla tardíamente y oponga la excepción (llamada por algunos autores *anómala*) de pago efectivo de la deuda, en la oportunidad que indica el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil: antes de la citación para oír sentencia en primera instancia, o antes de la vista de la causa en segunda instancia. La facultad del demandado para destruir la pretensión del demandante a la resolución del contrato hace del derecho de opción de que dispone el acreedor conforme al artículo 1489, un *derecho débil*, ya que en definitiva puede ocurrir que el demandante, desearando la resolución, se vea compelido a contentarse con el cumplimiento. Esta situación ha provocado críticas y conducido a algunos autores a sostener que si el acreedor demanda la resolución, el juez tendría indefectiblemente que pronunciarla.⁸⁸¹ Pero tal crítica, mientras no se derogue el texto del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, no se compadece con el Derecho positivo vigente.^{881 bis}

⁸⁷⁹ Cfr. Abeinuk, ob. cit. en nota 119, N° 532, y las sentencias nacionales por él mencionadas al pie de su p. 330. En sentido opuesto, fallo de la Corte de Rancagua del año 2001, precitado en la nota 605.

⁸⁸⁰ Véase *supra* N° 62 y N° 63, en particular 63.3.

⁸⁸¹ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1957, N° 133 *in fine*.

^{881 bis} Sobre el instante en el cual se produce la resolución del contrato basada en el art. 1489 del C. Civil, cfr. el informe del profesor Andrés Cuneo Machiavello, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, diciembre de 2004, pp. 107 y ss.

⁸⁷⁸ Lo que se examinó en el N° 91 que antecede.

El efecto de la resolución, acogida por sentencia judicial firme, es la *desaparición retroactiva* del contrato. Lo mismo ocurre cuando se pronuncia judicialmente la nulidad de un contrato (artículos 1687 y 1689 del Código Civil): es como si el contrato nunca hubiese existido. De modo que si una de las partes había ya ejecutado su obligación, procede devolverle lo pagado. En tal evento reciben aplicación las disposiciones que regulan *las prestaciones mutuas*, reguladas por el legislador con motivo de la acción reivindicatoria en los artículos 904 al 915. Pero si la resolución, que pasa a llamarse en este caso *terminación*, afecta a un contrato de tracto sucesivo, no hay en principio efecto retroactivo, operando la resolución únicamente para el futuro.⁸⁸²

Además de la resolución, el demandante puede solicitar *indemnización de los perjuicios* sufridos en razón del incumplimiento. El actor pedirá que se deje sin efecto el contrato, que se le restituya consecuentemente lo pagado, y que, además, se le pague la cantidad que se indica o que el tribunal determine por concepto de daños sufridos. Esta indemnización contractual de perjuicios se rige por las normas generales, tanto en los requisitos que deben concurrir, cuanto en la evaluación del *quantum* de la reparación.

A diferencia de la nulidad, que engendra acción contra terceros poseedores de un modo general (artículo 1689), la resolución judicialmente declarada sólo da acción contra terceros poseedores de mala fe. Los efectos de la resolución del contrato frente a terceros son particularmente complejos. A ellos se refieren los artículos 1490 y 1491 del Código Civil.

Un contrato puede ser en parte válido y en parte nulo (nulidad parcial). En cambio, un contrato no puede ser resuelto parcialmente, pues la resolución es indivisible. Es contrario al artículo 1489 pedir en parte el cumplimiento y en parte la resolución de un contrato. Así se ha fallado.^{882 bis}

⁸⁸² Véanse *supra* N° 26 y nota 168.
^{882 bis} Corte Suprema, 23 de abril de 2002, *www.lexisnexis.cl*. Número identificador: 19384.

93. LA TEORÍA DE LOS RIESGOS

93.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LOS RIESGOS EN MATERIA CONTRACTUAL

La voz "riesgos" evoca en materia contractual el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor o sea, según el artículo 45 del Código Civil, la ocurrencia de un imprevisto al que es imposible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, los cuales impiden cumplir la prestación debida. Los artículos 788 y 934 añaden como ejemplos legales, de casos fortuitos, una epidemia, una avenida (creciente imponente de un río), el rayo.⁸⁸³⁻⁸⁸⁴ Pero estos hechos, u otros no individualizados por el legislador, serán o no genuinos casos fortuitos en función de las circunstancias. Es así que la Corte de

⁸⁸³ En materia extracontractual, la expresión *riesgos* se vincula con la responsabilidad civil objetiva o sin culpa. Quien pone en movimiento fuerzas peligrosas en su provecho debe indemnizar los daños que ocurran, sin que se precise juicio de reproche alguno en contra del demandado. Este tiene o soporta los riesgos de la actividad emprendida. La responsabilidad basada en el riesgo es excepcional, pero la tendencia es una paulatina ampliación. En Chile existe responsabilidad extracontractual objetiva basada en el riesgo, por ejemplo respecto de los daños derivados del uso pacífico de la energía nuclear, de los daños causados por objetos espaciales, de los daños causados por una aeronave a personas ubicadas en la superficie de la Tierra. También en caso de daños personales causados en accidentes del tránsito, en el ámbito de la Ley N° 18.490 sobre seguro automotriz obligatorio (artículos 6°, 11, 30). Aunque se discute, la jurisprudencia ha declarado que existe responsabilidad civil objetiva en materias de abusos de publicidad (Corte de La Serena, 3 mayo 1978) y de responsabilidad extracontractual de las municipalidades (artículo 62-3 del Decreto Ley N° 1.289, antigua Ley Orgánica de Municipalidades). Un último ejemplo: daños causados por aplicación de pesticidas o fumigaciones (responsabilidad objetiva clarísima en el artículo 6° de la Ley N° 15.703; hoy dudosos en el artículo 36 del Decreto Ley N° 3.557). Otros casos en el Código Civil y en leyes especiales pueden encontrarse en Vicente Acosta Ramírez, "La Responsabilidad Objetiva", *Cuaderno Jurídico* N° 6, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 1996; y en Leslie Tomassello Hart, "Aseguramiento de los créditos indemnizatorios", pp. 51 y s., de su libro *Estudios de Derecho Privado*, Edeval, 1994.

⁸⁸⁴ Históricamente la voz "riesgo", vinculada con *periculum*, tuvo un alcance más amplio. Cfr. Patricio Núñez Pino, *Los Riesgos en el Contrato Bilateral*, Memoria de Prueba que tuvo el agrado de dirigir en 1973, en la Universidad Católica de Valparaíso, pp. 1 a 3.

Valdivia ha fallado que las lluvias torrenciales en esa Región no constituyen fuerza mayor; tampoco sería caso fortuito un rayo que cayera en Valparaíso, sobre el edificio del Congreso Nacional, según expresa el profesor Fuego.⁸⁸⁵ El Código de Comercio, en las definiciones concernientes al contrato de seguro, dice que se entiende por riesgo "la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados" (artículo 513-2).

La importancia de la teoría de los riesgos no es sólo teórica como insinuaba Arturo Alessandri,⁸⁸⁶ sino que eminentemente práctica, en particular en un país como Chile, a cada rato azotado por embates de la naturaleza, como sismos, erupciones volcánicas, inundaciones, puesto que permite dilucidar cuál de los contratantes tiene que soportar la pérdida patrimonial que se ha producido. También hechos del hombre pueden constituir fuerza mayor para otras personas, v. gr., actos terroristas.

Naturalmente la pérdida fortuita de una cosa que no es objeto de obligación o relación personal alguna, sólo puede ser para su dueño (*res perit domino*). Si a consecuencias de un incendio u otro caso fortuito se destruye el mobiliario de una casa, dicho riesgo lo soporta el propietario.

Pero la teoría de los riesgos no se refiere a los riesgos de las cosas vinculadas con el titular exclusivamente por un derecho real, sino que a los riesgos *en relación con los contratos en curso*; más concretamente, a los riesgos que hacen imposible el cumplimiento de una de las prestaciones emanadas de un contrato bilateral. La pregunta a la cual contesta esta teoría es la siguiente, ¿quién responde de la imposibilidad de ejecución en razón del caso fortuito?; *al extinguirse la obligación de un contratante por imposibilidad de ejecución, ¿se extingue también la obligación correlativa del otro?* Una respuesta afirmativa a esta interrogante significa que

el riesgo es para el deudor: perderá lo pagado o por pagar y no recibirá nada en compensación. Si la respuesta fuese negativa, el riesgo sería para el acreedor, ya que el deudor, a pesar de no cumplir lo debido, obtendría el pago de su crédito correlativo. Así, tratándose de una compraventa, si estumada la obligación del vendedor en virtud del modo de extinguir denominado pérdida de la cosa que se debe, el acreedor de esta obligación no tiene que pagar el precio, eso significa que el riesgo es del vendedor o deudor de la obligación que expiró por caso fortuito o fuerza mayor. En cambio si de todas maneras hay que pagar el precio, el riesgo es del comprador o acreedor de la obligación en la cual tuvo incidencia directa el imprevisto irresistible.

Hay autores que plantean el problema de los riesgos también en relación con los contratos unilaterales,⁸⁸⁷ concluyendo que si el único deudor no puede ya cumplir su obligación en razón del caso fortuito, significa que el riesgo es para la contraparte, es decir, para el acreedor. En nuestra opinión esto es mera aplicación de las normas sobre el modo de extinguir en juego, o sea, de la imposibilidad de ejecución, que es suficiente para llegar a tal conclusión. De modo que *el ámbito genuino de la teoría de los riesgos es el de los contratos bilaterales*. En éstos no basta con los artículos 1670 y siguientes del Código Civil para responder las preguntas del párrafo anterior.

El artículo 1670 considera aisladamente la obligación que se extingue, dejando latente la cuestión de saber cuál de los contratantes soporta la carga de esa extinción. En el contrato unilateral hay una sola posibilidad: que el riesgo sea del acreedor, quien no recibirá lo que esperaba. En el contrato bilateral hay dos posibilidades: que el riesgo sea del acreedor o del deudor. La opción viene dilucidada por la teoría de los riesgos.

Para que se presente la interrogante a la cual responde la teoría de los riesgos se necesitan dos condiciones:

a) Que exista un contrato bilateral en curso, cuyo cumplimiento esté pendiente, al menos en parte.

⁸⁸⁵ Cfr. Fernando Fuego Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 388 a 397.

⁸⁸⁶ En su Memoria de Prueba (*De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, Imprenta Barcelona, Santiago, 1917, N° 775, p. 752 del tomo I), Arturo Alessandri Rodríguez, refiriéndose a la teoría de los riesgos, dice que "tiene más bien un carácter teórico que práctico... pero averiguar los fundamentos, su origen histórico y su evolución y criticar sus defectos es una materia de alto interés".

⁸⁸⁷ V. gr., Fernando Fuego Laneri, ob. cit. en nuestra nota 208, tomo 4, vol. 2, 1958, N° 632, p. 221; Jorge Peirano Facio, "La Teoría de los Riesgos", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, octubre 1952, p. 1182.

Al examinar la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales nos referimos a los *contratos sinalagmáticos imperfectos* y expresamos que en nuestra opinión éstos son unilaterales, de tal manera que la obligación que surge después del nacimiento del contrato, a cargo de la parte que inicialmente no había asumido ninguna, sería una obligación de carácter legal y no contractual. Por eso no se aplicaría al contrato sinalagmático imperfecto la teoría de los riesgos, sino que el tratamiento que corresponde al contrato unilateral cuando por caso fortuito es imposible el cumplimiento.⁸⁸⁸

b) Que se extinga la obligación de uno de los contratantes por imposibilidad de ejecución, o sea, a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

Autores como Alessandri y Meza Barros limitan esta exigencia a la pérdida fortuita de la especie o cuerpo cierto debido.⁸⁸⁹ Lo cual es equivocado, pues circunscribe el problema de los riesgos exclusivamente a la *extinción de obligaciones de dar*, por la pérdida fortuita del cuerpo cierto que se debía. Aunque el legislador chileno haya guardado silencio, también opera la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales si se extingue por imposibilidad de ejecución una obligación *de hacer o de no hacer*,⁸⁹⁰ procediendo entonces determinar la suerte de la obligación correlativa.

⁸⁸⁸ Véase *supra*, N° 19. En igual sentido, Patricio Núñez, ob. cit. en nota 884, N° 7, pp. 23 a 25, y Hernán Matos Valencia, *El problema de los riesgos en el contrato*, Memoria de Prueba, Editorial Universitaria, Santiago, 1955, p. 367. En contra, René Abelink, ob. cit. en nota 119, N° 1209, p. 786.

⁸⁸⁹ Alessandri, ob. cit. en nuestra nota 886, N° 777, p. 756 del tomo I. Meza Barros, ob. cit. en nuestra nota 881, N° 382, p. 279.

⁸⁹⁰ El 8 de julio de 1971, en la noche, se produjo un terremoto en Valparaíso, mientras en el teatro Velarde (hoy Teatro Municipal) se iniciaba la presentación del ballet africano. Las entradas para la función del día siguiente estaban totalmente vendidas. La obligación *de hacer* del empresario a cargo del espectáculo se extinguió por imposibilidad de ejecución. ¿Podrían los espectadores presentes haber reclamado la devolución de lo que habían pagado? ¿Podían hacerlo al menos quienes iban a asistir a la función del día siguiente? Es un sencillo problema real, de teoría de los riesgos en obligaciones de hacer.

93.2. TEORÍA DE LOS RIESGOS EN CASO DE EXTINCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE DAR

El legislador patrio sólo dio respuesta al problema de los riesgos a propósito de las *obligaciones de dar*. A ellas nos referiremos en primer lugar.

La interdependencia de las obligaciones creadas por el contrato bilateral y la doctrina de la causa⁸⁹¹ conducen a pensar que lo más equitativo y lo técnicamente correcto es admitir, cuando se extingue la obligación de una de las partes por imposibilidad de ejecución, que deba también extinguirse la obligación correlativa: el riesgo en consecuencia sería para el deudor (*res perit debitore*), quien perderá la cosa debida, sin recibir nada en cambio. Esta no es, empero, la solución admitida por el Código Civil chileno. El artículo 1550, básico en la materia, sienta la solución opuesta, el principio *res perit creditore*: "el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega".

De modo que en nuestro país el riesgo de la pérdida fortuita es para el acreedor (salvo las excepciones), puesto que no obstante la extinción de la obligación del deudor por la pérdida fortuita de la cosa debida, el acreedor debe cumplir su contraprestación.

El texto del artículo 1550 se ve corroborado por el artículo 1820, que establece, en materia de compraventa, que el *riesgo es para el comprador*, o sea, para el acreedor de la obligación de entregar la especie o cuerpo cierto vendido. Si la cosa vendida perece por caso fortuito, el vendedor queda exonerado de entregar, debiendo el comprador cancelar, sin embargo, el precio estipulado. Artículo 1820: "La *pérdida*, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al *comprador*, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa..."

⁸⁹¹ Entendida a la manera de Capitant, *supra* N° 90.

Breve explicación histórica ⁸⁹²

En Roma, al igual que hoy en Chile, los riesgos eran para el acreedor. Los romanos formularon la teoría de los riesgos en torno al contrato más usual, en torno a la compraventa.⁸⁹³ Los riesgos eran para el acreedor, es decir, para el comprador, desde la conclusión del contrato y aunque no se hubiese efectuado la tradición; aunque el comprador no fuese todavía dueño. Aplicaban la máxima *res perit creditori*, y no la *res perit domino*, ya que antes de la tradición el acreedor no es dueño.

La regla romana se explica como la supervivencia de la concepción primitiva dualista de la compraventa.⁸⁹⁴ Concepción según la cual este contrato era materia de dos operaciones diferentes, producto de dos actos jurídicos independientes el uno del otro: la *emptio* y la *venditio*. Por la *emptio* el comprador se obliga a pagar el precio; por la *venditio* el vendedor se obliga a entregar la cosa, a transferir la propiedad. La inexecución de esta última obligación en virtud del caso fortuito debió por lo tanto dejar vigente la otra obligación, la del comprador, puesto que su fuente era otro acto jurídico autónomo. Más tarde en la evolución romana, al consolidarse la compraventa como contrato bilateral, acto jurídico único, se explicó la mantención de la solución, la chilena de hoy, afirmándose que si la cosa vendida experimenta mejoras, aumenta de valor entre la fecha del contrato y la fecha de la tradición, el provecho ha de ser para el comprador, quien no deberá pagar sobreprecio y, recíprocamente, si la cosa se deteriora o perece por caso fortuito, lo normal es decidir que el riesgo, el perjuicio, sea para el mismo comprador. Este *compensa* el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos con el eventual provecho de las mejoras. Es lo mismo que hoy señala nuestro artículo 1820.

Las ideas romanas pasaron al derecho francés antiguo, pero posteriormente Samuel Pufendorf, iusnaturalista alemán del si-

⁸⁹² Sobre la evolución histórica del problema de los riesgos, cfr. Patricio Núñez, ob. cit. en nota 884, capítulo segundo.

⁸⁹³ Sobre los riesgos en la compraventa romana, cfr. Alejandro Guzmán Brito, ob. cit., en nota 44, tomo 2, pp. 141 a 144.

⁸⁹⁴ En este sentido, por ejemplo, Marty y Raynaud, ob. cit. en nota 761, N° 289; Mazeaud, ob. cit. en nota 864, parte segunda, vol. 3, N° 1117.

glo XVII, combatió enérgicamente dicha solución: si la venta no transfería la propiedad por sí sola, era contrario al derecho natural, según él, hacer soportar el riesgo de la cosa a quien no era propietario. *El derecho natural exigía la consagración del principio res perit domino*, en lugar del principio *res perit creditori*. En consecuencia, el riesgo debía ser del vendedor hasta el momento de la tradición; o sea, mientras él prosiga siendo dueño.

El Código Napoleón de 1804 modificó los elementos de la discusión, pues si bien consagró las ideas de Pufendorf, el principio *res perit domino*, mantuvo los riesgos para el comprador, en el artículo 1138. Esta superposición de ambos criterios es en Francia factible, pues allí la compraventa de una especie o cuerpo cierto transfiere por sí sola el dominio, aunque no se haya efectuado la entrega. El dominio se adquiere exclusivamente por efecto del contrato y no por la tradición en ese país. Así las cosas, el comprador, el acreedor de la obligación de entregar, soporta los riesgos lisa y llanamente porque es propietario de la cosa, desde la formación del consentimiento, incluso si no la ha recibido todavía.

El Código Civil chileno conservó la regla romana *res perit creditori* en el artículo 1550 y, consecuentemente, en el artículo 1820 atribuye el riesgo al comprador. No hay en esta solución aplicación de la máxima *res perit domino*, consagrada en Francia bajo el influjo de Pufendorf, pues en Chile la compraventa jamás transfiere dominio; sólo genera derechos personales.⁸⁹⁵

La regla del artículo 1550 admite numerosas *excepciones*. Hay situaciones en que el riesgo de la pérdida fortuita queda en Chile a cargo del deudor y no del acreedor: 1) Caso del deudor que se encuentra en mora de efectuar la entrega del cuerpo cierto debido (artículo 1550, en relación con 1547, inciso 2°). 2) Cuando el deudor se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas (artículo 1550).

⁸⁹⁵ Hay quienes atribuyen a un error del legislador chileno la implantación del criterio del artículo 1550. Así por ejemplo René Abelink, ob. cit. en nota 119, N° 1212, p. 788. Por nuestra parte, creemos que simplemente Andrés Bello prescindió del Código francés y se inspiró en el Derecho romano. Los efectos reales que el contrato de compraventa produce en Francia eran y son radicalmente incompatibles con los efectos personales que genera en Chile, acorde a la tradición romana.

3) Cuando el deudor ha tomado sobre sí la responsabilidad del caso fortuito por un pacto expreso, lo que es perfectamente posible pues el 1550 no es una norma imperativa, como a primera vista parecía sugerirlo la voz "siempre" que emplea. 4) Conforme al artículo 1486-1, el riesgo de pérdida fortuita de la cosa debida bajo condición es de cargo del deudor.⁸⁹⁶ Si la cosa perece pendiente la condición, aunque ésta se cumpla posteriormente, el acreedor no está ya obligado a ejecutar la prestación. El artículo 1820 parte final aplica igual criterio respecto a la venta condicional: si perece la cosa vendida pendiente la condición, el riesgo de pérdida es para el vendedor, sin que el comprador deba pagar el precio. 5) En las obligaciones de género (artículos 1508 al 1510) el riesgo de la pérdida de algunos individuos del género la soporta el deudor, mientras exista otro individuo de dicho género limitado. Pero la teoría de los riesgos no opera respecto a las obligaciones de género ilimitado.⁸⁹⁷ 6) Conforme al artículo 1950 N° 1 del Código Civil el arrendamiento expira "por la destrucción total de la cosa arrendada". Dicha destrucción pone fin a las obligaciones de ambas partes. El riesgo es para el arrendador, y como él es casi siempre dueño, podría apreciarse en esta solución una aplicación del principio *res perit domino*.⁸⁹⁸⁻⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ Igual regla formula el artículo 1504-1 en materia de obligaciones alternativas, lo que es comprensible en la medida que en estas obligaciones se considera que existe una condición.

⁸⁹⁷ Dice con acierto Antonio Vodanovic H. (*Derecho de Obligaciones*, Ediciones Periodísticas y Estadísticas, Santiago, 1970, N° 155, p. 142): "La importancia de distinguir la obligación de género corriente y la de género limitado consiste en que muchas normas de las primeras no son aplicables a las segundas. Por ejemplo, la pérdida de la cosa por caso fortuito no es un modo de extinguir las obligaciones genéricas, sino las de especie o cuerpo cierto (artículo 1670); sin embargo, resulta evidente que si perecen por caso fortuito todas las cosas del género delimitado, la obligación del deudor se extingue como si se tratara de la deuda de un cuerpo cierto".

⁸⁹⁸ La verdad es que la situación del artículo 1950 N° 1 frente a la teoría de los riesgos es ambigua. Todo el complejo haz de las obligaciones de ambas partes se extingue en virtud de la destrucción fortuita de la cosa arrendada. El acreedor de la obligación de dar la especie o cuerpo cierto es, al instante de sobrevenir el caso fortuito, el arrendador, a quien el arrendatario tendría que restituirle el bien una vez expirado el contrato. Como el riesgo lo soporta el arrendador (ya que perderá la cosa y nada recibirá de la contraparte: ni las rentas, ni indemnización), la norma en lugar de excepcional estaría confirmando la regla chilena de que el

El legislador chileno omitió regular los efectos de la teoría de los riesgos, en caso de *pérdida fortuita parcial* de la especie o cuerpo cierto que se debe en virtud de un contrato bilateral. Concordamos con lo aseverado por Abelink, en el sentido de que sólo cabe concluir que se mantiene la regla general, vale decir, que la pérdida parcial la soporta el acreedor.⁹⁰⁰ Máxime que el Código Civil no distingue al atribuir los riesgos al acreedor, en los artículos 1550 y 1820, entre pérdida total y pérdida parcial, y según un aforismo al que con frecuencia se recurre en la retórica jurídica, donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir. Con todo, la pérdida parcial que se produzca en alguna de las seis hipótesis excepcionales del párrafo precedente la soporta el deudor.

En materia de *Derecho Comparado*, la solución moderna, basada precisamente en la *interdependencia* de las obligaciones que genera el contrato bilateral, es la opuesta a la vigente en Chile: *los riesgos son para el deudor*. Extinguida la obligación del deudor por imposibilidad de ejecución, se extingue también la obligación recíproca del acreedor. Así, por ejemplo, el Código Civil italiano de 1942 consagró esta postura, modificando el criterio del Código derogado al disponer en el artículo 1463: "En los contratos con prestaciones recíprocas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no puede pedir la contraprestación, y deberá restituir lo que ya hubiese recibido, de acuerdo con las normas relativas a la repetición de lo indebido". También el Código Civil argentino (artículo 578) soluciona la

riesgo es para el acreedor. Entre los autores que ubican el artículo 1950 N° 1 como excepción a la norma del artículo 1550 se encuentra René Abelink, ob. cit. en nuestra nota 119, N° 1212, p. 788.

⁸⁹⁹ Una visión más completa del Derecho chileno sobre los riesgos en las obligaciones de dar exigiría analizar los artículos 142 y 143 del Código de Comercio. El artículo 142 corrobora la norma de los artículos 1550 y 1820 del Código Civil. El artículo 143, en cambio, entre las seis excepciones en que atribuye al vendedor el riesgo de la pérdida de la cosa vendida, contempla novedades en los cuatro primeros números. Los N°s 1 al 3 del artículo 143 se vinculan con particularidades de la venta mercantil. El N° 4, relativo a la venta a plazo, sienta una solución inversa a la del artículo 1820 del Código Civil.

⁹⁰⁰ Ob. cit., en nuestra nota 119, N° 1213.

cuestión de los riesgos haciendo aplicación de la máxima *res perit debitori*.⁹⁰¹ Lo mismo ocurre en el Código Civil alemán y en el Código suizo de las obligaciones. En el novísimo Código Civil peruano, el artículo 1431 expresa: "En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido. Empero, las partes pueden convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor".

93.3. TEORÍA DE LOS RIESGOS EN CASO DE EXTINCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE HACER O DE NO HACER

Al examinar la teoría de los riesgos, precipitadamente algunos autores, al igual que la ley chilena, omiten referirse a las obligaciones de hacer y de no hacer creadas por contratos bilaterales, circunscribiendo la cuestión únicamente al caso de imposibilidad de ejecución en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto.

El artículo 1550 decreta que el riesgo de la especie o cuerpo cierto que se debe (obligación de dar) es de cargo del acreedor. Dicha norma no soluciona, en consecuencia, el problema que plantea la imposibilidad de ejecución de una obligación de hacer o de no hacer, con el destino de la obligación correlativa: ¿Se extingue también ésta, siendo el riesgo para el deudor?

⁹⁰¹ En nota de Dalmacio Vélez Sarsfield al pie del artículo 578 del Código argentino se lee un sabroso comentario, que parecería estar dirigido contra el Código de Bello, ciertamente tendido a la vista por el ilustre codificador uruguayo: "...parece ilógico que nuestras leyes que declaran que no se adquiere el dominio de las cosas con sólo el título, si no es segúndo de la tradición, dispongan que el peligro de la cosa, que es el objeto de una obligación de dar, sea de cuenta del acreedor, aun antes de la tradición, fundadas en el principio de que el deudor de cosa cierta se libra de la obligación de entregarla cuando perece sin su culpa. Isto es confundir el derecho personal con el derecho real. El derecho personal que se constituye por la obligación no da derecho alguno en la cosa, y sin embargo se le constituyen las consecuencias del derecho real; para él, perece la cosa, para él se aumenta, y de su cuenta son la mejora o deterioro".

¿debe cumplirse la obligación correlativa, siendo el riesgo para el acreedor?

Ejemplos: una empresa de turismo anuncia un viaje al altiplano andino para visitar Cuzco, Machu Picchu, La Paz, Tiwanaco y el lago Chungará. Realiza gastos de publicidad, locación de oficinas, sueldos y honorarios, arrendamientos o charters de aviones y de otros medios de transporte, télex, reservas de hoteles, etc. Los consumidores interesados pagan sus boletos y gastos; pero ocurre que por fuerza mayor, un terremoto o una grandísima inundación por el desborde del lago Titicaca, por ejemplo, resulta imposible efectuar el viaje planeado. La obligación de hacer de la empresa de turismo se extingue por imposibilidad de ejecución. ¿qué ocurre con la obligación de pagar el precio que pesa sobre cada uno de los clientes?, ¿subsiste o también se extingue?

Una dama encarga a un artista bien conocido que conficione al óleo sendos retratos suyo y de sus hijos. Le anticipa una elevada suma de dinero. El pintor, a raíz de un accidente ferroviario, pierde sus manos. Extinguida la obligación de hacer del maestro, ¿puede la señora reclamar devolución del anticipo?, ¿debe pagar el saldo del precio estipulado por los cuadros?

Si se aplicaren por analogía o extensivamente los artículos 1550 y 1820 del Código Civil, resultaría que también en las obligaciones de hacer y de no hacer el riesgo sería para el acreedor, *res perit creditor*. En los ejemplos, los frustrados viajeros igual deberían pagar a la empresa de turismo y la dama al artista, aun que nada recibían a cambio. La extinción de la obligación del deudor por imposibilidad de ejecución la soportaría la contraparte.

Pensamos que tal alternativa debe ser rechazada. El principio *res perit creditor* está desprestigiado. Lo demuestra el breve vistazo al Derecho comparado al final del N° 93.2. Los fundamentos de los efectos particulares de los contratos bilaterales, examinados en el N° 90, nos llevan a postular que hoy en Chile, sin que se precise una reforma legal, tratándose de las obligaciones de hacer y de no hacer el riesgo de la imposibilidad fortuita de cumplir la obligación la soporta el deudor, *res perit debitori*.

La estrecha interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato bilateral, la doctrina de la causa comprendida, según la exposición de Capitant, y la misma equidad o la buena fe, sirven de asidero a la idea de que extinguida la obligación de hacer o de no hacer de una de las partes, por caso fortuito o fuerza mayor, se extingue igualmente la obligación correlativa del otro contratante.⁹⁰²

⁹⁰² Sobre el tema de este N° 93, cfr., el documentado estudio del profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez, Fabián Elorriaga de Bonts, *Teoría de los Riesgos*, 1996. Este trabajo le fue encomendado por la Fundación Fernando Fieyo Laneri, en el marco del convenio que mantiene con varias Facultades de Derecho, y se encuentra publicado en el libro *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, volumen año 2002, Editorial Jurídica de Chile, pp. 13 a 125.