

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL III

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
Valparaíso, 2007

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
(Editor científico)

de aceptar que el acreedor pueda sin una cláusula que así lo habilite colocar término al contrato de manera unilateral y extrajudicial, dejando de cargo del deudor el posible reclamo ante la ilegitimidad de la medida. Todo esto bajo un régimen legal estricto que impida abusos en esta materia, siendo la hipótesis admitida aquella en que se imponga por urgencia la ruptura abrupta del contrato¹⁵.

3. Un nuevo sistema equilibrado

En este sistema el acreedor, a pesar del incumplimiento, igualmente debe comportarse conforme lo exige la buena fe objetiva. Este será el temperamento para varias sanciones. Por ejemplo la necesidad que el incumplimiento sea grave para dar carácter resolutorio al incumplimiento, para admitir la excepción de contrato no cumplido o para temperar la facultad de término unilateral del contrato. La otra manifestación de este principio en el sistema está dada por el deber de mitigar las pérdidas. Esto permite entregar un necesario equilibrio al contrato.

4. La tendencia en el Derecho Comparado

La propuesta se adapta al movimiento actual en el Derecho de las obligaciones. Sería largo explicar cómo se ha manifestado un movimiento relevante en Alemania a través de la reforma, ya criticada al BGB., el Código holandés de 1992, el proyecto Catala en Francia, y la jurisprudencia española en la materia que ha tomado el Derecho internacional como referencia para resolver casos particulares.

En suma, en Chile, el Derecho de las obligaciones sobre incumplimiento contractual requiere una adaptación necesaria a la actual contratación, lo cual coincide con un movimiento legal, doctrinal y jurisprudencial a nivel de Derecho comparado, siendo necesario construir un "sistema de remedios" que proteja en forma más adecuada el interés del acreedor, logrando superar la doctrina y jurisprudencia tradicional sobre la materia. Este es el desafío para la civilística nacional.

¹⁵ PIZARRO WILSON, C., ¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato? en *Ius et Praxis*, 13 (Universidad de Talca, 2007) 1, pp. 11-28.

FINALIDAD Y ALCANCE DE LAS ACCIONES Y LOS REMEDIOS CONTRACTUALES*

Enrique Barros Bourie**

I. LA OBLIGATORIEDAD JURÍDICA DE LAS PROMESAS Y ACCIONES Y DEMÁS REMEDIOS CONTRACTUALES

1. Obligatoriedad formal y justificación

Al menos desde la famosa distinción de las *Institutiones* de Gayo, el contrato es concebido como una fuente genérica de obligaciones¹. Los juristas asumimos esa obligatoriedad como dogma positivo, expresado en el artículo 1545 CC. Aunque la regla que asimila el contrato a la ley tiene ancestros antiguos en el Derecho civil², adquiere una nueva cara a la luz del significado de la ley en la filosofía política republicana.

El Derecho romano no conoció una acción general para hacer valer jurídicamente las promesas contractuales, con prescindencia de su tipo o formalidad. Sólo en algunos contratos nominados las obligaciones nacían por el mero consentimiento; de lo contrario se requería la entrega o alguna formalidad³. Sin embargo, ya en la temprana época de recepción del Derecho

* Este trabajo tiene un carácter exploratorio, de modo que sólo pretende revisar antiguas ideas desarrolladas en cursos de pregrado a la luz de lecturas más recientes. El párrafo sobre resolución tiene por antecedente presentaciones en seminarios organizados en 2006 y 2007 por la Universidad de los Andes y la Universidad Católica de Valparaíso con ocasión de visitas del profesor Antonio Manuel Morales Moreno.

** Profesor titular de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ GAIUS, *Instit.* III, 88. En esta comunicación se ignora la lógica propia de los actos gratuitos, basados en la liberalidad.

² DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1694; ed. Remy, Paris, 1835), parte 1ª, lib. I, tit. 1º, sec. 2ª, párr. 7, expresa: "Las convenciones, una vez formadas, todo lo que ha sido convenido tiene valor (*lieu*) de ley para aquellos que las han hecho y ellas no pueden ser revocadas sino por su consentimiento común, o por las otras vías que serán explicadas en la sección 6". Domat cita fuentes romanas como antecedentes de autoridad (debo esta referencia a Alejandro Guzmán); sobre la misma materia, PIZARRO, Carlos, *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 31 (2004), p. 225 (226).

³ KASER, Max, *Das Römische Privatrecht* (2ª edición, München, Beck, 1975), I, §§ 123-136.

romano, y en especial a partir de la escolástica tardía, se generalizó la noción más difundida de que el consentimiento contractual era suficiente para crear obligaciones, extendiéndolo a cualesquiera contratos innominados. Con el correr del tiempo se ha conservado la forma como elemento de prueba o de solemnidad (en beneficio de la seguridad)⁴, pero ha perdurado el gran cambio de que los acuerdos voluntarios reconocidos por el Derecho pueden referirse a cualquier objeto lícito.

Así se construyó, en un nivel más abstracto que el de los tipos contractuales específicos, la regla de que cualquier promesa contractual lícita resulta obligatoria. La consecuencia fue que la obligatoriedad jurídica se acercó paulatinamente a la generalidad de la promesa en sentido moral y económico. La forma doctrinaria de este desarrollo es el concepto jurídico de consentimiento, entendido como un acuerdo de voluntades que puede tener cualquier objeto lícito⁵.

Por cierto que desde un punto de vista estrictamente positivo la validez formal del contrato se encuentra expresada en el elegante texto del artículo 1545 CC. Sin embargo, su debida comprensión supone entenderlo como una institución que está justificada por numerosas razones. Las principales son las que atienden al valor vinculante de las promesas, a la presunción de justicia que envuelven los intercambios voluntarios y a la función que cumple la institución del contrato en la creación de bienestar.

Ante todo, y en una larga tradición de pensamiento, el contrato se justifica en la dimensión de la justicia conmutativa, porque se puede asumir con las reservas que proceden en sede de formación del consentimiento (especialmente en contratos de consumidores), que el acuerdo voluntariamente consentido beneficia a ambas partes y, por eso, es equitativo desde un punto de vista de su relación de Derecho privado⁶. Desde un punto de vista normativo, es simplemente lo correcto cumplir el deber contractual que surge de la promesa, porque tiene su antecedente en un acto libre que vincula a quien lo realiza⁷. Finalmente, en la perspectiva del análisis económico del Derecho, la

⁴ Un análisis histórico y comparado en LÓPEZ, Jorge, *Los contratos* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), p. 243.

⁵ Un sucinto desarrollo histórico en GORDLEY, James, *Foundations of Private Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), § 13 (p. 289).

⁶ Una excelente exposición histórica y sistemática de la tradición aristotélica hasta nuestros días en GORDLEY, James, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, en BENSON, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), p. 265 (p. 307); una agudísima fundamentación institucional, que mira la autonomía privada como un valor y el contrato como una práctica social conexas que debe ser cautelada por el derecho en RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford, Clarendon, 1986), pp. 395 y ss.

⁷ Esta forma de pensar subyace a la doctrina filosófica del contrato de la modernidad, especialmente desde la escolástica tardía (COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht* (München, Beck, 1985)).

obligatoriedad se funda en un análisis consecuencialista, porque las reglas que incentivan la observancia de los contratos facilitan los intercambios y la división del trabajo y de ese modo contribuyen al bienestar general⁸.

Aunque no es el lugar para analizar estas perspectivas justificantes del contrato, en el corazón de las diversas líneas argumentativas está la idea de que se trata de una valiosa institución social que cautela la confianza en la palabra empeñada: desde la perspectiva del contrato como promesa, el acto voluntario ha permitido a cada parte incluir en sus propios planes la conducta de la contraparte y no se puede actuar correctamente si se defrauda esa expectativa; desde una perspectiva económica, los contratos sólo pueden cumplir su función social como medios eficaces de intercambio en una medida que es proporcional a la confianza que se pueda tener en que el interés del acreedor será satisfecho; a su vez, la relación de justicia contractual supone el deber de observar el contrato, porque el consentimiento, al menos bajo ciertos supuestos institucionales, da lugar a un intercambio de bienes de valores que 'se miran' por equivalentes (artículo 1441 CC.).

La creciente reflexión acerca de la obligatoriedad del contrato se produce en el marco de una tendencia hacia la construcción de un Derecho común en la materia, que tiene su fuente remota en los trabajos comparados que sirvieron de antecedente a la *Convención sobre compraventa internacional de mercaderías* (CISG.) y que ha procurado la comprensión recíproca de las diversas tradiciones jurídicas⁹.

Continuación de la nota 7

p. 182). El desarrollo contemporáneo más relevante del concepto de contrato como promesa vinculante, a partir de fundamentos kantianos, en FRIED, Charles, *The Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981), p. 17 [trad. española de Ruiz Tagle y R. Correa, *La obligación contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996)]. Una versión revisada de esta tradición, en un esfuerzo muy logrado de incluir en la fundamentación de la obligatoriedad del contrato elementos propiamente promisorios y de confianza abstracta entre partes que suelen carecer de lazos personales previos, en KIMEL, Dori, *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract* (Oxford y otras, Hart, 2005), p. 78.

⁸ Para SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones* (1776, trad. G. Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1979), p. 17 (lib. I, cap. II): "no es la benevolencia del carnicero, del cervicero o del panadero la que nos procura el alimento sino la consideración de su propio interés; [...] de la misma manera que recibimos de los servicios mutuos que necesitamos, por convenio, trueque o compra, es esa misma inclinación la causa originaria de la división del trabajo, que hace posible multiplicar los beneficios generales que se siguen de los intercambios. La revisión del análisis económico que me ha resultado más lúcida para explicar la obligatoriedad del contrato es HARRIS, Michael, *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997), especialmente el capítulo X (pp. 241 y ss.).

⁹ Los trabajos comparados se realizaron temprano en el siglo XX bajo el amparo del Instituto Internacional de Unificación del Derecho Privado (Unidroit); su autoría e impulso se debe a RABEL, Ernst, *Recht des Warenkaufs* (1936, reimp. Berlin, de Gruyter, 1957), dos volúmenes, cuya obra es fuente determinante de la Convención de Viena sobre *Compraventa internacional de mercaderías* (CISG.), que a su vez, ha contribuido a la construcción de una doctrina común en materia de contratos que

2. Derechos subjetivos que nacen del contrato y sistema de remedios

Aunque se acepte que la obligatoriedad del contrato en razón de la promesa no supone *per se* una opción por un determinado conjunto de acciones y remedios, resulta evidente que no puede haber obligación en sentido jurídico si el Derecho no establece reglas que cautelen el interés del acreedor frente al incumplimiento¹⁰. Y estas reglas pueden ser justificadas e interpretadas a la luz de las razones más generales para que el contrato sea vinculante. De lo anterior también se sigue la necesidad de aumentar el grado de reflexividad acerca de las acciones judiciales y demás remedios extrajudiciales que se entregan al acreedor en caso de infracción contractual¹¹. Esta actitud metódica evita que las reglas esenciales del Derecho de contratos, especialmente las que definen las pretensiones e instrumentos que el Derecho entrega al acreedor, sean analizadas con completa desaprensión del sentido y función del contrato como práctica social valiosa. Obliga, asimismo, a comprender las pretensiones que el Derecho reconoce al acreedor como un conjunto de remedios interdependientes¹².

Esta protección comprende, desde luego, el interés representado por la prestación en naturaleza, pero también las demás acciones y otros remedios orientados a hacer valer la responsabilidad del deudor en sentido amplio. Los diversos remedios contractuales se han desarrollado históricamente por separado, lo que también hace que su lugar sistemático sea algo anárquico. Así se muestra, en nuestra tradición jurídica, con la calificación del derecho del acreedor de retractarse de un contrato en razón del incumplimiento de la contraparte como una condición resolutoria tácita, que es tratada en conjunto con las demás condiciones, a pesar de las diferencias funcionales evidentes con la condición resolutoria ordinaria¹³. Las dificultades de conservar

Continuación de la nota ⁹

irradia hacia los derechos nacionales. Véase: SCHLECHTRIEM, Peter, *Internacionales UN-Kaufrecht* (4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007), p. 2.

¹⁰ CRASWELL, Richard, *Two Economic Theories of Enforcing Promises*, en BENSON, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law. New Essays* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), p. 43. En la literatura anglosajona se suele definir la vinculación contractual a la luz de los remedios que se conceden al acreedor: HOLMES, Oliver, *The Common Law* (1923, 45ª ed., trad. F. Barrancos, Buenos Aires, Tea, 1964), p. 268; ATIYAH, P. S., *Holmes and the Theory of Contract*, en *Essays on Contract*, p. 71.

¹¹ Un panorama de las pretensiones reconocidas al acreedor a la luz de las teorías que justifican la obligatoriedad del contrato en UNBERATH, Hannes, *Die Vertragsverletzung* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2007), con referencias al Derecho comparado y uniforme.

¹² MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Evolución del concepto de obligación en el derecho civil*, en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Civitas, 2006), p. 29.

¹³ En el Derecho romano, la obligación tiene sus ancestros en la *stipulatio*, que es una *actio* promesa unilateral, de modo que las acciones eran concebidas separadamente respecto de la obligación.

esta sistematización se muestran cuando nos enfrentamos a preguntas que sólo se pueden resolver si se atiende comparadamente a todos los remedios en su conjunto, como lo viene sosteniendo la doctrina más lúcida desde hace varias décadas¹⁴.

La ordenación sistemática de las acciones y remedios contractuales atiende ante todo a la naturaleza de las pretensiones y defensas. La responsabilidad del deudor en sentido amplio es correlativa al conjunto de los intereses protegidos del acreedor, que se muestra en las acciones y derechos que se le conceden en caso de incumplimiento: a obtener en naturaleza la prestación de lo que se le debe; a negarse a cumplir mientras la contraparte no lo hace; a que el contrato termine o quede sin efecto y se le restituya lo entregado; a ser indemnizado de los daños que le ha provocado el incumplimiento; a que el precio sea reducido por defectos o parcialidad de la prestación recibida¹⁵.

El conjunto de estos instrumentos configura la protección jurídica del interés contractual del acreedor. Si se asume que el Derecho de contratos es esencialmente un orden que protege el crédito y que nadie mejor que el acreedor sabe cual es la acción o remedio que mejor cautela el interés contractual insatisfecho, debe entenderse que estas acciones dan lugar a una concurrencia acumulativa o, de lo contrario, alternativa de derechos. En consecuencia, o bien el deudor ejerce dos acciones conjuntamente, como puede

Continuación de la nota ¹³

de cada parte, con la consecuencia de que la desvinculación del contrato en razón del incumplimiento sólo tenía lugar en virtud de pacto resolutorio expreso; la *lex commissoria* otorgaba valor al derecho de retracto convenido para el caso que el precio no fuese oportunamente pagado (MAX KASER, cit. (n. 3), p. 561 con referencia a Dig. 41, 4, 2). Los canonistas y luego la doctrina del derecho natural racionalista asumieron que en los contratos bilaterales va naturalmente implícita la condición resolutoria consistente en el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte (COING, Helmut, cit. (n. 7), I, p. 444). El resultado sistemático es que la resolución se trate entre las condiciones y no entre las pretensiones que el Derecho reconoce al acreedor. Es sintomático, sin embargo, que en el Derecho francés contemporáneo la condición resolutoria tácita tienda a ser tratada entre los efectos del incumplimiento contractual: CARBONNIER, Jean, *Droit civil* (Paris, PUF, 2004), §§ 1069, 1101; TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LAQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations* (9ª ed., Paris, Dalloz, 2005), pp. 631-656.

¹⁴ Anticipador de esta tenencia en el derecho de habla española es MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la actitud de la cosa en los negocios de tráfico)* (1983), ahora en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Civitas, 2006), p. 323 (336); la idea es desarrollada por PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad civil*, en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid, 1993), p. 1719 (1720). De interés dogmático es la explicación del Derecho civil a partir de las pretensiones ("Ansprüche") en MEDICUS, Dieter, *Bürgerliches Recht* (20ª ed., Köln, C. Heymanns, 2004). Sobre la conveniencia de una mirada de conjunto a los remedios desde el punto de vista de su eficacia en la dinámica económica del contrato: CRASWELL, R., cit. (n. 10), p. 26.

¹⁵ Sobre la idea de responsabilidad contractual como comprensiva de todas las acciones y remedios conferidos al acreedor en protección de su interés contractual: MORALES MORENO, A. M., cit. (n. 12), p. 21.

ocurrir con la resolutoria y la indemnizatoria; o bien, puede elegir cual acción o remedio más le conviene, como ocurre con la de ejecución de lo debido y la resolución¹⁶. El criterio de incompatibilidad está dado primeramente por razones lógicas (no se puede demandar a la vez el cumplimiento y la resolución) y por el principio de enriquecimiento sin causa. Y también debe entenderse que el ejercicio de una acción no supone la preclusión del derecho a ejercer otra acción, a menos que resulte contrario a la buena fe; en consecuencia, la acción de ejecución en naturaleza no impide ejercer luego la indemnizatoria, ni hacer valer la resolución¹⁷.

La obligación contractual se desenvuelve en dos etapas: la primera expresa el deber del deudor de cumplir lo prometido y da lugar a preguntas de formación, interpretación e integración del contrato; la segunda surge del incumplimiento de lo prometido. Cualquiera sea la forma que adopte este incumplimiento, incluso si el deudor incurre en un cumplimiento defectuoso o el incumplimiento de una obligación conexa, se abre al acreedor el conjunto de esos remedios y acciones que dirimen los riesgos que el Derecho atribuye a las partes en cada situación de incumplimiento contractual¹⁸. De ello también se sigue la impropiedad de desarrollar el sistema de acciones y remedios contractuales en el marco de una doctrina unificada de la responsabilidad, que desatienda la especificidad de la relación contractual¹⁹.

En todo caso, cada acción y remedio tiene su lógica, de modo que su justificación es determinante al momento de interpretar las normas que los

¹⁶ PIZARRO, Carlos, *Etude critique de la responsabilité contractuelle en droit positif chilien* (tesis de doctorado, París II, 2002), p. 45 (§ I, 1, II, c); la idea es también desarrollada por el autor en *Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno*, en *Cuadernos de Actualización Jurídica* 3 (2006), p. 247; en el mismo sentido: VIDAL, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil*, en CORRAL, H. - RODRÍGUEZ, M. S. (editores), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis, 2006), p. 527.

¹⁷ En otras palabras, la preclusión del derecho a ejercer una acción y remedio sólo se produce si con ello se afecta la confianza legítima generada en el deudor, como ocurriría con la pretensión resolutoria si habiéndose demandado el cumplimiento el deudor ha iniciado oportuna y diligentemente la actividad dirigida a ejecutar la prestación.

¹⁸ Sobre el sistema de acciones como una forma de asignación de riesgos, PANTALEÓN, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, en *Anuario de Derecho Civil* (1991), p. 1020; en el mismo sentido: ATIYAH, P. S., *Contracts, Promises and Obligations* (1978), en *Essays on Contract* (Oxford, Oxford University Press, 1986), p. 37. En la misma dimensión de una adecuada ordenación de riesgos deben ser entendidas las cargas que se imponen al acreedor en virtud del principio de buena fe, en protección del interés legítimo del deudor a que la obligación indemnizatoria que le impone su propio incumplimiento no sea agravada por la falta de colaboración del acreedor (al respecto, véase el artículo 77 CISG. y el estudio de VIDAL, Álvaro, en esta misma obra). Es interesante tener en consideración en la materia las cargas de la víctima en sede extracontractual; al respecto, véase: BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extrcontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 428.

¹⁹ PANTALEÓN, Fernando, cit. (n. 14), p. 1019.

conceden. El conjunto de remedios configura la posición jurídica del acreedor y da forma práctica a su derecho de crédito que tiene su fuente en el contrato. Este juego recíproco entre el crédito, la noción de incumplimiento y las acciones y remedios da forma a la institución del contrato en cada tradición jurídica²⁰.

A su vez, conviene tener presente que las diferencias entre las acciones y demás remedios no radican en que existan diversos tipos de incumplimiento, sino en los diferentes requisitos de ejercicio que son propios de cada tipo de acción o remedio²¹.

II. JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN DE EJECUCIÓN EN NATURALEZA

1. La relación contingente entre la obligación primaria de cumplir la prestación y la acción de ejecución en naturaleza o en valor

La existencia de una obligación contractual, en cuyo cumplimiento tiene interés el acreedor, no necesariamente conduce a que el Derecho reconozca una acción de ejecución forzada cuyo objeto sea que el acreedor obtenga satisfacción de su interés contractual directo expresado en la prestación. Desde un punto de vista económico, la obligatoriedad del contrato es compatible con diversos conjuntos de acciones y remedios, de modo que cada acción o remedio debe ser justificado por la función que cumple o por razones de justicia²². Tampoco desde el punto de vista de la justicia correctiva hay razón para exigir que, salvo imposibilidad, la ejecución en naturaleza esté siempre disponible, porque, al menos en algunos casos, es defendible que la solución más justa para el incumplimiento contractual sea la reparación indemnizatoria. En principio, es la concepción del contrato como promesa la que más estrechamente se asocia al reconocimiento de esta acción.

²⁰ Un excelente desarrollo conceptual de las relaciones entre *derechos* que nacen del contrato (fase correlativa al deber de conducta) y los *remedios* que el derecho reconoce al acreedor insatisfecho (fase de la responsabilidad contractual en sentido amplio) en FRIEDMANN, Daniel, *Rights and Remedies*, en COHEN, Nili - MCKENDRICK, Ewan (editores), *Comparative Remedies for Breach of Contract* (Oxford - Portland, Or., Hart, 2005), p. 3.

²¹ MORALES MORENO, A. M., cit. (n. 12), p. 17 (29). Este autor avanza en la dirección de un concepto unitario y objetivo de incumplimiento, caracterizado por la insatisfacción del interés contractual del acreedor y no en el defecto de conducta del deudor (siguiendo el criterio del artículo 8.101 de los *Principios* y 7.1.1. de Unidroit). La cuestión no es posible de analizar en el marco de esta ponencia, pero plantea una pregunta mayor al Derecho de las acciones y remedios contractuales; en particular, si es posible una noción unitaria de incumplimiento construida a partir de las obligaciones de dar, típicas de la compraventa.

²² CRASWELL, R., cit. (n. 10), pp. 19, 43.

2. Argumentos para discutir la acción de ejecución en naturaleza

Diversos argumentos se han planteado para poner en duda este derecho de satisfacción en naturaleza. Por un lado, se ha expresado que la ejecución forzada impone una carga excesiva a la libertad personal, porque supone que el deudor sea obligado coactivamente a realizar una prestación; en consecuencia el único remedio disponible debiera ser, en principio, la indemnización de perjuicios²³. En segundo lugar, se han sostenido doctrinas que propugnan que se niegue valor vinculante a ciertas promesas contractuales que aún no han sido ejecutadas, de modo que en tales casos sólo debiera resultar relevante el perjuicio sufrido a consecuencias de la confianza puesta en el contrato, pero no el interés contractual positivo, que está representado tanto por la ejecución en naturaleza como por la indemnización del lucro cesante (daños relacionados con las expectativas de beneficio del acreedor)²⁴. Finalmente, algunos teóricos del análisis económico del Derecho han sostenido la doctrina del llamado incumplimiento eficiente, en cuya virtud es más beneficioso para el bienestar general que no se dé lugar a la ejecución forzada, porque puede ocurrir que para el deudor resulte más costoso ejecutar lo convenido que indemnizar al acreedor, mientras que éste siempre puede quedar satisfecho plenamente por medio de la reparación indemnizatoria²⁵.

²³ En esencia, es este el sistema de acciones que reconoce el "Common Law"; en esa tradición sólo excepcionalmente, como remedio proveniente de la "Equity", se reconoce una acción en naturaleza cuando el interés contractual del acreedor así lo exige en justicia y con ello no se ve afectada la libertad personal del deudor (como ocurre, por ejemplo, con la obligación de entregar un inmueble vendido). El más conocido desarrollo de esta doctrina en HOLMES, Oliver, *The Common Law* (trad. F. Barranco de la 45ª ed. inglesa, 1964), cap. VIII, para quien "la única consecuencia universal de una promesa jurídicamente obligatoria es que el Derecho hace que el deudor pague los daños y perjuicios si el acontecimiento prometido no ocurre" (p. 268).

²⁴ Estas doctrinas, que tienen su origen en los canonistas, fueron especialmente desarrolladas por Tommaso de Vio (Cayetano), en su comentario a Tomás de Aquino, argumentando que la justicia correctiva sólo justificaba una acción si el demandado había quedado peor de lo que estaba antes, lo que sólo haría indemnizable el daño emergente [referido por GORDLEY, James, cit. (n. 5), p. 293]. En época más reciente estas ideas recobraron vigor, al menos respecto de ciertos contratos; véase especialmente: FULLER, Lon - PERDUE, William, *The Reliance Interest in Contract Damages*, en *Yale Law Review* (1936), p. 52; y en ATIYAH, P. S., *Contracts, Promises and Obligations* (1978), recopilado en *Essays on Contract* (Oxford, Oxford University Press, 1986), p. 10.

²⁵ POSNER, Richard, *Análisis económico del Derecho* (1992, trad. E. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 128. La doctrina es discutible incluso desde un punto de vista económico, ante todo, porque no atiende suficientemente al valor social que tiene proteger la confianza en el cumplimiento de los contratos; en seguida, porque si bien en el "Common Law" la acción indemnizatoria no tiene por requisito la culpa del deudor, sino objetivamente la infracción del contrato, para el acreedor suele ser riesgosa y costosa la prueba de los perjuicios y, además, debe soportar molestias y turbaciones que no son comprendidas usualmente en la indemnización; por eso, la denegación de una acción en naturaleza priva al acreedor de una ventaja que es consistente con la economía del contrato (al respecto, SCHWARTZ, Alan, *The Case for Specific Performance*, en *Yale Law Journal* (1979), p. 276).

3. Razones para dar lugar a la acción de ejecución en naturaleza

Sin embargo, la tendencia doctrinaria dominante es a preferir las razones para dar lugar a la pretensión de cumplimiento en naturaleza. Es interesante que la discusión sea particularmente intensa en la tradición del "Common Law", donde tradicionalmente no se la ha reconocido.

En primer lugar, la pretensión en naturaleza permite al acreedor obtener de una manera simple el interés directo del acreedor en lo que se le prometió, sin otro requisito que el mero incumplimiento. La ejecución en naturaleza permite que coincidan el derecho subjetivo afectado y la acción que lo protege²⁶, porque el cumplimiento de la obligación, tal cual fue pactada, constituye la principal pretensión del acreedor: "La esencia del contrato es su cumplimiento. Los contratos son celebrados para que sean cumplidos. Usualmente es este el único fundamento para celebrarlo. Lo común es que una persona convenga un contrato porque está interesado en obtener aquello que la otra parte le tiene que prestar y porque atribuye mayor valor a esa prestación de la otra parte que al costo y dificultades en que deberá incurrir para obtenerlo por otra vía"²⁷. Además, es posible que el acreedor conciba la prestación como única, de modo que no le sea en absoluto equivalente recibir con una suma de dinero²⁸; así, por ejemplo, puede ocurrir con la obligación de entregar ciertos documentos o con la obligación implícita y conexa a la obligación principal del deudor de dar información acerca del funcionamiento de una máquina que ha vendido.

Nuestros ordenamientos civil y procesal reconocen dos pretensiones de prestación en naturaleza dirigidas a que la prestación sea obtenida del propio deudor: la acción dirigida hacia el cuerpo cierto en poder del deudor y los apremios al deudor de una obligación de hacer (artículos 438 N° 1 y 543 CPC., en relación con 1553 regla 1ª CC.). Pero, por lo general, al acreedor le basta o prefiere recibir sólo el valor de lo que se le debe. Esta pretensión le es generalmente reconocida en el Derecho chileno. La sola excepción es el caso del cuerpo cierto que se encuentra en poder del deudor, en que el acreedor sólo puede hacer recaer la ejecución en la cosa individual debida. De ello se sigue una segunda ventaja de la acción de ejecución en naturaleza: tiene la

Continuación de la nota ²⁵

Una opinión crítica a la doctrina del incumplimiento eficiente es expuesta con simplicidad en COOTER, Robert - ULEN, Thomas, *Derecho y economía* (2ª ed., trad. E. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 306; una reciente exposición crítica en CRASWELL, R., cit. (n. 10), p. 19.

²⁶ UNBERATH, Hannes, cit. (n. 11), p. 220.

²⁷ FRIEDMANN, Daniel, *The Performance Interest in Contract Damages*, en *Law Quarterly Review* (1995), p. 629.

²⁸ GORDLEY, James, cit. (n. 6), p. 388.

virtualidad de recaer en la cosa objeto del contrato o en su valor de mercado, con la consecuencia de que usualmente el acreedor puede obtener la satisfacción del interés contractual personalmente del deudor o en el mercado a costa del deudor²⁹.

En tercer lugar, la acción no tiene por requisito que el deudor haya actuado impropriamente y es por completo independiente de las razones por las que el deudor dejó de cumplir; si se acredita el crédito contractual exigible, la acción sólo puede fracasar si el cumplimiento resulta imposible (por pérdida del cuerpo cierto debido o por imposibilidad absoluta de que la prestación sea ejecutada)³⁰. En verdad, la acción de ejecución en naturaleza es menos exigente en materia probatoria y, en general, presenta menos incertidumbres que la indemnizatoria. Sólo se requiere tener un título ejecutivo y, a falta de éste, la declaración judicial que sirve de tal. Y en el juicio ejecutivo la obligación suele transformarse en una obligación de dinero, cuyo valor corresponde al precio de mercado de la prestación. Así, se evitan riesgos de incertidumbre acerca de la prueba de la culpa y la evaluación de los perjuicios; a lo más se exige una gestión de evaluación de la prestación (en las obligaciones de hacer) o del objeto de la prestación (en las obligaciones de dar y de entregar) (artículos 438 N° 3 y N° 4; 536 y ss. CPC.).

En cuarto lugar, la acción de cumplimiento en naturaleza o en valor sirve como remedio para cualquier tipo de incumplimiento. En la medida que se acepte un concepto unitario de incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o incompleto también pueden dar lugar a la pretensión del acreedor de que el defecto sea corregido o la prestación completada. En principio, sólo el atraso no puede ser remediado en naturaleza; a su vez, sin embargo, la mora en el cumplimiento de obligaciones de dinero da lugar a una indemnización que se asemeja estructuralmente a la ejecución en valor del costo financiero del atraso, porque cuando se cobran intereses no es necesario probar perjuicios ni es relevante la culpa del deudor (artículo 1559 regla segunda CC.).

4. Límite a la ejecución en naturaleza en obligaciones de hacer: lesión excesiva a la libertad personal del deudor

Un problema especial plantea la acción de cumplimiento dirigida contra la persona del deudor cuando supone una interferencia excesiva en su liber-

²⁹ Conviene tener presente que salvo el caso de la especie o cuerpo cierto que se encuentran en poder del deudor, el acreedor tiene la facultad en el derecho chileno de transformar la obligación en una de valor al momento de la ejecución (artículos 1553 regla 2ª CC. y 438 y 536 CPC.).

³⁰ BARROS, Enrique, *La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el Derecho de los contratos*, en CORRAL, H. - RODRÍGUEZ, M. S. (editores), *Estudios de Derecho civil* (Santiago, LexisNexis, 2007), II, p. 735.

dad. Este es el caso paradigmático que se invoca en el Derecho del "Common law" para discutir en general la procedencia de la acción³¹; en la tradición del Derecho civil también suelen haber restricciones a una acción general de ejecución forzada dirigida a la persona del deudor en el caso de obligaciones de hacer³²; y en el Derecho chileno, el juez tiene una facultad prudencial para dar lugar a los apremios personales a que se refiere el artículo 1553 CC.³³ En general, sea por la vía de una regla o de un conjunto de limitaciones al objeto de la ejecución forzada, los sistemas legales aceptan el principio de que no pueden ser ejecutadas en naturaleza las obligaciones de hacer, si con ello se impone una carga excesivamente severa a la libertad personal; de ello no se sigue, sin embargo, que esta limitación deba traducirse en regla, porque significaría poner en duda la fuerza coactiva de las acciones contractuales³⁴.

5. Mirada comparada

Esta aproximación es dominante en el Derecho contemporáneo de los contratos, como incluso se muestra en la potente discusión orientada a fortalecer la acción en naturaleza en la tradición del "Common law". Lo mismo vale en el más importante texto de Derecho internacional privado material, como es la Convención de las Naciones Unidas sobre *Compraventa internacional de mercaderías* (CISG.), ratificada por Chile en 1990, y que forma parte de nuestro Derecho vigente (artículo 46. 1); la convención ha previsto la acción de cumplimiento en naturaleza no sólo para casos de incumplimiento total, sino también de cumplimiento imperfecto, que da lugar a pre-

³¹ Como se ha señalado, en el "Common Law" la regla es que no procede la ejecución en naturaleza, pero como correctivo de la "Equity" es aceptada cuando no se afecta la libertad personal del deudor y la indemnización no es suficiente para satisfacer el interés contractual del acreedor HARRIS, Donald - CAMPBELL, David - HALSON, Roger, *Remedies in Contract and Tort*, Cambridge (Cambridge University Press, 2005), p. 154].

³² En el Derecho francés, el artículo 1142 CCFr. establece que el incumplimiento de una obligación de no hacer se traduce en la de indemnizar los perjuicios; sin embargo la doctrina ha evitado extraer consecuencias demasiado generales y ha admitido la ejecución en naturaleza respecto de numerosos tipos de obligaciones de hacer (como la de celebrar un acto jurídico o la de entregar la cosa arrendada); a ello se agrega la generalización del medio económico indirecto de apremio, la "astreinte" [TERRÉ, François y otros, cit. (n. 13), pp. 1036, 1044]; en el Derecho alemán, el resultado es también similar, porque se admite el apremio personal sólo respecto de hechos que pueden ser privativamente realizados por el deudor y no pueden transformarse en una obligación de valor, como ocurre con la ejecución de un acto jurídico o la entrega de información; por el contrario, no procede la ejecución en el caso de servicios personales [MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht*, I: *Allgemeiner Teil* (13ª ed., München, Beck, 2002), p. 13].

³³ De acuerdo con el artículo 543 CPC, si el acreedor pide apremio contra el deudor al juez, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, de modo que el requerimiento puede transformarse en un equivalente patrimonial.

³⁴ KIMEL, Dori, cit. (n. 7), p. 96.

tensiones de entrega sustitutiva o reparación de la cosa defectuosa (artículo 46. 2 y 3 CISG.). Es también la regla que han adoptado los *Principios del Derecho europeo de los contratos* (PDEC.) (capítulo IX, especialmente artículos 9.101 y 9.102)³⁵.

III. FINES Y DIFICULTADES DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA: EL CAMINO HACIA LIMITAR LAS CAUSALES DE EXONERACIÓN

1. *Justificación de la acción indemnizatoria*

El alcance de la acción indemnizatoria puede ser analizado a la luz de razones de justicia conmutativa y de eficiencia preventiva. Si se le define a partir del derecho subjetivo del acreedor a la prestación, es razonable esperar que la reparación alcance todo su interés contractual; sin embargo, también se ha pretendido limitarlo al daño de confianza efectivamente sufrido, negando la reparación del interés positivo que el acreedor tiene en el crédito, al menos en ciertos casos³⁶. Desde el punto de vista económico, como se ha visto en la sección anterior, la acción indemnizatoria es aceptada como la regla general de protección del interés contractual.

La indemnización de perjuicios tiene la ventaja de que cubre todos los daños que no son reparables en naturaleza o que exceden el valor de la prestación. Pero es mucho más costosa de llevar adelante (costos procesales) y, además, es más riesgosa (riesgo de error judicial). En comparación con la acción de ejecución forzada, en la tradición del Derecho civil la pretensión indemnizatoria se encuentra con dificultades, que pueden ser severas, en lo relativo a las condiciones de ejercicio y a cuestiones probatorias (además de los costos que el acreedor sufre por la demora, de los gastos para hacer valer su pretensión y de los aludidos riesgos de un error judicial). Por eso, la acción indemnizatoria debe ser contrastada con el remedio resolutorio, que, en general, es mucho más expedito y menos riesgoso.

Las diferencias también juegan a favor del acreedor, como se muestra correlativamente en los riesgos que la obligación indemnizatoria envuelve para el deudor: la indemnización comprende el daño efectivamente sufrido por el acreedor a resultas del incumplimiento (interés negativo), las expectativas de beneficios que el contrato le habría reportado si se hubiese ejecutado en tiempo y forma debidos (interés positivo), además del daño moral que pertenece al ámbito de riesgo contractual. En otras palabras, a pesar de la

³⁵ Sobre el alcance de la pretensión de cumplimiento en naturaleza, VIDAL, Álvaro, cit. (n. 13), p. 529.

³⁶ Sobre esta discusión, más arriba, II, 2 y nota 25.

limitación de la indemnización a los daños previsibles (que aquí no se analiza)³⁷, la reparación indemnizatoria puede superar en mucho al valor de la prestación incumplida.

Del discernimiento del alcance y finalidad de la indemnización también se sigue la necesidad de revisar las condiciones de su ejercicio sean más o menos amplias; y, recíprocamente, lo mismo vale para las defensas que el Derecho reconoce al deudor para excusarse, que son distintas a las que resultan admisibles respecto de la ejecución forzada y de la resolución.

La materia, que es la más compleja en el Derecho de las acciones y remedios contractuales, no puede ser abordada en esta comunicación, aunque sistemáticamente debiere serlo en una investigación conjunta de los efectos del incumplimiento contractual. Con todo, quisiera referirme a un aspecto estructural de esta acción, como es la posibilidad de exoneración que el Derecho reconoce al deudor que ha incumplido una obligación contractual.

2. *Las causales de exoneración admisibles al deudor como criterio de imputación subjetiva. El caso de las obligaciones de resultado*

Mientras la acción para pedir el cumplimiento en naturaleza, sea que esté dirigida a la prestación contractual por el propio deudor o devenga en una obligación de valor en dinero, no tiene más requisito que se tenga por acreditado el hecho del incumplimiento, la indemnización de perjuicios está construida sobre el supuesto del incumplimiento atribuible a la culpa del deudor³⁸. Y por mucho que ésta se presuma, se plantea la incertidumbre respecto de las causales de exoneración de responsabilidad que al deudor le es admitido alegar. Sólo en el caso de incumplimiento de obligaciones de dinero la responsabilidad es estricta (artículo 1559 CC.).

En principio, el deudor puede exonerarse probando diligencia o caso fortuito de conformidad con la regla del artículo 1547 CC. Sin embargo, conviene intentar algunas calificaciones en materia de obligaciones de resultado, en que el incumplimiento claramente se muestra en la insatisfacción del interés que el acreedor perseguía mediante el contrato³⁹. La pregunta crucial se refiere a quien soporta el riesgo de que el incumplimiento se deba a un evento diferente del caso fortuito. Entendido el incumplimiento obje-

³⁷ Sobre la función y alcance de la previsibilidad como límite del riesgo contractual del deudor que no actúa de mala fe, PANTALEÓN, Fernando, cit. (n. 18), p. 1027.

³⁸ Una mirada comparada entre las acciones en BARROS, Enrique, cit. (n. 30), p. 727.

³⁹ MORALES MORENO, A. M., cit. (n. 12), pp. 29 y ss.

tivamente como insatisfacción del interés del acreedor, queda al alcance de la mano asumir que la infracción al deber contractual se muestra precisamente en no haberse obtenido ese beneficio. En estos casos, el propio incumplimiento puede ser imputado subjetivamente al deudor en la forma de una especie de culpa infraccional, que sólo admite como excusa la prueba del caso fortuito por el deudor (lo que abre, es cierto, otro ámbito de análisis y discusión)⁴⁰. Es la tendencia adoptada desde antiguo en el "Common law", por la doctrina española, por la jurisprudencia francesa y por las normas de Derecho uniforme⁴¹.

3. El riesgo que naturalmente asume el deudor como criterio de imputación subjetiva

Una importante tarea dogmática es que la interpretación de las normas vigentes sobre el alcance y los límites de la responsabilidad contractual, así como las modificaciones legales o interpretaciones *de lege ferenda*, estén dirigidas por criterios que permitan efectuar una correcta atribución de riesgos

⁴⁰ La cuestión se plantea en términos análogos a la responsabilidad extracontractual, donde la antijuridicidad del daño y la ilicitud de la conducta pueden confundirse en juicio de imputación subjetivo que carece de toda referencia a un juicio moral respecto del sujeto; la diferencia radica en que el ámbito de riesgo que el deudor soporta está dado por la previsibilidad del daño y de las dificultades que plantea el cumplimiento; un lúcido análisis en este sentido, en PANTALEÓN, Fernando, cit. (n. 18), p. 1066.

⁴¹ En el "Common Law" se suele decir que la acción indemnizatoria no tiene otra condición que el incumplimiento, de modo que es innecesaria la calificación de las razones [HARRIS, Donald y otros, cit. (n. 31), p. 73]; de este modo, las restricciones a la procedencia de la ejecución en naturaleza son compensadas por el carácter estricto de la responsabilidad por daños y perjuicios. En el derecho español la tendencia doctrinaria más valiosa considera que la responsabilidad contractual sólo puede ser excusada por eventos de caso fortuito [PANTALEÓN, Fernando, cit. (n. 18), p. 1019; MORALES MORENO, A. M., cit. (n. 12), p. 17]. La jurisprudencia francesa ha estimado inadmisibles la prueba de ausencia de culpa como causal exoneratoria de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de resultado, de modo que el deudor debe probar que el incumplimiento fue causado por una causa extraña que no le es imputable [Terré, François y otros, cit. (n. 13), p. 558]; en el artículo 8:103 PDEC., sólo se acepta la excusa si se prueba que el incumplimiento se debió a un impedimento fuera del control del deudor y que no se podía suponer razonable que fuera previsto en el momento de la conclusión del contrato, ni tampoco que fuera superado o evitado; es el mismo criterio que antes siguió el artículo 79 CISG. (D.O. de 3 de octubre de 1990); la reforma de 2003 al BGB. no abandonó la noción de incumplimiento como infracción a un deber contractual y confirmó la culpa como el criterio de responsabilidad, pero la jurisprudencia es muy exigente al momento de juzgar que el incumplimiento no le es imputable al deudor, sobre la base de criterios objetivos que atienden a los requerimientos de eficacia y seguridad del tráfico [MEDICUS, D., cit. (n. 32), p. 153]; a su vez, en obligaciones de género el deudor asume una obligación de garantía (BGB, § 276 I). Un ensayo de interpretación objetiva de las normas sobre responsabilidad contractual en el derecho chileno, en BARAONA, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños. Apuntes para una teoría objetiva*, en *Revista Chilena de Derecho* (1997), p. 152.

contractuales. Todo indica que en esa tarea son importantes los aspectos funcionales, a los que atiende el análisis económico del contrato. Sin embargo, aún más importante es atender a lo que las partes de un contrato pueden razonablemente esperar una de la otra, porque al fin de cuentas se trata de una relación de Derecho Privado en que las normas legales son naturalmente dispositivas.

Para llegar a determinar el contenido de la obligación contractual, bajo este criterio, no es necesario reconstruir una voluntad supuesta de las partes. Más bien conviene atender objetivamente a lo que el deudor podía esperar como riesgos propios en la ejecución de su prestación en un contrato de ese tipo. Este enfoque da cuenta de que es el deudor quien asume voluntariamente su obligación, en un horizonte de lo que previsiblemente puede suceder. Desde esta perspectiva, es el deudor quien asume las vicisitudes que podrían dificultar o encarecer su prestación, aunque espere que no lleguen a suceder⁴².

Si se asume este enfoque, es posible concluir, al menos en las obligaciones de resultado, que el deudor debiera ser responsable de todo evento que quede bajo su control. Si el acreedor no obtiene el beneficio que le ha sido garantizado debiera tener una pretensión indemnizatoria, salvo que el cumplimiento haya sido imposible por una causa no atribuible al deudor. Bajo este supuesto, la responsabilidad es un camino más expedito y seguro para que el acreedor pueda hacer valer por la vía indemnizatoria la expectativa normativa que le nace del contrato. A su vez, desde el punto de vista del deudor, su ámbito de la responsabilidad está dado por los riesgos previsibles que pueden ocurrir con ocasión del cumplimiento, con la consecuencia de que es responsable del resultado, a menos que haya intervenido caso fortuito. Por lo mismo, debe entenderse que recae sobre el deudor la carga de negociar limitaciones de responsabilidad respecto de los riesgos previsibles que no quisiera asumir.

Las consideraciones anteriores permiten también llevar los riesgos del deudor al ámbito de la causalidad. Las dudas acerca de la causa efectiva del incumplimiento son naturalmente soportadas por el deudor. En consecuencia, para liberarse de responsabilidad, al deudor no le basta probar que ha empleado diligencia, pero que por una causa desconocida se produjo el incumplimiento, sino debe probar la causa de ese incumplimiento y mostrar que ella supera el ámbito de riesgo asumido en virtud del contrato. En otras palabras, la vaga afirmación de que el incumplimiento se produjo por ausencia de culpa no puede ser tenida por excusa suficiente.

⁴² PANTALEÓN, Fernando, cit. (n. 18), p. 1065, con referencia especialmente al artículo 97 CISG.

4. *Conveniencia de analizar los elementos de la responsabilidad contractual desde la perspectiva de los riesgos que naturalmente asume el deudor: obligaciones de medio y resultado*

Aunque en la tradición jurídica del pragmatismo se sostenga que los remedios reconocidos por la ley son los que definen los derechos de las partes, hay buenas razones para pensar a la inversa, esto es, que el remedio indemnizatorio debe ser lo suficientemente eficaz para cuidar los derechos del acreedor y la propia institución del contrato.

El criterio de atribución de responsabilidad sobre la base de los riesgos que caen en el ámbito de control del deudor y que, por consiguiente, están bajo el dominio de su capacidad de acción, es consistente con las ideas rectoras de que el deudor se obliga a la prestación y que garantiza al acreedor, dentro de ese ámbito de riesgo asumido en virtud del contrato, la reparación de los daños que se siguen del incumplimiento.

Con todo, conviene cuidarse de una generalización excesiva en la materia. Del mismo modo como en nuestra tradición el Derecho de obligaciones tempranamente se construyó como disciplina general teniendo en vista el modelo de la compraventa (como claramente se muestra en Pothier), la construcción de un nuevo Derecho común, mucho más diferenciado que el tradicional, también se ha producido a partir de ese contrato, que típicamente da lugar a obligaciones de resultado⁴³.

Todo indica, sin embargo, que la cuestión se plantea de manera diferente (incluso en lo que se refiere al concepto de incumplimiento) respecto de las obligaciones de medios. En las obligaciones de resultado es inequívoco que el acreedor tiene derecho a que le sea provocado por el deudor el interés económico perseguido: que le sea traspasado el dominio y garantizada la posesión pacífica, que la cosa le sea entregada oportunamente y que tenga las calidades prometidas. En las obligaciones de medios la expectativa normativa del acreedor se dirige a que el deudor realice los esfuerzos conducentes a obtener esos beneficios perseguidos. En otras palabras, estos últimos no pertenecen al ámbito de responsabilidad del deudor. Por lo mismo, el incumplimiento no puede ser definido como la insatisfacción del interés que el acreedor perseguía por medio de la prestación del deudor⁴⁴. Por lo mismo, es

⁴³ Conviene recordar que los fundamentos de derecho comparado que sirven de base a los estudios y convenciones sobre derecho uniforme de los contratos encuentran su antecedente en la obra de RABEL, Ernst, cit. (n. 9) sobre derecho comparado de la compraventa.

⁴⁴ Una reseña introductoria de las cuestiones lógicas que plantea la diferencia entre obligación primaria y responsabilidad en las obligaciones de medios en BARROS, Enrique, cit. (n. 18), p. 657; la

difícil aceptar que los riesgos son asumidos por el deudor de la misma manera en ambos tipos de obligaciones.

IV. SENTIDO Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN COMO REMEDIO CONTRACTUAL

1. *Finalidades de la resolución y requisitos para que el contrato quede resuelto*

Las principales finalidades prácticas de la resolución para la parte cumplidora son liberarse de su propia obligación y poner término a la relación contractual. La razón de esta pretensión es haber visto insatisfecho su interés contractual. La resolución evita al acreedor riesgos mayores a consecuencias del incumplimiento y le posibilita obtener por una vía distinta al contrato que se resuelve el beneficio que perseguía al celebrarlo. A ello se agrega que en la contratación moderna es usual que las relaciones sean despersonalizadas⁴⁵, de modo que perdida la confianza se suele querer que la relación termine y sólo se espera tener derecho a que le sea restituido lo que se ha dado. La resolución permite al acreedor mirar hacia delante sin quedar ligado por un contrato que no le ha proporcionado ni le promete el beneficio esperado.

La ventaja de la resolución radica precisamente en que no se plantean las delicadas cuestiones del juicio indemnizatorio (tales como la exigencia de previsibilidad del daño, la prueba del lucro cesante, las incertidumbres acerca de la imputabilidad del incumplimiento o los límites del daño directo indemnizable). Por eso, el acreedor puede tener motivos para preferir la mera resolución, a pesar de tener una pretensión indemnizatoria más extensa que las meras acciones restitutorias a que da lugar la resolución⁴⁶. En definitiva, aunque son compatibles el interés por la resolución y por la indemnización puede ocurrir que al acreedor le baste la primera, porque en la elección de los caminos legales para enfrentar el incumplimiento no sólo le resulta relevante la pretensión en sí misma, sino también el tiempo que requerirá obtener lo pretendido, el riesgo de que no se logre probar lo que se tiene por cierto y los

Continuación de la nota ⁴⁴

distinción de origen francés entre obligaciones de medio y resultado ha pasado a ser vista con creciente interés en el Derecho alemán respecto de las obligaciones de hacer, especialmente las provenientes de contratos de prestación de servicios, en oposición a los contratos de obra (un análisis ejemplar en WENDEHORST, Christiane, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen*, en *Juristenzeitung* (2006), pp. 205 (248, 269).

⁴⁵ KIMEL, Dori, cit. (n. 7), pp. 78 y ss.

⁴⁶ HARRIS, Donald y otros, cit. (n. 32), p. 232; sobre la acción restitutoria como forma de obtener los beneficios injustamente obtenidos en razón del incumplimiento, *ibíd.*, p. 262.

costos en que deberá incurrir para obtener lo pretendido⁴⁷. Por otro lado, como lo plantea el artículo 1489 CC., la resolución debe ser entendida como un remedio funcionalmente alternativo a la ejecución forzosa, porque es altamente probable que ante el incumplimiento el deudor prefiera poner término a la relación contractual en vez de persistir en el cumplimiento⁴⁸.

Por eso, la tendencia general del Derecho comparado es a someter la resolución a requisitos más bien elementales desde el punto de vista formal, bajando los riesgos para el acreedor y favoreciendo un procedimiento expedito de resolución que le permite un eficiente 'borrón y cuenta nueva'. Por el contrario, un régimen alambicado para poner término al contrato altera los riesgos en perjuicio del acreedor, en circunstancias que todo indica que desde el punto de la justicia conmutativa, como de la eficiencia de los remedios la resolución debiere ser un camino expedito para el acreedor cumplidor.

Estas ideas están en el trasfondo de la evolución del Derecho privado comparado y uniforme en materia de resolución en las últimas décadas y muestran la urgente necesidad de repensar sistemáticamente la cuestión en el Derecho chileno. A efectos prácticos el breve análisis estará dividido en cuatro cuestiones principales: la frontera entre la resolución y la norma sobre riesgos de la cosa debida, los requisitos para que proceda la resolución, la forma como la resolución es declarada y la facultad del deudor de salvar la relación contractual.

2. Resolución y riesgos

En el Derecho chileno, la norma sobre riesgos de la cosa debida del artículo 1550 CC. establece un criterio difícilmente sostenible como regla general. En la medida que perezca fortuitamente la cosa que se debe el riesgo es del acreedor, el solo incumplimiento no da lugar en tales casos a resolución, porque el contrato sigue siendo eficaz, aunque el acreedor nada reciba. Esta norma, que tiene sus orígenes en la compraventa y que en el antiguo Derecho francés se la tuvo por excepcional, fue generalizada por el artículo 1138 CCFr.⁴⁹, donde adquiere especial sentido por la circunstancia,

⁴⁷ Estas consideraciones prácticas que suelen desaparecer del horizonte interno de la dogmática civil han sido destacadas por el análisis económico de los remedios contractuales; así TULLOCK, Gordon, *The Logic of the Law* (New York, Basic Books, Inc., 1971), p. 35, con énfasis en el riesgo de error judicial; una referencia general a estas cuestiones en UNBERATH, Hannes, cit. (n. 11), p. 201.

⁴⁸ PENAILLO, Daniel, *Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 397.

⁴⁹ PLANIOL, Marcel, con la colaboración de RIPERT, Georges, *Traité élémentaire de Droit Civil* (2ª edición, LGDJ., Paris, 1926), p. 477; la regla fue conocida en el derecho romano, aunque existe discusión acerca de su justificación [ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town, Juta/Kluwer, 1990), p. 281].

referida expresamente en esa disposición legal francesa, de que el contrato opera como una forma de transferir el dominio.

En otras palabras, la norma del artículo 1550 CC. es discutible, porque hace recaer los riesgos en quien no los controla; y, en todo caso, es especial. En consecuencia, no es razonable extenderla a otros tipos de obligaciones, especialmente en materia de obligaciones de hacer. Como se reconoce desde antiguo en el propio Derecho francés y en general en el Derecho comparado, la regla general es que los riesgos de la obligación que deviene imposible son del deudor⁵⁰. Con esa excepción, debe entenderse, en correspondencia, que el acreedor tiene disponible el remedio de la resolución del contrato, incluso en casos de imposibilidad.

Por eso, mientras no se modifique la norma insensata del artículo 1550 CC., es conveniente que ésta sea aplicada restrictivamente, esto es, sólo a obligaciones de dar un cuerpo cierto. De esta manera la cuestión de riesgos, tal como ha sido tradicionalmente concebida, sólo se plantea en un tipo preciso de obligaciones. En consecuencia, incluso la imposibilidad fortuita no se opone al derecho a pedir la resolución.

3. El solo incumplimiento como requisito de la resolución

La resolución es un remedio contractual que protege el interés del acreedor insatisfecho en no persistir en la relación contractual o como una especie de sanción al deudor incumplidor. Desde el punto de vista activo, es el contrapunto de la excepción de contrato no cumplido. En la doctrina suele no haber mayor discernimiento sobre esta materia y se la tiende a concebir bajo el requisito de la imputabilidad del incumplimiento al deudor, esto es, como una sanción. Por eso, se ha tendido a homologar los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria con los de la resolutoria, exigiéndose que el incumplimiento sea imputable al deudor⁵¹.

Sin embargo, una vez despejada la cuestión hermenéutica acerca del alcance de la doctrina de los riesgos, se puede discernir la función del remedio resolutorio y mirar hacia el Derecho comparado y uniforme a efectos de interpretar el Derecho vigente. Ante todo, el hecho de que la resolución pueda ir acompañada de indemnización de perjuicios, según el artículo 1489 CC., nada agrega como argumento respecto de los requisitos de procedencia del remedio contractual, pues se trata de acciones compatibles que pueden tener requisitos

⁵⁰ PLANIOL, Marcel, cit. (n. 49), p. 476; sobre el Derecho Comparado: § 4 c siguiente.

⁵¹ ALESSANDRI, Arturo, *De la compraventa y la promesa de venta* (1918, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), II, § 1654; CLARO SOLAR, Luis, *Derecho Civil chileno y Comparado* (Santiago, Nascimento, 1936), X, § 164; ABELIUK, René, *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), I, 418; PENAILLO, Daniel, cit. (n. 48), p. 411.

diferentes. Así ocurre también con la concurrencia acumulativa de la acción de ejecución forzada y la indemnizatoria, a que hace referencia la misma norma del artículo 1489 CC. A ello se agrega que no conviene confundir, como lo hizo tradicionalmente la doctrina, la mora con el incumplimiento imputable a la mora es la situación jurídica de incumplimiento, que puede o no ser imputable al deudor, de modo que aunque se acepte que la resolución requiere mora, de ello no se sigue que el incumplimiento deba ser imputable al deudor⁵². Finalmente, no se suele reparar en que las reglas sobre frutos aplicables a la resolutoria tácita son las mismas que respecto de la resolutoria ordinaria, que responde a una técnica contractual ajena a la idea de ilícito civil; esta identidad de efectos sólo se explica porque la resolución por incumplimiento y la responsabilidad contractual tienen supuestos diferentes.

Es especialmente ilustrativo en este sentido el Derecho francés, donde encuentra su fuente inmediata nuestra condición resolutoria tácita y cuya jurisprudencia, alejándose de la doctrina de los autores antiguos, ha entendido que basta el incumplimiento para que proceda la resolución⁵³. Este criterio es compartido por el artículo 49 CIGS. y por el artículo 9301 PDEC., es aceptado en la tradición del "Common law"⁵⁴, en el Derecho español⁵⁵ y ha sido confirmado luego de la reciente modificación al BGB. (artículo 323)

4. Entidad del incumplimiento que da lugar a resolución

A su vez, cualquier incumplimiento es suficiente para desencadenar la resolución, a condición de que sea significativo. Esta restricción cuida los intereses del deudor, porque impide que la resolución sea un instrumento de mala fe. El requisito de esencialidad impide que la resolución devenga en un

pretexto para deshacerse de contratos inconvenientes, desnaturalizando su función de remedio que protege el legítimo interés contractual del acreedor⁵⁶. Cumplido el requisito de esencialidad, que atiende al interés negocial del acreedor, es indiferente que el incumplimiento se deba a ejecución parcial, defectuosa o extemporánea de la obligación⁵⁷. La doctrina unitaria del incumplimiento se extiende con toda naturalidad a la resolución. La materia es por completo pacífica en el Derecho contemporáneo de los contratos⁵⁸.

5. La manera de hacer valer la resolución

El Derecho comparado conoce dos alternativas en cuanto a la forma de ejercer el derecho a poner término a la relación obligatoria: puede exigirse que la resolución sea declarada judicialmente o puede ser concebida como un derecho de configuración potestativa del acreedor, que se materializa en un acto unilateral recepticio que declara la resolución por incumplimiento. Esta última alternativa, que entre nosotros ha planteado dudas incluso respecto de la posibilidad de incluirla convencionalmente en un contrato (en razón de las normas sobre pacto comisorio en la compraventa), tiende a ser el remedio más generalmente aceptado en el Derecho comparado reciente.

Como en otras materias, también en lo que respecta a la resolución el Derecho debe elegir entre dos soluciones imperfectas. La exigencia de una acción judicial en juicio ordinario parece asegurar las pretensiones de justicia material; el derecho potestativo entregado al acreedor, satisface su interés de desligarse de una relación contractual que no le ha satisfecho en el interés que lo llevó a contratar. En un caso, la resolución resulta costosa en recursos y en tiempo y lleva envueltos los riesgos de un error procesal o judicial; en el segundo, el riesgo radica en que sea ejercida abusivamente.

En verdad, el problema está en si es justo y eficiente imponer al acreedor la carga de hacer valer en juicio su pretensión resolutoria. Si se concede al acreedor la potestad de poner término al contrato por el incumplimiento significativo de la otra parte, será el deudor quien deberá reclamar judicialmente el cumplimiento y los perjuicios que se sigan del ejercicio abusivo de esa potestad; si, por el contrario, es el acreedor quien debe iniciar un juicio, probablemente obtendrá sentencia cuando su interés contractual esté agotado y haya debido asumir el costo de obtener de un tercero su satisfacción.

⁵² PANTALEÓN, Fernando, cit. (n. 18), p. 1059. A falta de plazo convenido, la mora es en verdad el resultado de un acto formal de información por parte del acreedor, que se establece en protección del deudor [CARBONNIER, Jean, cit. (n. 13), § 1086], de modo que es independiente de los requisitos de la responsabilidad, con la consecuencia de que no se incurre en contradicción alguna al afirmarse que la resolución supone la constitución en mora, pero no requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor; los textos de los artículos 1551, 1557 y 1538 son consistentes con esta doctrina, sin que resulte justificado asumir que la mora exige un juicio normativo adicional acerca de las razones del incumplimiento [así, sin embargo, ALESSANDRI, Arturo, *Teoría de la obligaciones. Apuntes de clase de Ramón Latorre* (Santiago, El Esfuerzo, 1934), p. 81, y la mayoría de la doctrina subsecuente]; en el Derecho francés de la misma época, la mora es tratada como condición de la ejecución forzada; lo que muestra que es independiente de la culpa [PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Civil* (10^a edición, Paris, LGD), 1926], II, p. 61].

⁵³ TERRÉ, François y otros, cit. (n. 13), p. 628; el criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia por más de un siglo, excluyendo en sede de resolución la excusa de fuerza mayor, reafirmando así los diferentes requisitos y excusas aplicables a la resolución y a la acción indemnizatoria.

⁵⁴ HARRIS, Donald, y otros, cit. (n. 31), p. 51.

⁵⁵ MEORO, M. Clemente, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998), p. 448; MORALES MORENO, A. M., cit. (n. 12), p. 44.

⁵⁶ PENAILLO, Daniel, cit. (n. 48), p. 407; ABELIUK, R., cit. (n. 51), p. 418.

⁵⁷ Ibid., p. 409.

⁵⁸ Artículo 49 1 a CIGS.; artículos 8.103, 9.301 PDEC.; para el Derecho francés: TERRÉ, François y otros, cit. (n. 13), p. 630; para el Derecho español, con referencias al Derecho comparado y uniforme: MEORO, Clemente, cit. (n. 55), §§ 37 y ss.; para el Derecho alemán: *Münchener Kommentar zum BGB*. (5^a ed., 2007), II, § 323, 15 (Wolfgang Ernst).

Además, los costos de transacción que supone la resolución serán muy superiores⁵⁹. En definitiva, todo indica que la situación de riesgos se invierte dramáticamente a favor del deudor. Esta última es la situación en el Derecho chileno, al menos como ha sido entendido tradicionalmente por nuestra doctrina más reconocida.

En nuestro sistema legal se entiende que la resolución sólo se produce una vez que haya sido declarada por sentencia que causa ejecutoria pronunciada en juicio ordinario. Es el sentido que se ha dado al artículo 1489 CC., que luego de señalar que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, en el inciso segundo dispone que 'en tal caso podrá pedir el otro contratante a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios'⁶⁰. La interpretación del artículo 1489 CC., sumada a una interpretación injustificadamente extensiva de las normas restrictivas del pacto comisorio a otros tipos de contratos⁶¹, tiene por efecto poner al acreedor dispuesto a cumplir en una situación de completa asimetría respecto del deudor. Las ventajas relativas de la resolución frente a la acción indemnizatoria se desvanecen en ese contexto judicial. Más aún si se considera que también en materia procesal el Derecho chileno carece de caminos reconocidos para obtener pronunciamientos de urgencia, en la forma de medidas cautelares anticipatorias, como las que aceptan los códigos procesales más modernos⁶². La pregunta, tanto en el Derecho civil como el procesal, reside en saber si la interpretación extensiva o una jurisprudencia *de lege ferenda* pueden dar los pasos que el legislador ha omitido.

Las normas de Derecho uniforme y la evolución progresiva del Derecho comparado apuntan a concebir el derecho del acreedor como una potestad jurídica que se hace valer mediante un acto de configuración unilateral⁶³. Esta

evolución debiere ser tomada en consideración en la correcta interpretación del Derecho vigente. El artículo 1489 CC. confiere una potestad resolutoria al acreedor, que sólo da lugar a un procedimiento contencioso si es discutida por el deudor. Por lo mismo, la sentencia que se pronuncia sobre la resolución es meramente declarativa de una situación jurídica que se ha constituido al notificarse al deudor la opción por la resolución, como se verá en seguida.

6. Posibilidad del deudor de enervar la resolución con el pago

El conceptualismo desátento a los fines de la resolución por incumplimiento lleva a conclusiones por completo aberrantes al tratar la excepción de pago en el juicio resolutorio. De la afirmación de que la resolución se produce por sentencia judicial ejecutoriada la doctrina ha inferido dos importantes conclusiones: ante todo, la más elemental, que antes de que la resolución sea declarada, el contrato continúa produciendo todos sus efectos; por lo mismo, que en tanto el contrato subsiste hasta que se dicte sentencia de término, la acción puede ser enervada pagando lo debido en las épocas que establece el artículo 310 CPC., esto es, hasta la citación a oír sentencia en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda⁶⁴.

La anterior interpretación desnaturaliza por completo el interés del remedio resolutorio de proteger el interés contractual del acreedor que ha cumplido o está dispuesto a cumplir su propia obligación. Una resolución retardada por el tiempo que toma un juicio ordinario deja de ser el instrumento expedito que requiere el acreedor para terminar la relación contractual infértil y obtener de un tercero el interés contractual. Aún más grave es que el acreedor deba soportar el riesgo de que para el deudor incumplidor llegue a ser conveniente pagar, porque en medio de las cambiantes circunstancias ocurridas durante un largo pleito, le resulte ventajoso pagar la deuda y enervar la pretensión resolutoria del acreedor.

El análisis incurre en el error de confundir una norma procesal con una de naturaleza sustantiva. En efecto, corresponde al Derecho civil determinar cuando el pago es eficaz. Por eso, sólo bajo el supuesto de que el pago puede aún realizarse durante el transcurso del juicio, de acuerdo con esa norma de Derecho material, la ley procesal señala las épocas en que es posible efectuarlo dentro del juicio respectivo. Por lo mismo, debe entenderse que el derecho potestativo a pedir la resolución, que el acreedor ejerce de conformidad a la norma sustantiva del artículo 1489 CC., hace precluir la posibilidad de que el deudor pague, al menos hasta el momento en que queda trabada la litis.

⁶⁴ ABELIUK, René, cit. (n. 51), p. 421, con referencia a un entendimiento unánime de la doctrina y jurisprudencia.

⁵⁹ HARRIS, Donald, y otros, cit. (n. 31), p. 43.

⁶⁰ CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 51), § 166; ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 51), p. 168.

⁶¹ ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 51), p. 172; en contrario con fuertes argumentos, ABELIUK, René, cit. (n. 51), p. 427.

⁶² MARÍN, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 69.

⁶³ Artículos 49 CISG.; 9.301, 9.303 PDEC.; § 323 BGB.; en el "Common Law", la resolución es considerada un remedio de autotutela ("self help") que se ejerce por declaración del acreedor [HARRIS, Donald y otros, cit. (n. 31), p. 51]; incluso en el Derecho francés, donde hay norma expresa de que la resolución se produce por sentencia judicial (artículo 1184 CCFr.), la jurisprudencia ha estimado que la terminación se produce por la sola declaración del acreedor si así se ha pactado o si el acreedor tiene urgencia en poner término al contrato [BEAL, Hugh - HARTKAMP, Arthur - Kötz, Hein - TALLON, Denis, *Cases, Materials and Text on Contract Law* (Oxford - Portland, Or., Hart, 2002), p. 748]. En la doctrina chilena merece discusión la proposición de PIZARRO, Carlos, ¿Puede el acreedor poner término unilateral el contrato? en *Ius et Praxis* 13 (Talca, 2007), p. 11.

Pero también se puede ir más allá, aunque se sostenga que la resolución exige acción judicial. Como se señaló en el párrafo precedente, la interpretación tradicional del artículo 1489 CC., en el sentido de que sólo mediante la acción judicial puede ejercerse el derecho a resolver el contrato, también debiere ser revisada. La rapidez de los negocios suele requerir que la protección de la posición jurídica del acreedor sólo se logre reconociéndole un derecho potestativo y unilateral de resolución, como lo ha reconocido para casos urgentes la jurisprudencia francesa con una base legal mucho más restrictiva que la del *Código* chileno⁶⁵. En todo caso, sin embargo, la sentencia que declara la resolución no produce un efecto constitutivo, sino declarativo, de modo el ejercicio por el acreedor de la potestad resolutoria tiene efecto preclusivo respecto de una acción de cumplimiento posterior⁶⁶.

7. Algunas conclusiones interpretativas y de política legislativa

Las consideraciones iniciales de esta sección muestran que el enfoque dogmático tradicional de la resolución es por completo absurdo a la luz de los objetivos de este remedio contractual. Si se atiende a la obligatoriedad intrínseca del contrato, la técnica resolutoria aceptada tradicionalmente en nuestro Derecho entrega la subsistencia de la relación contractual al arbitrio de la parte que no merece protección; desde el punto de vista del fin instrumental del contrato de fortalecimiento del tráfico jurídico, carece de sentido que el acreedor deba incurrir en todos los costos y riesgos procesales y, además, verse expuesto a tener que perseverar en un contrato que por el hecho del deudor ya no le reporta utilidad. Por eso, las normas deben ser entendidas de una manera que haga de la resolución un medio expedito a disposición del acreedor, como progresivamente lo entienden los ordenamientos de Derecho uniforme y de Derecho comparado que se han analizado someramente en estas notas.

La CISG. y los PDEC. otorgan derechamente al acreedor el derecho a declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial del deudor y, en caso de retardo, si el vendedor no entrega las cosas debidas dentro del plazo suplementario razonable que le haya fijado el acreedor. Las normas establecen el derecho a resolver mediante un acto unilateral recepticio y al mismo tiempo protege razonablemente el interés del deudor que haya invertido en actos de ejecución (artículo 49 CISG. y artículos 9.301 y ss. PDEC.).

⁶⁵ Véase: REAL, Hugh y otros, cit. (n. 63).

⁶⁶ MEORA M., Clemente, cit. (n. 55), p. 144; cabe notar que resulta más difícil de llegar a esta conclusión en un ordenamiento como el español, donde el código autoriza al juez para decretar la resolución "a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo" (artículo 1124 III CCEsp.).

Paralelamente, ambos ordenamientos entregan al comprador el derecho a disminuir el precio de las cosas entregadas si éstas no fuesen conformes al contrato o la entrega fuere parcial, y, en ambos casos, bajo el supuesto de que los incumplimientos no sean esenciales desde el punto de vista del interés del acreedor. De esta manera, en la dimensión más general de las acciones contractuales se logra un equilibrio entre el remedio resolutorio (que puede no interesarle al acreedor que ha recibido un pago parcial o defectuoso, pero que desea conservar), el de la acción *quantum minoris* (que protege al deudor de una resolución que le puede resultar ruinosa y al acreedor de la carga de tener que demandar la resolución total a pesar de su interés en conservar la prestación recibida) y de ejecución forzada (porque nada impide que también en caso de cumplimiento parcial o defectuoso el acreedor opte por perseguir el cumplimiento en naturaleza de lo debido o la corrección de la prestación⁶⁷).

Estos principios han sido también recogidos en dos importantes ordenamientos recientes del Derecho de contratos comparado. El *Código* patrimonial holandés establecido en 1994 (artículos 6-265 ss.) y la reforma alemana al Derecho de obligaciones de 2002 (artículos 323 ss. BGB.) reconocen el derecho del acreedor a poner término a la relación contractual mediante un acto unilateral recepticio en caso de incumplimiento esencial del deudor, aunque también establecen la regla de que antes de hacerlo el acreedor debe dar un plazo razonable al deudor para que cumpla lo debido; asimismo, han elevado a la categoría de reglas generales del Derecho de contratos los remedios históricamente provenientes de la compraventa en caso de incumplimientos que no son esenciales, pero que deben expresarse en reducciones en el precio.

IV. NECESIDAD DE UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL DERECHO CHILENO EN MATERIA DE CONTRATOS

1. La cuestión metódica

El trabajo dogmático en materia de pretensiones del acreedor no puede ser puramente conceptual. Más bien debe partir de los fines que persiguen las diversas acciones y remedios, porque sólo esta comprensión permite intentar una ordenación coherente. Las exigencias sistemáticas que plantea el Derecho de contratos no deben ser confundidas con una técnica exegética que rehúsa concebir el Derecho en la tradición de las disciplinas prácticas.

⁶⁷ VIDAL, Álvaro, cit. (n. 16), p. 522.

Los cambios interpretativos y los desarrollos legislativos sólo son posibles a la luz de una mirada al valor intrínseco y funcional de la práctica contractual y de un discernimiento sereno y abierto de la historia del Derecho privado y del Derecho comparado. Sólo sobre esta base parece posible reordenar conceptual y sistemáticamente la disciplina, según exigencias dogmáticas comúnmente aceptadas.

2. *El nuevo horizonte del Derecho de contratos*

Con razón se habla de un nuevo Derecho de los contratos, que tiende a cambiar el horizonte en que se analizan las acciones y remedios a que da lugar la relación contractual⁶⁸. Lo cierto es que nuestra antigua ordenación de las acciones contractuales presenta dos dificultades. Ante todo, impide mirar el Derecho de contratos a la luz de las pretensiones y, a la inversa, discernir los remedios como un conjunto más bien armónico de instrumentos que el Derecho entrega para la protección del crédito contractual. Además, dificulta analizar comparadamente los requisitos que el Derecho impone para hacer valer las acciones y demás remedios para enfrentar el incumplimiento, obteniendo de esta manera una cierta coherencia interna entre los fines de esas acciones y remedios, por un lado, y sus condiciones de ejercicio, por el otro.

La tarea pendiente se encuentra en los límites del desarrollo jurisprudencial del Derecho. El Derecho chileno no ha sido objeto de reformas legislativas en materia de reglas generales de los contratos. Afortunadamente, porque la referida discusión acerca del ordenamiento más justo y eficaz está aún pendiente. Es el momento de cuidarse de quienes se vean tentados para que alguna reforma importante quede asociada a su nombre, como ha ocurrido con frecuencia en este continente. En nuestra tradición jurídica, es una constante que sólo se logran retrocesos si el cambio legal no está precedido de un desarrollo dogmático, con fundamento histórico y comparado. Sólo así es posible un discernimiento más sabio y compartido de los caminos más ventajosos a partir del Derecho vigente.

En definitiva, han pasado los tiempos en que los civilistas entendían que no era necesario formularse nuevas preguntas para la construcción sistemática del Derecho de obligaciones, porque todo lo importante podía tenerse por dicho.

LA CARGA DE MITIGAR LAS PÉRDIDAS DEL ACREEDOR Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO

Álvaro Vidal Olivares*

I. INTRODUCCIÓN

En un supuesto de cumplimiento imperfecto —entrega de mercaderías defectuosas—, el contrato celebrado entre las partes pone a disposición del acreedor distintos remedios: i) la facultad resolutoria en su modalidad de pacto comisorio¹; ii) la pretensión de cumplimiento específico: reparación y sustitución de las mercaderías defectuosas; iii) rebaja del precio según una escala acordada por las partes, y iv) la indemnización de daños, incluyendo como fórmula de cálculo para el caso de resolución de contrato: la diferencia entre el precio del contrato incumplido y el que se celebre en su reemplazo.

Atendidas las circunstancias del caso concreto, y la gravedad del incumplimiento, resulta razonable que el acreedor resuelva el contrato y proceda, inmediatamente, a una compra de reemplazo y demande la indemnización de todos los daños, incluida la diferencia de precio y otros costes derivados del negocio de reemplazo. Al mismo tiempo, como una forma de minimizar las pérdidas derivadas del incumplimiento, es posible —y sin que implique mayores inconvenientes para el acreedor— que arriende las mismas mercaderías durante el tiempo necesario mientras logra conseguir las de reemplazo en el mercado.

Pese a este análisis hecho ex post y en abstracto, considerando todas las circunstancias del caso, el acreedor, a quien según el contrato pertenece la opción de ejercitar uno u otro remedio, no hace uso de la facultad resolutoria, sino que insiste en el cumplimiento por parte del deudor, reclamándole la sustitución de las mercaderías defectuosas y, adicionalmente, demandando la indemnización de daños, incluido el lucro cesante por las ganancias dejadas de obtener a consecuencia del incumplimiento.

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; Profesor adjunto de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ El pacto comisorio no es de resolución de pleno derecho, sino que reconoce al acreedor la facultad de resolver el contrato extrajudicialmente y la comunicación de resolución es la que produce el efecto propio del pacto comisorio calificado.

⁶⁸ MORALES MORENO, A. M., cit. (n. 12), p. 30.