

la responsabilidad contractual, aun para casos como el del ordenamiento jurídico chileno, que recibió en su seno la doctrina de la tripartición de las culpas (art. 1547 del CC Ch); y, lo que es más importante en la práctica, sirve para explicar por qué en la jurisprudencia chilena prácticamente no se conocen casos en los que un deudor se haya exonerado mediante la prueba de su diligencia, cuando se trata de obligaciones de resultados.

## CAPÍTULO II

### EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La discusión sobre la noción de la responsabilidad contractual se inserta dentro del proceso de armonización del derecho de obligaciones que hoy se encuentra prácticamente globalizado. Pese a que Chile se encuentra geográficamente lejos de los principales focos de producción legal, los nuevos planteamientos y doctrinas empiezan a ser recogidos y defendidos por una parte de la doctrina nacional y su influencia comienza a hacerse sentir en algunas resoluciones judiciales.

En efecto, quien le dedique tiempo de estudio a esta disciplina, podrá percibir un aire de renovación en el Derecho Civil chileno respecto de la noción de incumplimiento y los efectos legales que se producen ante el mismo. Específicamente, a propósito de la noción de incumplimiento contractual, ciertos conceptos están siendo revisados por la doctrina y algunas ideas, consideradas básicas para nuestro sistema, han empezado a ser reformuladas y hasta abandonadas.

En el contexto de renovación y debate esbozado, es necesario partir por aclarar y analizar el modelo de incumplimiento que en la actualidad gobierna el ordenamiento jurídico chileno (I) para, en un momento posterior, analizar la viabilidad de adopción de las principales propuestas que, respecto de este tema, ha venido planteando un sector de la doctrina chilena (II).

#### I. EL MODELO DE INCUMPLIMIENTO DEL ORDENAMIENTO CHILENO

Cuando se analiza el incumplimiento en el ordenamiento jurídico chileno, lo primero que se observa es que el régimen comienza por distinguir un incumplimiento total, de un incumplimiento parcial y un incumplimiento moratorio (art. 1556 CC Ch). En esencia, la tripartición y su tratamiento

parecieran ser simples, especialmente cuando existen supuestos de incumplimiento total o moratorio.

El problema que genera la mayor cantidad de debates, surge en aquellas ocasiones en las que el deudor ha desplegado alguna actividad, pero no lo ha hecho de acuerdo al contrato, produciéndose un cumplimiento imperfecto. Respecto de este supuesto de incumplimiento, se ha denunciado una falta de desarrollo dogmático, destacándose que, determinar si el deudor cumplió o incumplió, supone un arduo trabajo de interpretación e integración del contrato o –como dice Vidal– de construcción de la regla contractual<sup>53</sup>.

Además de lo referido, en el ordenamiento jurídico chileno existe un conjunto de normas especiales que regulan el incumplimiento de algunas obligaciones. El caso paradigmático, y cuantitativamente más importante, es el de las obligaciones del vendedor en la compraventa.

En lo que sigue, analizaremos el concepto de incumplimiento del ordenamiento jurídico chileno, las principales reglas generales, y los principales regímenes especiales.

### 1. La noción de incumplimiento

El CC Ch no contiene una definición general de incumplimiento de las obligaciones contractuales<sup>54</sup>. En el artículo 1556 CC Ch, solo se refiere a tres formas que el incumplimiento puede revestir (total, parcial o tardío), pero, de esa breve referencia, no es fácil determinar cuáles son las condiciones que requiere una desviación de la ejecución de las obligaciones para ser considerada, jurídicamente hablando, un incumplimiento.

La falta de una definición general en el CC Ch, no ha impedido a la doctrina y a la jurisprudencia construir una noción de incumplimiento<sup>55</sup>. Para explicarla, debemos retroceder unos pasos. Necesitamos detenernos a analizar qué es un contrato y a qué obliga el contrato, para, de esa forma, poder determinar qué es un incumplimiento contractual en el ordenamiento jurídico chileno. Como se verá en los siguientes apartados, en el ordenamiento jurídico chileno, el contrato es concebido como una fuente de deberes de

<sup>53</sup> VIDAL (2007) pp. 42-43.

<sup>54</sup> FUEYO (1952) vol. II pp. 229-230.

<sup>55</sup> FUEYO (2004) pp. 251-261; ABELIUK (2008) p. 793.

conducta que recaen sobre un dar, hacer o no hacer (prestación); y, ligado a esto, que el incumplimiento de esa obligación (y por ello, del contrato) supone la transgresión imputable de dicha prestación.

#### 1.1. El contrato y su objeto: Una distinción necesaria para comprender el incumplimiento

En Chile, siguiendo el clásico modelo francés, el contrato ha sido entendido como un tipo de acto jurídico, no obstante que este concepto no tiene consagración legal, y, por lo mismo, es una creación doctrinaria<sup>56</sup>. Se trata, en líneas generales, de una manifestación de voluntad que se ejecuta en ejercicio de una facultad que el sistema jurídico otorga a las personas para crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo<sup>57</sup>. El contrato, por su parte, ha sido normativamente consagrado, indicando que “*contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*” (art. 1438 CC Ch). Pese al tantas veces acusado defecto de confundir contrato y convención, esta definición es útil, pues permite determinar por qué y a qué se obligan los contratantes<sup>58</sup>.

El rol de la palabra empeñada, lo consensual, y la autonomía de la voluntad son vitales para el entendimiento de los contratos. Nuestra comprensión sobre estos elementos es heredera del derecho romano y el derecho canónico; y tras recibir el ideario de la ilustración, alumbraron la teoría del acto jurídico<sup>59</sup>. Por ello, nuestra aproximación a los contratos es abstracta. Es fruto de una teoría general (acto jurídico) que explica el carácter vinculatorio de los acuerdos privados desde la declaración de voluntad de los contratantes<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> ABELIUK (2008) t. I pp. 58-64.

<sup>57</sup> LEÓN (1979) p. 7.

<sup>58</sup> Para un análisis sobre el error del artículo 1438, se puede consultar, entre otros, a: ALESSANDRI (1988) pp. 14 y 15; CLARO (1936) p. 567. Para una explicación histórica de por qué el CC Ch ocupa indistintamente el término “contrato” y “convención” se puede consultar a CARVAJAL (2007) pp. 294-300.

<sup>59</sup> CABRILLAC (2016) pp. 19-20.

<sup>60</sup> Según LEÓN (1979) p. 7, “la doctrina general de los actos jurídicos es el conjunto de principios y de normas que reglamentan el acto jurídico, en cuanto es manifestación de la voluntad humana destinada a crear, modificar o extinguir una relación de derecho”.

El rol preponderante de la voluntad, fruto de las revoluciones liberales, floreció en todo su esplendor en los siglos XVIII y XIX<sup>61</sup>. La voluntad, en el ámbito contractual, está asociada a la idea de autonomía privada. Así, el hombre libre, en uso de su razón, sabe qué es lo que desea y, para tal efecto, puede limitar su propia libertad mediante el compromiso de una conducta futura<sup>62</sup>. Lo esencial a este respecto, es que, con motivo de su capacidad de autodeterminación, un sujeto puede obligarse a realizar una determinada conducta futura para con otro. De esta manera, la voluntad es la generadora de un derecho (crédito o deuda)<sup>63</sup>.

En nuestra tradición, la idea recién expresada ha dotado al contrato de una dimensión moral; actuar contra la palabra empeñada es un hecho reprochable, pues envenena la propia capacidad de autodeterminación del individuo<sup>64</sup>. De ahí que, entre otros factores, se ha indicado que, en la tradición continental, el contrato es entendido como una fuente de deberes de conducta<sup>65</sup>. En este contexto, se puede decir que la comprensión chilena sobre los contratos tiene tres características esenciales. Primero, está construida desde la teoría abstracta del acto jurídico; segundo, su fundamento obligatorio yace en el principio de autonomía de la voluntad; y, tercero, el contrato es entendido como una fuente de deberes de conducta.

Ahora es necesario determinar a qué obligan los contratos. Si volvemos a la definición del artículo 1438 CC Ch, veremos que el contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. La definición establece la deuda como una obligación, que puede ser un dar, hacer o no hacer, cuestión que después es comprendida por el CC Ch como el objeto del contrato. Sobre este último, el artículo 1460 CC Ch señala que *“toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer, o no hacer”*.

<sup>61</sup> MERINO (2016) pp. 151-162.

<sup>62</sup> DOMÍNGUEZ (1981) p. 145.

<sup>63</sup> MERINO (2016) p.153.

<sup>64</sup> CABRILLAC (2016) p. 20.

<sup>65</sup> En este sentido, ELIZALDE (2015) p. 173 y DIEZ-PICAZO, ROCA TRIAS y MORALES (2002) p. 318 han hecho popular la cita a LARENZ (1958) p. 85. Para el autor alemán, en la tradición continental el contrato es primariamente una norma de conducta, según la cual tiene que dirigir su actuación el obligado. Así, el contrato es fuente de obligaciones, que imponen al deudor un deber jurídico de la conducta llamada “prestación”, la que puede versar sobre un dar hacer o no hacer.

De la lectura de este artículo, surge el problema de la distinción entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación. El primero, es la obligación misma; y, el segundo, es aquello de lo que trata específicamente la obligación, es decir, del dar, hacer o no hacer en particular. Según León Hurtado, el “concepto de objeto se presta a confusiones, porque tanto los códigos como los tratadistas lo refieren a veces al contrato y a veces a la obligación. Y evidentemente son dos cosas distintas, pues mientras el objeto del contrato es la creación de obligaciones, el objeto de la obligación es lo que el deudor debe, esto es, la cosa, hecho o abstención prometidos”<sup>66</sup>.

Para definir específicamente lo que el deudor debe, tenemos que analizar el objeto de la obligación y no el objeto del contrato, que es simplemente generar la obligación. El efecto de lo referido, es que todo el modelo de incumplimiento está construido desde el incumplimiento de una obligación y no desde el incumplimiento del contrato, lo que tiene como corolario que, en general, el sistema del CC Ch sea poco sensible al interés práctico de las partes al contratar, salvo que de alguna manera se haya introducido en las cláusulas del contrato o pueda rescatarse mediante la buena fe.

Todas estas consideraciones son las que hay que tener en cuenta cuando se dice que el incumplimiento de una obligación consiste en la inexecución de un dar, hacer o no hacer. Si le sumamos la norma contenida en el artículo 1556 del CC Ch, que se refiere a las formas del incumplimiento, se debe agregar que la inexecución puede ser total, parcial o tardía, como primera conclusión.

### 1.2. La imputabilidad del incumplimiento

Sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha dicho, es necesario revisar si la mera inexecución de una obligación puede considerarse como incumplimiento. Para explicar aquello, resulta útil hacer la distinción entre incumplimiento material e incumplimiento imputable<sup>67</sup>. El primero será cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones) asumidas contractualmente<sup>68</sup>. El segundo, implicaría –aparte de la desviación material– la concurrencia de un factor de atribución

<sup>66</sup> LEÓN (1983) p. 1.

<sup>67</sup> GÓMEZ (2007) p. 9; ABELIUK (2008) p. 795.

<sup>68</sup> GÓMEZ (2007) p. 9.

(subjetivo u objetivo) que permita definir y atribuir las consecuencias del incumplimiento, a aquella de las partes a quien correspondía realizar la prestación contractual incumplida<sup>69</sup>. En consecuencia, la conjunción del incumplimiento material y la atribución de dicho incumplimiento por medio de un factor de atribución, configura el incumplimiento de la obligación en sentido estricto o jurídico<sup>70</sup>. Así las cosas, existe incumplimiento en sentido estricto siempre que “la prestación quede inejecutada y dicha inactuación se impute (atribuya) al deudor”<sup>71</sup>.

En este contexto, no puede considerarse que el deudor ha incumplido en sentido estricto, si el resultado asegurado por el contrato no se ha conseguido debido a una imposibilidad sobreviniente cuya causa le es ajena, produciéndose, en dicho caso, la extinción de la obligación y –si el contrato es bilateral– la consecuente aplicación de la teoría de los riesgos. Como precisan Alessandri, Somarriva y Vodanovic, “cuando sobreviene, después de contraída la obligación, un hecho no imputable al deudor (no satisfacción del factor de imputación) que impide su cumplimiento, la obligación se extingue junto con sus accesorios, garantías y privilegios. En estos casos, quedaría el deudor libre de toda responsabilidad; y el acreedor, por su parte, nada recibiría a cambio de su crédito”<sup>72</sup>. Incluso, quienes critican la distribución de riesgos que realiza el artículo 1550 CC Ch al ponerlo de cargo del acreedor, afirman que, “en la medida que perezca fortuitamente la cosa que se debe el riesgo es del acreedor, el solo incumplimiento no da lugar a la resolución”<sup>73</sup>.

Por tanto, no basta el incumplimiento material para desencadenar una de las reacciones (cumplimiento específico, resolución de contrato o indemnización de perjuicios) que prevé el CC Ch como medio de tutela del crédito. Será necesario, adicionalmente, la concurrencia de un criterio que permita atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien correspondía realizar la prestación contractual incumplida<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> GÓMEZ (2007) p. 10.

<sup>70</sup> MARIÑO (2008) p. 97.

<sup>71</sup> GAMARRA (1997) p. 347.

<sup>72</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2004), vol. III, p. 129. El paréntesis es nuestro. En un mismo sentido: TAPIA (2013) p. 125.

<sup>73</sup> BARROS (2008) p. 421.

<sup>74</sup> GÓMEZ (2007) p. 10.

De esta manera, el incumplimiento contractual sólo es de interés en tanto le sea imputable al deudor, sea mediante factores subjetivos (culpa o dolo) u objetivos (p.e. riesgo o garantía).

El modelo de imputación, reconocido y aceptado por la gran mayoría de la doctrina nacional, es uno en el que la culpa o el dolo del deudor constituyen el fundamento para hacer atribuible al deudor las consecuencias del incumplimiento. Así, se configura, esencialmente, como un modelo cuyos factores de imputación son subjetivos. Por su parte, el artículo 1547 CC Ch, en su inciso tercero, contiene una presunción legal de dicha culpabilidad<sup>75</sup>. No sucede lo mismo con el dolo, que debe ser probado por el acreedor que pretenda imputarlo al deudor (arts. 707, 1459 y 1698 CC Ch).

La presunción de culpabilidad contenida en dicho precepto es reconocida explícitamente por la jurisprudencia en forma abundante. Así, se ha sostenido en *Solidenca S.A. con Alimentos Trendy S.A.* que, si por parte del demandante no resulta probado el contrato y sus estipulaciones, no procede aplicar la presunción en cuestión. Allí se arguyó que “[...] *los jueces de mérito acertaron al postular que el demandante debía probar existencia del contrato y las estipulaciones que sirven de sustento a su pretensión, considerando que previo a hacer valer la presunción de culpa por infracción contractual, es menester que el actor, quien la alega, pruebe la existencia de la obligación*”<sup>76</sup>.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento jurisprudencial de la presunción legal de culpa contractual, no resulta posible afirmar que la exoneración por falta de culpa sea una causal de exoneración mayoritariamente aceptada doctrinariamente, ni por la jurisprudencia reciente<sup>77</sup>. El rechazo por parte de la doctrina a la aplicación general de la presunción de culpa del artículo 1547 CC Ch, viene por parte de la construcción dogmática de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, afirmándose que, en las obligaciones de resultado, no resulta posible la exoneración por falta de culpa sencillamente porque en estas la conducta del deudor no integra la obligación<sup>78</sup>. Por lo mismo, la exoneración del deudor solo se verificará

<sup>75</sup> Como indica ABELIUK (2008) p. 826, si bien no lo ha dicho exactamente la ley en esos términos, pero sí con claridad más que suficiente.

<sup>76</sup> *Solidenca S.A. con Alimentos Trendy S.A.* (2012).

<sup>77</sup> Aceptando dicha causal de exoneración de responsabilidad: ABELIUK (2008) p. 836.

<sup>78</sup> PIZARRO (2008) p. 263.

con la prueba de un caso fortuito/fuerza mayor o el hecho de un tercero, que operan como una interrupción causal.

Con todo, el asunto no es sencillo, pues en el seno de la regulación de “los efectos de las obligaciones” hallamos el artículo 1547 CC Ch, que con vocación de generalidad, señala que la culpa es un elemento de la responsabilidad en todos los contratos. Por ello, resultaría problemático afirmar que las obligaciones de resultado (entendidas como aquellas en las que la culpa no interviene) son plenamente compatibles con la regulación del CC Ch. Lo dicho ha sido tomado en consideración por la doctrina, la que a través de diferentes formulaciones ha intentado darle salida al problema de las obligaciones de resultado en relación al artículo 1547 CC Ch.

Dentro de los intentos por dar una solución, parte de la doctrina ha propuesto una distinción respecto a la función de la culpa. En efecto, se ha planteado que la diligencia puede escindirse en *integradora* y *promotora*<sup>79</sup>. En la primera, la diligencia es parte constitutiva de la prestación; y en la segunda, el debido cuidado solo buscaría una correcta ejecución de la prestación sin ser parte de ella. Si se cruza la distinción de la culpa con la de las obligaciones de medios y resultados, se puede apreciar que en las obligaciones de medios la culpa tendría una función integradora y en las de resultados una función promotora<sup>80</sup>. Luego, el mismo sector de la doctrina plantea que, atendiendo la distinción sobre la diligencia, la construcción del régimen de responsabilidad (en sentido estricto) es unitario, pues ya no existiría la incompatibilidad de la culpa con las obligaciones de resultado y se puede emplear la presunción del artículo 1547 inciso tercero<sup>81</sup>.

El asunto, y la correlativa evaluación de las soluciones dogmáticas, no es sencillo. Al tratar el problema, existe una dificultad inicial que pareciera complejizar más la discusión: no existe acuerdo sobre qué es específicamente una obligación de resultado. Para algunos, la obligación de resultado se referiría a una obligación estrictamente objetiva, es decir, aquella en que la diligencia no puede ser considerada un elemento de la obligación; sea que se trate de un debido cuidado *promotor* o *integrador*<sup>82</sup>. De esta manera, para determinar el incumplimiento, y la consecuente responsabilidad, la

<sup>79</sup> VIDAL (2010) pp. 578-580; BRANTT (2010) pp. 116-121.

<sup>80</sup> VIDAL (2010) pp. 578-580.

<sup>81</sup> VIDAL (2010) pp. 581-583.

<sup>82</sup> PIZARRO (2008) pp. 257-259.

culpa no sería un elemento a considerar; si no se debe una diligencia en el cumplimiento, no se puede evaluar una negligencia en el incumplimiento para determinar la responsabilidad. Así, la posibilidad de exoneración del deudor estaría determinada por la presencia de un caso fortuito/fuerza mayor o un hecho que sirva como interrupción del nexo causal, y la presunción de culpabilidad del artículo 1547 CC Ch sería derechamente incompatible con la idea de una obligación de resultado. Se trataría, entonces, de una hipótesis de responsabilidad estricta<sup>83</sup>. En cambio, para otros, no existiría una incompatibilidad tan tajante entre la diligencia y las obligaciones de resultado, especialmente al separar el análisis del incumplimiento del de la responsabilidad<sup>84</sup>. Para determinar el cumplimiento de una obligación de resultado no sería necesario analizar la diligencia del deudor, el incumplimiento se determinaría comparando el resultado prometido con el alcanzado. Sin embargo, al evaluar la responsabilidad, atendiendo que el artículo 1547 CC Ch tiene aplicabilidad para todo tipo de obligaciones, sí debería analizarse la diligencia del deudor. La consecuencia sería que la ausencia de culpa no impediría configurar el incumplimiento del deudor, mas no permitiría reclamar daños. Esta posición pareciera tener cierto desarrollo en la doctrina extranjera, la que —en vez de plantear categorías absolutas para formular la distinción entre obligaciones de medios y resultados— propone diferenciar entre responsabilidad contractual objetiva absoluta, ordinaria, o agravada, y responsabilidad contractual subjetiva ordinaria, atenuada o agravada, dependiendo de cuáles son las posibilidades de exoneración que tiene el deudor<sup>85</sup>.

Como más adelante se evidenciará, pareciera que la segunda postura sería la que se estaría manifestando en la jurisprudencia chilena<sup>86</sup>. Ahora bien, ello es entendible si se considera que el artículo 1547 CC Ch tiene vocación de aplicación general, por lo que es difícil configurar una responsabilidad contractual, que prescinda de un examen de la culpa. Con todo, la jurisprudencia ha ido un poco más allá, ya que pese a reconocer nominativamente la aplicación del artículo 1547 CC Ch en todo tipo de

<sup>83</sup> BARROS (2009) pp. 176 y ss.

<sup>84</sup> VIDAL (2009) pp. 578-580.

<sup>85</sup> MARIÑO (2008) pp. 180-190.

<sup>86</sup> *Taxis colectivos línea 7 Cerro Mar con Ríos* (2016), *Gajardo con Stevens* (2016), *Araya con Vidal* (2016) y *Constructora Cimsa S.A. con I. Municipalidad de Lanco* (2006).

obligaciones, ha limitado la posibilidad de exoneración de responsabilidad mediante la prueba de la diligencia en las obligaciones de resultado. Sin embargo, no es extraño que la jurisprudencia chilena asocie simplemente la ausencia de culpa al caso fortuito<sup>87</sup>. Como se puede apreciar de la dicusión dogmática, el manejo del asunto es complejo. Sin embargo, más allá de la compatibilidad de las obligaciones de resultado con el artículo 1547 CC Ch, la idea esencial tras la distinción entre obligaciones de medios y resultados es que cada una ocupa factores de atribución diferentes para establecer el carácter "imputable" del incumplimiento. Mientras en las obligaciones de medios se ocuparían factores subjetivos, típicamente la culpa o el dolo en el CC Ch, en las obligaciones de resultados se emplearían factores objetivos, cuyo desarrollo ha provenido de la doctrina reciente.

Hasta el momento, podemos identificar dos factores de imputación objetivos: el riesgo y la garantía.

En las obligaciones de resultado, la imputación del incumplimiento material al deudor está basada en el razonable control de los riesgos que asume cada parte dentro del contrato<sup>88</sup>. De esta forma, el modelo de imputación sería objetivo en el sentido que la determinación de los riesgos es inmanente de cada contrato, predominando el sentido y la finalidad de este<sup>89</sup>. En aquella dirección parece ir la llamada "teoría de las esferas de control" contenida en varios instrumentos normativos contemporáneos y, especialmente, en el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Como indica Farnsworth, a propósito de la *impracticability* y la *frustration*, las partes deben ser responsables de los riesgos que están dentro de su esfera de control<sup>90</sup>.

Luego, el incumplimiento también podría imputarse al analizar si el deudor ha garantizado, en términos estrictos, la consecución del resultado

<sup>87</sup> *Constructora Cimsa S.A. con I. Municipalidad de Lanco* (2006). En ese sentido indica LE TOURNEAU (2006) p. 30, refiriéndose a la presunción de culpabilidad en el derecho francés, que en el caso de las obligaciones de resultado, dicha presunción se trataría en realidad de una presunción de responsabilidad (más exactamente de culpa mas causalidad), ya que la presunción no es descartada, sino por la prueba de una causa extraña.

<sup>88</sup> BARROS (2009) p. 184. Sobre el concepto de riesgo y su relación con el caso fortuito, aunque esencialmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, puede verse BANFI, GATICA y SALAH (2018) pp. 195 y ss.

<sup>89</sup> PANTALEÓN (1991) p. 1063.

<sup>90</sup> FARNSWORTH (2004) p. 632.

prometido. Este supuesto se refiere a aquellos casos en que el deudor ha asumido la responsabilidad ante cualquier suceso futuro que impida la consecución del resultado, incluyendo el caso fortuito<sup>91</sup>. De esta manera, el incumplimiento será imputable puesto que es el propio deudor quien ha decidido soportar las consecuencias patrimoniales ante cualquier suceso futuro.

Desde luego que la discusión doctrinaria en comento ha permeado a la jurisprudencia. Ahora bien, fruto de su propia complejidad, y de las dificultades que supone la interpretación del CC Ch, especialmente del artículo 1547 CC Ch, el asunto está lejos de tener una solución clara. Ello se demuestra en que, por una parte, se reconoce jurisprudencialmente la aplicación sin matices de la presunción de culpabilidad del artículo 1547, sindicando nominativamente la prueba de la falta de culpa como causal de exoneración; y, por otra, en la práctica, al tratarse de obligaciones de resultado, el deudor solo se puede exonerar mediante la prueba del caso fortuito o fuerza mayor. Expresa en gran forma esta contradicción, la sentencia que la Corte Suprema dictó en *Sindicato de trabajadores independientes de Taxis colectivos línea 7 Cerro Mar con Ríos*. En este caso, frente al incumplimiento de un tesorero de una organización sindical de su obligación de custodiar y efectuar los depósitos correspondientes de las cuotas sindicales, la Corte mantuvo que "[...] nuestro Código Civil consagra una regla particular que contempla una presunción de culpa a partir del incumplimiento contractual. A partir del artículo 1547 inciso 3° la doctrina y jurisprudencia han entendido que existe una presunción de culpa en contra del deudor (...) en mérito de lo razonado, al no haber probado el demandado la exclusión de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente debe presumirse su culpa en el incumplimiento de la obligación de custodia de los fondos [...]"<sup>92</sup>.

Pese a la contradicción, ella refleja un cambio en la jurisprudencia chilena. Las sentencias, mediante una limitación práctica a las causales de exoneración del deudor, reflejan una sensible objetivación en la imputación del incumplimiento en las obligaciones de resultado. Queda a cargo de la doctrina analizar cuánto se ha avanzado, situando en los extremos una imputación que siempre requiera culpa o dolo, y en el otro aquella que

<sup>91</sup> SCHOPF (2017) p. 448.

<sup>92</sup> *Taxis colectivos línea 7 Cerro Mar con Ríos* (2016).

solo atribuya mediante un análisis de riesgos o garantía. Pensamos que, al tratar las obligaciones de resultado, la jurisprudencia chilena no exhibe a la fecha una posición clara, estable y sistemática.

Lo dicho puede comprobarse al leer el razonamiento de la Corte Suprema en *Gajardo con Stevens*, al indicar que “*la actora y el médico demandado se vincularon por un contrato de prestación de servicios profesionales de cirugía plástica que la primera requirió del segundo. Es decir, se trató de una intervención estética y no terapéutica [...] Es posible inferir entonces que la naturaleza de la obligación contraída por el demandado no se satisface únicamente con aplicación rigurosa de la lex artis, sino con la obtención del resultado convenido, de manera que sólo operará la liberación de responsabilidad por causas extrañas, esto es, por ausencia de causalidad, por fuerza mayor o hecho de la víctima o de un tercero*”<sup>93</sup>. En el fallo, la Corte Suprema reconoce que existe un deber de diligencia pero que, a su vez, es irrelevante determinar si se ha cumplido, pues la exoneración de responsabilidad solo procederá si se identifica alguna interrupción causal.

En la misma línea, en *Araya con Vidal*, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de sostener que “*no es efectivo que la sentencia recurrida haya aplicado la norma señalada por estimar que la obligación en comento sea de resultado, como lo postula el recurrente, pues en su motivo 4º indica que ‘ya sea se considere obligaciones de medio o de resultado las intervenciones voluntarias de cirugía estética, tratándose de responsabilidad contractual corresponde al demandado probar la diligencia o cuidado porque es quién ha debido emplearla’*”<sup>94</sup>. Nuevamente se identifica el problema pues, si la obligación es de resultado, y se entiende que en estas no interviene la culpa, la negligencia no sería un elemento a probar, por lo que no tiene sentido presumirla.

Luego, en *Constructora Cimsa S.A. con I. Municipalidad de Lanco*, caso en que se rechazó la alegación del demandado orientada a que se declarara que las intensas lluvias constituían un caso fortuito que le impidieron cumplir con sus obligaciones de reparar determinadas obras, la Corte de Apelaciones de Valdivia sostuvo que las copiosas lluvias constituían un riesgo por el cual debía responder el deudor; y, en lo medular, entendió que “*el hecho invocado por el recurrente para justificar la no ejecución*

<sup>93</sup> *Gajardo con Stevens* (2016).

<sup>94</sup> *Araya con Vidal* (2016).

*de las reparaciones no constituye el caso fortuito o fuerza mayor alegado por él, quien debió tomar las medidas que la prudencia le aconsejaba para cumplir sus obligaciones contractuales*”<sup>95</sup>. En síntesis, el fallo señala que al no haberse acreditado la diligencia, se excluye la posibilidad de caso fortuito, cuestión que es doblemente interesante. Primero, porque al tratarse de una obligación de resultado, la diligencia no debiese ser un elemento a discutir (si se entiende que en las obligaciones de resultado no interviene la culpa). Segundo, puesto que asocia la diligencia con el caso fortuito, cuestión que *a priori* parecería incorrecta, pues el caso fortuito opera como elemento de interrupción causal y no evalúa la negligencia del deudor. Con todo, el asunto puede no ser tan prístino si se considera que dentro de los requisitos del caso fortuito se encuentran la imprevisibilidad e irresistibilidad<sup>96</sup>. Dichas exigencias podrían abrir la puerta a un análisis de elementos subjetivos dentro del caso fortuito, lo que a su vez permitiría controvertir, al menos en parte, la idea de que una obligación de resultados es completamente objetiva.

A pesar de que el estado de la jurisprudencia pareciera ser uno intermedio entre un razonamiento de imputación puramente subjetiva y otro objetivo, existen algunas sentencias que recogen con mayor fuerza la objetivación. En este sentido, en *Sociedad de transportes Pablo y Bernardino Vergara Limitada con Morales*, frente a los daños generados por un conductor dependiente de una empresa de transportes, la Corte de Apelaciones de Santiago indicó que, “*para medir la responsabilidad del deudor no puede considerarse separadamente su conducta y la conducta del tercero por el cual se responde. En otros términos, el deudor no puede alegar que lo obrado por el tercero es ajeno a él y, por lo mismo, no le es lícito exonerarse alegando que con la diligencia debida no pudo impedir que este tercero obstruyera el cumplimiento de la obligación. Dicho de otro modo, el deudor no puede alegar su propio acto para eximirse de culpa y eludir, de este modo, su responsabilidad*”<sup>97</sup>.

Por todo lo hasta aquí analizado, se puede afirmar que el incumplimiento material debe serle imputable al deudor, para que pueda considerarse que exista un incumplimiento en sentido estricto que, a su vez, obligue al

<sup>95</sup> *Constructora Cimsa S.A. con I. Municipalidad de Lanco* (2006).

<sup>96</sup> TAPIA (2013) pp. 45-89

<sup>97</sup> *Sociedad de transportes Pablo y Bernardino Vergara Limitada con Morales* (2009).

deudor a asumir las consecuencias patrimoniales de dicha insatisfacción del acreedor. En este sentido, ha dicho Gómez Pomar, para el ordenamiento español –y nosotros concordamos para el chileno–, que para “que haya incumplimiento relevante a los efectos de desencadenar una de las reacciones jurídicas, no bastaría, con carácter general, que fácticamente se produjera la discrepancia de comportamiento o resultado respecto de la determinación realizada en el contrato. Haría falta, sin duda, lo que he llamado incumplimiento en sentido material, pero éste no sería suficiente. Sería precisa, adicionalmente, la concurrencia de un criterio de conducta (*obligaciones de medios*) o de situación (*obligaciones de resultados*) que permitiera atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien correspondía realizar la previsión contractual incumplida”<sup>98</sup>.

## 2. Tipos de incumplimiento en el ordenamiento jurídico chileno

Ya analizada la noción de incumplimiento en el ordenamiento jurídico chileno, es momento de revisar cómo está construido el modelo. Para ello, nos valdremos del artículo 1556 CC Ch, que distingue entre incumplimiento total, parcial y moratorio. Luego, como explica Fueyo, el incumplimiento puede presentar diversidad de aspectos o grados en su estructura, lo que resulta en diferentes pretensiones exigibles por parte del acreedor<sup>99</sup>. Así, no todo incumplimiento tiene las mismas sanciones.

### 2.1. Incumplimiento total

El incumplimiento es total si el deudor no ejecuta la obligación en ninguna de sus partes<sup>100</sup>. En dicho sentido, para que el incumplimiento sea total, no debe existir ningún principio de ejecución de la obligación, frustrándose por entero la legítima expectativa del acreedor<sup>101</sup>. Por tanto, el deudor infringe el deber de prestación, frustrando por entero el dar, hacer o no hacer esperado.

<sup>98</sup> GÓMEZ (2007) pp. 9-10.

<sup>99</sup> FUEYO (2004) p. 252.

<sup>100</sup> ABELIUK (2008) p. 794.

<sup>101</sup> FUEYO (2004) p. 253.

Ahora bien, conviene hacer una precisión. En las obligaciones de no hacer, cualquier contravención a la abstención implica generalmente la frustración total de la prestación<sup>102</sup>. Así, un incumplimiento total de una obligación de dar implica la falta de entrega; en una de hacer la falta de toda ejecución; y, en la de no hacer, la realización de cualquier conducta contraria a la abstención.

En supuestos de incumplimiento total, encontramos tres normas que permiten al acreedor enmendar su posición. La primera de ellas es el artículo 1489 CC Ch, que aplica típicamente para las obligaciones de dar, y que permite al acreedor resolver el contrato o solicitar la ejecución forzada, con indemnización de perjuicios. Luego, encontramos los artículos 1553 y 1555 CC Ch, que tratan, especialmente, los casos de las obligaciones de hacer y no hacer. El artículo 1553 reconoce al acreedor, aparte de su derecho a demandar la indemnización de los perjuicios moratorios, el derecho a solicitar alternativamente al juez que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido, pudiendo materializarse mediante arresto o multas; que, a expensas del deudor, se busque a un tercero para que ejecute la prestación; o que, finalmente, le sean indemnizados los daños compensatorios. A su vez, el artículo 1555 CC Ch diferencia dos supuestos: en caso de que se incumpla una obligación de no hacer, y se pueda deshacer lo hecho, el deudor estará obligado a su destrucción (salvo que proponga un medio diferente de cumplir la prestación y el juez lo acepte); en cambio, en caso de que sea imposible, solo se deben indemnizar los perjuicios.

Ahora bien, la coordinación entre los remedios, atendiendo el tipo de obligación incumplida, no ha sido pacífica en la doctrina nacional. Ello pues, según la perspectiva clásica, y siguiendo la doctrina francesa, la acción de cumplimiento forzado tendría una prevalencia por sobre las demás<sup>103</sup>. El argumento que sustenta la posición es que el derecho de contratos gira sobre el antiguo artículo 1134 CC Fr, que consagra el principio *pact sunt servanda*. Si se toma en serio la preponderancia del principio, entonces este debe influir sobre todo el régimen de acciones. Así, la acción de cumplimiento forzado debería tener preponderancia sobre las demás, pues es la acción específica que permite la realización del principio *pacta sunt servanda*. En

<sup>102</sup> FUEYO (2004) p. 289.

<sup>103</sup> BAHAMONDES (2017) p. 52.

#### CAPÍTULO IV LOS PACTOS PREVENTIVOS

El lector se percatará de que muchas de las cláusulas que revisaremos a continuación son de común negociación e incorporación en los contratos comerciales internacionales, y también en los contratos nacionales de negocios de mayor envergadura; y hemos optado por calificarlas como acciones preventivas del crédito, pues buscan facilitar y mejorar la aplicación de los remedios contractuales de que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual del deudor.

Alguna de estas cláusulas son desconocidas para nuestro legislador civil y comercial, de modo que es conveniente que las partes las regulen exhaustivamente, para que su entendimiento e interpretación por aquel que esté llamado a resolver la eventual contienda, refleje adecuadamente la voluntad querida por las partes al momento de contratar<sup>326</sup>.

En algunos casos, no existe coincidencia entre ciertas figuras jurídicas que son introducidas en estas cláusulas y nuestras instituciones clásicas del Derecho Privado chileno (por ejemplo, el concepto tradicional de obligación en las declaraciones y garantías<sup>327</sup>; el rol de la culpa en las cláusulas de *indemnity*, que toman la forma de obligaciones de resultado, etc.), lo que implica un especial cuidado al momento de interpretarlas y aplicarlas para evitar que resulten desnaturalizadas por el juzgador.

<sup>326</sup> Hay que advertir, además, que varias de estas cláusulas provienen del mundo anglosajón, y son cuidadosa y extensivamente redactadas, lo que es ilustrativo de las diferencias jurídicas entre la tradición del *Common Law* y los derechos que provienen del sistema romano germánico.

<sup>327</sup> BARROS y ROJAS (2010) pp. 517-518.

Para cada una de las cláusulas que se analizarán a continuación, se ha incorporado jurisprudencia relevante que haya abordado o delimitado sus efectos. En algunos casos, cuando no se ha encontrado jurisprudencia nacional, se ha optado por precedentes emblemáticos de otras jurisdicciones.

Finalmente, estas cláusulas se agruparán en seis grupos, a saber: (I) cláusulas de asignación de riesgos económicos y financieros; (II) cláusulas de interpretación del contrato; (III) cláusulas de ejecución del contrato; (IV) cláusulas de garantía; (V) cláusulas de terminación del contrato, y, (VI) cláusulas de resolución de controversias.

#### I. CLÁUSULAS DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS ECONÓMICOS Y FINANCIEROS

Por medio de las cláusulas que revisaremos a continuación, las partes buscan asignar determinados riesgos que pueden generar responsabilidad contractual, ya sea por pérdidas, daños y/o gastos que podrían surgir a futuro para una de ellas, entre otros. En ese sentido, frente a eventos futuros e inciertos que pueden acaecer, y que podrían afectar el contenido obligacional del contrato, como hechos fortuitos, hechos sobrevinientes que afectan la economía del contrato, o una sentencia judicial que impone pagos relevantes a una de las partes, los contratantes optan por anticiparse, regulando dichos eventos y asignando el riesgo de su acaecimiento a uno de los intervinientes.

##### 1. Cláusula de declaraciones y garantías

###### 1.1. Noción

Por la denominada “cláusula de declaraciones y garantías”<sup>328</sup>, una de las partes del contrato realiza aseveraciones o afirmaciones a favor de la otra, que recaen sobre hechos, circunstancias e incluso cuestiones acerca de apreciación o calificación jurídica (tales como vigencia de la personería, las licencias de la empresa, la calidad, origen e idoneidad de la cosa vendida, nivel de inventarios, inexistencia de contingencias laborales,

<sup>328</sup> También conocidas como “manifestaciones y garantías”, y, en el mundo anglosajón, como “representations and warranties” (*reps & warranties*).

tributarias, ambientales)<sup>329</sup>, a un determinado tiempo, y que tienen como finalidad “reflejar la situación en que se encuentran determinados hechos determinantes o significativos relacionados con la materia sobre la cual recae la declaración en un momento determinado”<sup>330</sup>.

Esta cláusula, si bien proviene de la tradición anglosajona<sup>331</sup>, en la actualidad es de cotidiana aplicación en contratos de mayor sofisticación nacional, atendida la influencia de los contratos comerciales internacionales. Incluso ya han existido disputas conocidas por la justicia ordinaria y también arbitral en relación a este tipo de cláusulas<sup>332</sup>.

Como se ha señalado, en virtud de este pacto, uno de los contratantes realiza determinadas aseveraciones, afirmaciones o declaraciones sobre la cosa respecto de la cual versa el contrato –en sentido amplio– y que, de no haber sido declaradas como veraces, su realidad o autenticidad, en principio, sería de riesgo del otro contratante<sup>333</sup>. De este modo, la cláusula en análisis extiende la hipótesis de incumplimiento contractual, pues, en todos aquellos eventos en que las declaraciones no se corresponden con la realidad, habría incumplimiento del declarante, activando los remedios que se confieran al acreedor en virtud de la convención.

En términos dogmáticos, se ha pretendido diferenciar las declaraciones de las garantías. Así, se sostiene que, por medio de la declaración simplemente, se asevera algo; en cambio, por la garantía<sup>334</sup>, se declara y además se garantiza o asegura que determinada declaración es cierta. Entonces, en la garantía, el declarante además se obligaría a mantener indemne al destinatario de la declaración<sup>335</sup>. En otro sentido, para algunos, las declaraciones solo se

<sup>329</sup> BARROS y ROJAS (2010) pp. 511-526. Ver también ALCALDE (2008) pp. 243-255.

<sup>330</sup> SALAMANCA (2012) p. 13.

<sup>331</sup> RECART (2013) p. 1.

<sup>332</sup> Véanse los casos citados más adelante, que, a su vez, aparecen en RECART (2013) pp. 104 y ss.

<sup>333</sup> Sobre el punto, GILI (2010) expresa que “las manifestaciones y garantías son el conjunto de declaraciones, creencias o predicciones sobre la compañía objeto de compraventa que realiza el vendedor a favor del comprador y cuyo principal efecto consiste en asignar al vendedor los riesgos previstos por ese conjunto de declaraciones, creencias o predicciones, con independencia de que el comprador las hubiere podido descubrir durante el proceso de *due diligence*”.

<sup>334</sup> También denominada *warranty*, en su nomenclatura anglosajona.

<sup>335</sup> RECART (2013) p. 1.

restringen a opiniones de una de las partes, mientras que las garantías se refieren a afirmaciones relativas a situaciones de hecho<sup>336</sup>.

Sin embargo, en la práctica, la distinción entre representaciones y garantías perdió relevancia en el *Common Law*<sup>337</sup>, pasando a ser sinónimas y gatillando los remedios establecidos en el contrato<sup>338</sup>.

Su utilidad se explica por la dificultad que tiene uno de los contratantes de determinar, por sí mismo, todas las características del objeto del contrato y riesgos asociados al mismo. Piénsese, por ejemplo, en la adquisición de las acciones de una empresa. El comprador, aun realizando procesos de investigación o *due diligence*, puede llegar a tener múltiples dificultades para lograr indagar todos los aspectos de la compañía, tales como el estado real de los equipos, la situación laboral de sus trabajadores, los permisos ambientales o sanitarios y autorizaciones administrativas, las investigaciones sancionatorias, y la veracidad de la información contable, entre otros.

En tal escenario, las “declaraciones y garantías” vienen a facilitar el proceso de negociación y celebración del contrato querido, pues, sobre la base de la información suministrada o las declaraciones realizadas por quien más conoce de la cosa objeto del contrato (el vendedor, en el caso de la compraventa), es posible convenir sus términos<sup>339</sup>, y distribuir los riesgos del contrato<sup>340</sup>. Esto, porque se entiende que se celebró el negocio jurídico, en consideración de la realidad declarada, asumiendo las contingencias afirmadas. De este modo, el contratante a cuyo favor se realiza la

<sup>336</sup> En este sentido, Willinston, citado por BARROS y ROJAS (2010) pp. 511-526, señala que “la pregunta se ha visto afectada por terminología inexacta. Los términos ‘garantía’ y ‘declaración’ son recurrentes en las discusiones y las diferencias de opinión se han incrementado por los muchos significados distintos atribuidos a la voz ‘garantía’ [...] aunque en general está CLARO que si una declaración se entiende algo distinto de una garantía, lo que se entiende por declaración es la expresión de una opinión, en oposición a la afirmación de un hecho”.

<sup>337</sup> BARROS y ROJAS (2010) p. 515.

<sup>338</sup> FOX (2008) p. 9.

<sup>339</sup> BARROS y ROJAS (2010) p. 513, expresan que “la importancia de estas declaraciones contractuales en el tráfico comercial es creciente, porque facilitan llegar a acuerdos en situaciones de asimetría de información, en la medida que la parte que conoce la cosa o negocio que cede asume los riesgos de que ciertas calidades de esa cosa o negocio sean efectivamente verdaderas”.

<sup>340</sup> RECART (2013) p. 4.

declaración, sabrá que deberá asumir tales o cuales contingencias<sup>341</sup>. En otros términos, el impacto patrimonial de esos riesgos se traslada al declarante<sup>342</sup>. En ese sentido, las declaraciones y garantías son un mecanismo de protección a favor del receptor de la declaración, pudiendo gatillar remedios especialmente acordados en la convención –tales como la resolución o terminación, indemnización y/o ajuste de precio, en su caso–<sup>343</sup> que, de no existir las representaciones y garantías, no podría disponer conforme el Derecho Privado común<sup>344</sup>.

También resulta central destacar que, por medio de las “declaraciones y garantías” se amplía y precisa el deber de información. Recordemos que, en nuestro medio, se ha afirmado que cada uno de los contratantes debe velar por sus intereses, no teniendo, en principio, un especial deber de cuidado respecto a su co-contratante.

A nivel de negociaciones precontractuales, se podría generar una hipótesis de responsabilidad aquiliana en la medida en que se acredite una conducta dolosa o con culpa inexcusable del contratante en clave de *culpa in contrahendo*<sup>345</sup>. En estos excepcionales casos, por aplicación del principio de la buena fe, pesa sobre los contratantes el deber de informar determinadas circunstancias, pero existirá –en los hechos– una gran dificultad para determinar qué información debía o no suministrarse, lo que al final del día quedará a criterio de un tercero (juez o árbitro)<sup>346</sup>.

<sup>341</sup> Una reflexión sobre este asunto, se refiere al traslado de estos riesgos a la determinación del precio. En los contratos civiles tradicionales, el riesgo sobre la calidad de la cosa se traslada al precio de la cosa (incluso a la reducción del mismo por vía de la acción edilicia emanada del contrato de compraventa regulada en el CC Ch). En cambio, podría pensarse que, al gozar estas transacciones de transferencia de riesgos al vendedor, con ocasión de las declaraciones y garantías, el precio no debiera reducirse, pudiendo el vendedor reclamar un mayor precio.

<sup>342</sup> Sobre el punto, QUEZADA (2015) pp. 17-46 expresa que “el comprador elimina el riesgo de la eventual inexactitud de los antecedentes a través de las declaraciones y garantías, toda vez que si éstas se infringen, el vendedor deberá entregar una suma de dinero que restablezca el equilibrio económico considerado al momento de contratar, siendo la lógica económica del contrato que el precio pactado refleja el valor de una empresa que sí cumple con las declaraciones y garantías”.

<sup>343</sup> RECART (2013) p. 5.

<sup>344</sup> FOX (2008) p. 11.

<sup>345</sup> BARROS y ROJAS (2010) p. 514.

<sup>346</sup> DE LA MAZA (2005) pp. 147-148, señala que “[...] la idea de autointerés asume que cada uno de los sujetos concurre a la relación jurídica intentando mejorar su propia posición, con

En ese sentido, los problemas relativos a la información que debían o no suministrar las partes –salvo el caso de la compraventa, en que podemos hablar de vicios redhibitorios– se suelen remitir: (i) a la responsabilidad precontractual; o bien (ii) a la formación del consentimiento. En ambos escenarios, las acciones disponibles para la víctima –en el evento de que se logren configurar sus supuestos, cuestión, por lo demás, compleja– no siempre son los óptimos. Así, para el caso de la responsabilidad precontractual, solo se podrá solicitar una indemnización de perjuicios, la que se puede ver limitada al denominado interés negativo (y no al positivo)<sup>347-348</sup>.

A su turno, los problemas relativos a la formación del consentimiento nos pueden llevar a una eventual nulidad del contrato (ya sea por error o dolo), lo que no siempre es lo querido por el *acreedor in bonis*, que usualmente habrá tomado el control de la empresa adquirida y no desea los efectos restitutorios propios de nulidad o de la resolución (acción a la que usualmente

---

prescindencia de los intereses de la otra parte. Esta asunción, a su turno reposa sobre la idea de que es cada una de las partes quien debe cuidar de su propio interés y no esperar a que su contraparte lo haga. Esto es lo que se conoce como *caveat emptor*, el deber de cada parte de tutelar sus propios intereses y que, en el caso chileno, se encuentra recogido, en lo que interesa a este trabajo, a propósito del error inexcusable. Una primera consideración entonces para comenzar a pensar en la configuración del deber de informar es que el legislador asume que cada parte tiene el deber de cautelar sus propios intereses, por lo mismo, no deben establecerse deberes a una parte que subsidién la negligencia de la otra. Lo anterior indica que el deber de informar queda limitado por la imposición de un deber de informarse que agrava a la otra parte. Aunque desarrollo esto más adelante, la regla es que no existe obligación de informar allí donde el acreedor de la información la conocía o debía conocerla”.

<sup>347</sup> CONTARDO (2014a) p. 341, ha sostenido que, “en doctrina se discute cuál es el interés indemnizable: si el interés positivo o de expectativa o el interés negativo o de confianza. En virtud del primer criterio, la indemnización debería colocar al demandante en una posición como si se le hubiese cumplido el contrato. En cambio, según el criterio del interés negativo, la indemnización debería intentar colocar al acreedor en una posición como si no hubiese entrado al contrato”.

<sup>348</sup> BANFI (2012) p. 12, agrega que “en el *Common Law* la responsabilidad contractual permite situar al acreedor como si la convención hubiese sido cumplida y la responsabilidad extracontractual restablece a la víctima a la situación anterior al daño. Es decir, en el primer caso se protege el ‘interés positivo’ y en el segundo, el ‘interés negativo’”. Además, si bien no muchos juristas nacionales están familiarizados con estas nociones, la doctrina tradicional reconoce la distinción antes indicada entre la indemnización por infracción contractual y la indemnización por hechos ilícitos. Y, en lo atinente a la responsabilidad aquiliana, se señala que “reparar un daño es hacerlo cesar, restablecer el estado de cosas existente al tiempo del delito o cuasidelito y que éste destruyó”.

habrá renunciado en virtud del contrato para consolidar los efectos de la transacción)<sup>349</sup>. Es precisamente para salvar estos efectos indeseados para el acreedor, que se suele incorporar una cláusula de representaciones y garantías, asociada a cláusulas de indemnidad, cláusulas penales y/o de ajuste de precio.

A nivel general, teniendo a la vista el sistema anglosajón, del cual, como vimos, es tributaria la cláusula en análisis, aparece la situación de la sanción civil en caso de disconformidad de la representación. Sin existir una cláusula de representación y garantías, a nivel comparado, aparece la falsa representación (*misrepresentation*) dentro de aquellas instituciones, en la formación del consentimiento, que autorizan a rescindir el contrato a opción de la víctima (ya sea como una defensa frente a la demanda de cumplimiento del mismo o bien como una petición directa de nulidad, y pedir daños y la restitución de las prestaciones)<sup>350</sup>.

En los casos de *misrepresentation*, una de las partes realiza declaraciones, incluso sin intención de defraudar a la otra, sobre las propiedades y características de la cosa o servicio que se transa, que no representan la realidad, que son relevantes y sobre las cuales la otra parte confió justificadamente para dar su asentimiento en el proceso de formación del contrato<sup>351</sup>. La representación o declaración falsa indujo al contratante a contratar y, en su virtud, dio su consentimiento, lo que autoriza a rescindir el contrato a opción de la víctima. En la tradición anglosajona, esta figura es distinta del error (*mistake*), dado que, por regla general<sup>352</sup>, solo el error mutuo, es decir, aquel incurrido por ambos contratantes (como lo sería un error obstáculo en nuestro derecho), podría anular el contrato, mas no el error unilateral<sup>353</sup>, dado que cada parte debe realizar su proceso de investigación acerca de las

<sup>349</sup> Véase a Gómez Pomar, citado por RECART (2013) p. 46, quien sostiene que “deshacer lo realizado, permitiendo a las partes obtener la restitución, puede suponer costes de enorme magnitud”.

<sup>350</sup> FARNSWORTH (2004) pp. 236 y 252.

<sup>351</sup> Se agrega, también, como otra consecuencia de una *misrepresentation*, que a aquel que realizó esa declaración inefectiva le está vedado alegar o probar hechos que contradigan esa representación, en virtud de la doctrina del “*promissory estoppel*”. FARNSWORTH (2004) p. 255.

<sup>352</sup> FARNSWORTH (2004) p. 614 (observando, con todo, que múltiples fallos han abandonado esta visión estricta).

<sup>353</sup> Sin embargo, se ha declarado la nulidad de contratos de construcción en hipótesis de errores unilaterales incurridos por subcontratistas en los cálculos de propuestas en la oferta que efectúan en licitaciones. En todo caso, la víctima de error debe buscar la anulación en forma previa a cualquier actuación en legítima confianza del mandante. FARNSWORTH (2004) p. 615.

propiedades y características de la cosa en la etapa precontractual (*cave emptor*), asumiendo el riesgo sobre la cosa objeto del contrato. De otro lado y yendo a las sanciones, si en la emisión de la declaración medió dolo directo del declarante inductor del negocio, tendríamos una posibilidad de rescisión por fraude. Así, si hubo una declaración falsa que indujo al otro a contratar la sanción sería, en principio, la nulidad, ya sea por error o por dolo.

En cambio, en la cláusula de representaciones y garantías, no se aplican las instituciones antes indicadas, propias de la formación del consentimiento sino que, dado que existió una convención en donde el declarante realizó ciertas afirmaciones a favor del acreedor respecto de la calidad o propiedad de la cosa, entre otras, el remedio sería aquel contemplado en dicha convención, bajo el estatuto de responsabilidad contractual<sup>354</sup>.

Finalmente, la cláusula de declaraciones y garantías extiende la responsabilidad del declarante más allá del marco legal supletorio del contrato correspondiente. Piénsese en la responsabilidad del vendedor en el caso de un vicio oculto. Al comprador, para poder recurrir a los remedios convencionales de la cláusula de declaraciones y garantías, le bastará acreditar la ineffectividad de la declaración. De esta forma, no tendrá que acreditar la existencia del vicio, menos aún si este era oculto, como tampoco deberá probar los demás requisitos establecidos en el artículo 1858 CC Ch. evitando las complejidades prácticas que entraña esta norma. Además, la acción indemnizatoria por infracción de la cláusula de declaraciones y garantías cubrirá los daños reales ocasionados al acreedor, más allá de los efectos restitutorios de la acción que emana del vicio oculto, sin necesidad, en el caso de la cláusula de declaraciones y garantías, de acreditar el incumplimiento negligente.

### 1.2. Efectos

En nuestro medio, aun cuando hemos destacado su importancia y potencial utilización, existen dificultades respecto a su tratamiento jurídico. Con todo, debemos precisar que la discusión no se refiere propiamente a su existencia y validez, sino más bien a su naturaleza jurídica y, consecuentemente, a los derechos del acreedor en caso de disconformidad de la declaración<sup>355</sup>.

<sup>354</sup> BARROS y ROJAS (2010) pp. 14-15.

<sup>355</sup> RECARTE (2013) p. 54.

A nivel nacional, no han existido mayores pronunciamientos jurisprudenciales sobre estos pactos, existiendo solo algunas sentencias arbitrales que se han referido a la aplicación y eficacia de la cláusula de declaraciones y garantías, reflejando precisamente las discusiones antes señaladas.

En concreto, el problema se traslada ante el evento de la disconformidad entre lo declarado y la realidad: ¿cómo se debería reaccionar con las herramientas que proporciona nuestro ordenamiento jurídico ante una falsa declaración o garantía? En ese sentido, en nuestra tradición jurídica, es usual preguntarse por el objeto de las obligaciones contractuales, pero, como se ha hecho notar, las afirmaciones o declaraciones realizadas por uno de los contratantes en favor del otro no son propiamente un dar, hacer o no hacer<sup>356</sup>.

Sobre el punto, la doctrina más entendida ha concluido que este tipo de obligaciones deben ser calificadas como obligaciones de resultado, en donde no existe una obligación sobre una conducta futura del deudor declarante<sup>357</sup>, sino que este garantiza que lo declarado en el contrato era efectivo

<sup>356</sup> Se ha destacado en nuestro medio que “lo peculiar de las declaraciones que una parte hace a la otra en el contrato reside en que no comprometen conductas o prestaciones futuras de la parte que las formula, sino que se refieren a calidades de la cosa, al estado de los negocios o incluso a seguridades respecto de eventos futuros, como puede ser la capacidad constante de producción en pleno uso de una instalación industrial, las ganancias afirmadas como ciertas en un cierto ejercicio o el comportamiento futuro de la demanda de un producto fabricado por la sociedad cuyas acciones o derechos se venden. Como hemos señalado, la inclusión de declaraciones y garantías en contratos mercantiles complejos proviene de la experiencia anglosajona, en cuyo contexto el concepto de obligación adopta contornos distintos de los que el derecho civil asigna a esa noción. En la tradición del Derecho Civil, el contrato se concibe como un vínculo jurídico que genera deberes de conducta específicos, de dar, hacer o no hacer. En cambio, el derecho inglés de contratos no está articulado, de un modo general, en torno a la idea de obligación, sino a la de promesa, que se funda en la exigencia de satisfacción de los intereses de acreedor, la garantía de un resultado a cargo del deudor”. BARROS y ROJAS (2010) pp. 517-518.

<sup>357</sup> MORALES (2014) p. 79, quien afirma que, en ese contexto, este tipo de obligaciones contractuales es parte de una nueva concepción de la responsabilidad contractual, en términos que “los estados de la realidad (hechos) pueden formar parte del contenido de la vinculación contractual. Aunque el deudor no esté obligado a transformar la realidad por medio de su prestación, por ser imposible, sí puede estar obligado a garantizar al otro contratante la satisfacción del interés que tiene en que la realidad sea tal y como la ha presupuestado el contrato; en la medida en que, conforme al contrato, ese riesgo incumbe al deudor (se trate de una presuposición garantizada)”.

o veraz<sup>358</sup>. En un caso conocido por la justicia arbitral, precisamente se reconoció esta situación<sup>359</sup>.

Como consecuencia de ello, ni la diligencia del deudor ni el caso fortuito son excusas plausibles en este tipo de obligaciones de resultado<sup>360</sup>. Es decir, se trata de una obligación en que el deudor se obligó a garantizar la satisfacción de un determinado interés del acreedor, tratándose así de una garantía de resultado<sup>361</sup>, lo que, en términos prácticos, significa que es irrelevante el nivel de diligencia del deudor para determinar el cumplimiento de la obligación, bastando la disconformidad de la declaración para que exista un incumplimiento contractual<sup>362</sup>. En esos términos, sería una cláusula que agrava la responsabilidad contractual del deudor, haciéndolo cargar incluso con el caso fortuito (ex inciso final, art. 1547 CC Ch).

<sup>358</sup> BARROS y ROJAS (2010) p. 518.

<sup>359</sup> *Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago* (2012e). En dicha sentencia, el árbitro agrega que, tales declaraciones, “ni siquiera pueden ser consideradas obligaciones en el sentido que estableció nuestro legislador, por carecer no solo del sujeto pasivo parte del elemento subjetivo de la misma, sino que, además, carecer de un objeto que consista en un ‘dar, hacer o no hacer’, sino que, por el contrario, consistir en meras ‘declaraciones o garantías’”.

<sup>360</sup> Véase GÓMEZ (2007) p. 37, quien asevera que, “sin embargo, y a pesar de estas matizaciones, la inclusión de las manifestaciones y garantías mejora la posición del comprador en relación con la que disfrutaría en ausencia de las mismas. De no existir tales manifestaciones explícitas, la responsabilidad del vendedor podría, acaso, tener que fundarse en el (poco atractivo) régimen de los vicios ocultos de la cosa vendida, o en el dolo omisivo del vendedor: existencia de una reticencia dolosa del vendedor que ocultó información al comprador cuando debía haberla revelado. En cambio, en las manifestaciones y garantías el vendedor realiza una afirmación explícita sobre el objeto del contrato, que generará su responsabilidad por la inexistencia del hecho o la circunstancia (o su existencia, si la manifestación se refería a un suceso negativo), y ello aun cuando no se pueda probar por el comprador el fraude, la intención dolosa o, incluso, el mero conocimiento del hecho por parte del vendedor”. A nivel comparado, se ha optado por categorizar estas obligaciones como de resultado agravadas, que no admiten excusa alguna. Véase, asimismo, BARROS y ROJAS (2010) p. 525.

<sup>361</sup> PEÑAILLO (2009) p. 229.

<sup>362</sup> Véase GÓMEZ (2010) p. 54, quien sostiene que “la responsabilidad del vendedor resultaría de la falsedad o inexistencia de los hechos, circunstancias o cualidades declaradas como existentes y ciertas. Probadas aquellas por el comprador, el vendedor asume ese riesgo, aunque no se pueda acreditar la intención fraudulenta o el dolo en sentido estricto, ni siquiera la negligencia en el desconocimiento de la realidad. Las consecuencias indemnizatorias serían plenas, desplazando sobre el vendedor la totalidad de los daños y perjuicios resultantes de la falsedad”.

Esa interpretación sobre la naturaleza de la responsabilidad civil que engendra este tipo de cláusulas, es totalmente consistente con el sistema jurídico del cual emana la referida institución, en donde se suele prescindir del elemento subjetivo para determinar la responsabilidad civil del infractor contractual, bastando, así, establecer la disconformidad declarativa para establecer la obligación de indemnizar los perjuicios, en caso de que estos existan<sup>363</sup>, u otro remedio convencional acordado. Una interpretación diversa desnaturalizaría la intención de las partes de incorporar la citada cláusula de representaciones y garantías, con las consecuencias que de ello derivan.

Encontramos un laudo de la justicia arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en donde se le dio pleno vigor y eficacia a una cláusula de representación y garantías en el contexto de la venta de acciones de un negocio. La discusión surgió a partir del incumplimiento de determinadas declaraciones, en relación a la existencia de pasivos tributarios no declarados. Ante esta contingencia tributaria no informada, y de conformidad con el contrato, la compradora retuvo parte del precio, lo que fue cuestionado por la vendedora. El árbitro, reconociendo el valor de las declaraciones, señala que las retenciones realizadas se ajustan al contrato, toda vez que la vendedora incumplió las declaraciones que libremente realizó. Así, declara el árbitro que, “en consecuencia resulta evidente que no obstante tratarse de un Contrato de Compraventa de Acciones, en dicho contrato, los vendedores, se hicieron responsables de las contingencias por posibles cobros de impuestos por las operaciones de la compañía hasta la fecha del contrato, es decir, hasta el 10 de diciembre de 1996 y se obligaron a reembolsar cualquier pago que por concepto de

<sup>363</sup> En ese sentido, la responsabilidad contractual en la tradición angloamericana está basada en un sistema de responsabilidad estricta, sin referencia a la noción de culpa contractual. Véase el *Restatement (Second) of Contracts* ch. 11, *introductory* n. (1981). Sin embargo, sería errado sostener que la culpa no tiene un rol en el sistema de derecho privado contractual anglosajón, pues aparece —con restricciones— en la doctrina de la *impossibility* e *impracticability*, en el régimen de *substantial performance* para determinar el grado de responsabilidad contractual, en el análisis de la buena fe y de los *best efforts*, en las obligaciones de medios y en las condiciones. Sobre este punto, véase POSNER (2009) p. 1431. Cabe destacar que, adicionalmente, la responsabilidad contractual en dicha tradición, en principio, solo da lugar a la indemnización de los perjuicios directos previsibles —desde el célebre caso *Hadley v. Baxendale* (1854) 156 E.R. 145, en el cual el Juez Alderson citó a Pothier— y no a los imprevisibles, aun cuando el incumplimiento haya sido doloso.

*dichos tributos debiere efectuarse [...]. Este pacto es perfectamente válido y queda dentro de aquellas cláusulas y pactos que la autonomía de la voluntad permite a las partes en un contrato de compraventa de acciones*<sup>364</sup>.

El remedio que se gatilla por infracción a la declaración o garantía, dependerá de lo acordado en el contrato (usualmente bajo el título de *Indemnification*), pudiendo implicar la resolución o terminación del contrato, la indemnización de perjuicios, el ajuste del precio o el reembolso de la pérdida con reducción del precio pendiente de pago, si correspondiere<sup>365</sup>. El cumplimiento forzado podría carecer de sentido para el acreedor, pues, como vimos, ya no puede declarar verazmente el deudor de la referida declaración.

### 1.3. Modelo de cláusula

Previo a revisar los modelos de cláusulas de representación y garantías, cabe señalar que las declaraciones pueden ser del siguiente tenor, dependiendo de la materia concreta<sup>366</sup>:

i. Declaraciones relativas al contrato mismo, tales como aquellas referidas a quienes concurren a la celebración, a si las partes negociaron o no por un determinado tiempo, a si el contrato se enmarca en una operación mayor, etc.

ii. Declaraciones acerca de las partes<sup>367</sup>, tales como si estas cuentan con poderes suficientes, o si las sociedades han obtenido las autorizaciones corporativas necesarias, si las compañías se encuentran vigentes, y declaraciones sobre las condiciones de solvencia y financiamiento de las partes, entre otras.

iii. Declaraciones acerca del objeto del contrato, por ejemplo, hechos relevantes para el cumplimiento de las obligaciones de las partes, si se cuenta con licencias o patentes, si existen gravámenes, calidad de la cosa, etc.<sup>368</sup>.

<sup>364</sup> *Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (1998)*.

<sup>365</sup> RECART (2013) p. 70.

<sup>366</sup> FOX (2008) p. 11.

<sup>367</sup> Denominadas en la práctica anglosajona, como "*Enforceability representations*", evitado defensas de inoponibilidad o invalidez por falta de consentimiento y/o de facultades de los representantes de los comparecientes.

<sup>368</sup> BARROS Y ROJAS (2010) pp. 511-526.

Para la redacción de la cláusula en análisis, es conveniente tener presente algunas recomendaciones:

- i. Determinar el objetivo de los contratantes al incluir las declaraciones y garantías en el contrato;
- ii. Establecer si las aseveraciones realizadas, tienen o no como antecedente un proceso de *due diligence*, y cómo se relacionan con este;
- iii. Convenir cuál será la consecuencia, ante el evento de la disconformidad (por ejemplo, resolución, indemnización de perjuicios, restitución de determinadas prestaciones, ajuste, reembolso, etc.);
- iv. Precisar el papel de la diligencia y la culpabilidad; dicho de otro modo, si por el solo evento de la disconformidad nacerá una consecuencia jurídica, o si esta solo surgirá si de modo culpable la información declarada, no se condice con la realidad;
- v. Indicar el rol de los anexos y las exclusiones contenidas en el contrato que se celebra;

vi. Regular las limitaciones monetarias (*baskets, de minimis*, entre otras)<sup>369</sup> que puedan efectuarse a los montos que se reclamen en caso de infracción a las declaraciones y garantías; y,

vii. Señalar el rol de los fondos de garantía para hacer efectivos los incumplimientos a las declaraciones y garantías en caso de infracción.

Finalmente, una cláusula de declaraciones y garantías, con sus diversas modalidades, es del siguiente tenor, debiendo siempre relacionarse con el remedio específico que se haya acordado en el contrato:<sup>370</sup>

#### *Opción sobre la organización/constitución de la sociedad, autoridades/órganos y capitalización*<sup>371</sup>

"Se declara y garantiza que es [nombre de la sociedad] una sociedad debidamente constituida, que tiene existencia legal, que los representantes que comparecen en su nombre tienen el poder y autoridad legal para celebrar, otorgar y ejecutar los contratos de compraventa de activos de que se dan cuenta en esta escritura, que los contratos de compraventa de activos que incluye la escritura son instrumentos válidos y obligatorios para la vendedora y serán exigibles en su contra de acuerdo a los términos del mismo, que dichos

<sup>369</sup> Las que serán analizadas en el capítulo acerca de la cláusula de indemnidad.

<sup>370</sup> Las cláusulas fueron tomadas de RECART (2013) pp. 58-63.

<sup>371</sup> Como vimos, denominada "*Enforceability representations*".

contratos de compraventa no se contraponen a ninguna orden escrita, medida precautoria, decreto judicial, fallo o decreto de cualquier tribunal o autoridad gubernamental que sea obligatoria para la vendedora...”.

*Opción referida a los activos o bienes sobre que versa el contrato*

“La Sociedad, declara ser titular y propietaria de [número de acciones] acciones (en adelante las acciones), válidamente emitidas, de la sociedad anónima cerrada denominada [nombre de la sociedad] (en adelante la compañía), del giro de su denominación, las cuales se encuentran íntegramente suscritas y pagadas, y que se encuentran inscritas en el respectivo Registro de Accionistas de la compañía, bajo el número [número de accionistas]. Declara, además, que las acciones representan a esta fecha el [porcentaje] por ciento de la totalidad de la propiedad accionaria de la compañía”.

*Opción sobre las deudas o pasivos de la sociedad objeto de la transacción comercial*

“La vendedora ha revelado a [persona] todas las provisiones, pasivos y contingencias que pudieran afectar a los activos y derechos que han sido vendidos a la compradora y que no existen otras contingencias que puedan afectar a dichos bienes que los que están singularizados en los informes que para este efecto ha preparado [persona] contenido en el Anexo de la misma escritura, declaración por parte de los vendedores que a la fecha de la celebración del contrato de compraventa de acciones en cuestión, [persona] no tenía pasivos de largo plazo”.

*Opción sobre los estados financieros de la sociedad objeto de la transacción comercial*<sup>372</sup>

“Las partes declararon que las sociedades llevaban todos sus libros y registros contables, societarios y laborales en conformidad a la ley y los reglamentos. También declararon que los estados financieros de las sociedades habían sido preparados conforme a los principios contables generalmente aceptados y reflejaban en forma fidedigna la situación contable y financiera de las sociedades”.

<sup>372</sup> Denominada “Financial Statements Representation”.

*Opción sobre obligaciones tributarias de la sociedad objeto de la transacción comercial*<sup>373</sup>

“Los vendedores declaran que la Sociedad no tiene otras contingencias tributarias que las que aparecen en sus libros”.

*Opción sobre contratos y otras obligaciones*

“Los vendedores declararon que las sociedades objeto del contrato, no se encontraban en incumplimiento de contratos importantes con terceros”.

*Opción sobre contingencias laborales*

“Los vendedores declararon que no existían pactos o arreglos en materias laborales especiales con su personal que obligaran a las empresas a asumir obligaciones más onerosas que las legales o estipuladas en un contrato colectivo de trabajo”.

*Opción de cumplimiento del derecho y medio ambiente*<sup>374</sup>

“Los bienes raíces, activos y derechos que se venden a [persona], cumplen todas las leyes, reglas, disposiciones y políticas sobre salud y medio ambiente impuestas por cualquier autoridad y, en consecuencia, el giro de la compradora puede ser desarrollado en y con dichos bienes, sin requerimiento de permisos adicionales o autorizaciones de autoridades sanitarias, municipales o relacionadas con el medio ambiente”.

*Opción de inexistencia de litigios*<sup>375</sup>

“No existen litigios pendientes o investigaciones gubernamentales o procesos judiciales ante cualquier tribunal o autoridad administrativa respecto de los bienes y derechos que han sido vendidos a [persona] y que puedan afectar el perfeccionamiento del contrato de compraventa; asimismo [...] la vendedora no es parte en ningún juicio ni está afecta a ningún fallo, incidente, decreto o resolución de carácter judicial o administrativo que afecte a alguna de las propiedades, activos o derechos referidos en este contrato”.

<sup>373</sup> Denominada “Payment of Taxes representations”.

<sup>374</sup> Denominada “Compliance with Law Representations”.

<sup>375</sup> Denominada “Litigation Representation”.

## 2. Cláusula de indemnidad

### 2.1. Noción

La cláusula de indemnidad<sup>376</sup> es de amplia aplicación en los contratos comerciales internacionales y, también hoy, en transacciones nacionales. En virtud de esta estipulación, una de las partes, el otorgante, se obliga ante la otra, que será la beneficiaria, a “mantenerla indemne” frente a la materialización de algún evento previsto en el contrato, asumiendo las consecuencias patrimoniales que de ello se deriven, en principio, mediante un pago. Desde la perspectiva del acreedor, ha sido definida como el derecho de que goza una de las partes frente a la otra, la que será contractualmente responsable por una pérdida, obligándose a compensarla por cualquier daño o responsabilidad que surja del contrato<sup>377</sup>.

Su finalidad específica es evitar que el beneficiario de la cláusula de indemnidad, deba hacerse cargo patrimonialmente de determinadas contingencias, costos o pérdidas que, de contrario, podría o debería asumir, trasladando así ese riesgo al otorgante, quien se compromete a dejar a su contraparte “indemne” en el caso de que ese evento se materialice. Así, este tipo de cláusulas permite el reembolso de pérdidas provenientes de la verificación del evento convenido.

De este modo, se elimina, reduce o limita el riesgo que uno de los contratantes enfrenta de cara al contrato, porque se asegura que no experimentará un daño o perjuicio por determinada circunstancia establecida en el mismo (tales como reclamos de terceros que concluyen en una sentencia condenatoria ejecutoriada u otros), lo que, desde luego, facilita la contratación (disminuyendo los costos de transacción al reducirse los mismos, trasladando acotados riesgos al otorgante). Típicamente, en el caso de la transferencia de un negocio –y no obstante un diligente análisis y revisión de libros contables, de su situación financiera, de la propiedad real e intelectual, de la situación laboral, ambiental, sanitaria, etc.–, existe una imposibilidad práctica de conocer con certeza si habrán circunstancias o contingencias

<sup>376</sup> También conocida en el mundo anglosajón como “*Indemnification provision*” o “*Indemnity clause*”.

<sup>377</sup> STARK (2003) p. 248.

que finalmente se materializarán<sup>378</sup>, afectando el valor de la inversión que se adquirió por el beneficiario. Frente a ello, por ejemplo, el vendedor se obligará a mantener indemne al comprador en el caso de que algunos de aquellos eventos determinados en el contrato ocurran, ya sea por declaraciones no veraces, incumplimientos de *covenants*<sup>379</sup>, o responsabilidad oculta y no declarada que aparezca o se haga efectiva con posterioridad.

Nótese, entonces, que las cláusulas de indemnidad están intrínsecamente vinculadas a las cláusulas de declaraciones y garantías; precisamente para el caso en que existan declaraciones inefectivas, pues mediante la cláusula de indemnidad se hará efectiva esa infracción<sup>380</sup>. De este modo, las cláusulas de indemnidad tendrán efecto una vez que se haya suscrito el contrato definitivo y entre en pleno vigor<sup>381</sup>.

Por ejemplo, si existía una demanda por daño ambiental en contra de la empresa objeto del negocio, que luego de la venta es acogida y que tiene impacto en su patrimonio (y, consecuentemente, en el valor de la inversión en cuestión), el adquirente (beneficiario) podrá hacer exigible su derecho bajo la cláusula de indemnidad, en contra del anterior dueño (otorgante), para que le deje y mantenga indemne, haciéndose cargo patrimonialmente de esa pérdida mediante su pago y/o reembolso del reclamo, según sea el caso<sup>382</sup>. Entonces, se traslada el riesgo patrimonial de esas contingencias a una de las partes del contrato.

<sup>378</sup> STARK (2003) p. 247.

<sup>379</sup> Un *covenant* es una cláusula por la cual una de las partes se obliga a actuar o abstenerse en el futuro de, por ejemplo, no pagar dividendos, hacer o no reducciones de capital, no realizar determinados gastos y expensas, entre otros. Estos *covenants* pueden ser positivos o negativos, si implican actuaciones u omisiones del deudor. Los *covenants* aplican hasta la fecha del cierre del negocio. Véase FREUND (2004) p. 156.

<sup>380</sup> FREUND (2004) p. 365.

<sup>381</sup> FREUND (2004) p. 159.

<sup>382</sup> En este punto, habría dos alternativas para modelar la operatividad de la cláusula de indemnidad. En la primera, el otorgante deberá atender el reclamo antes de que este sea cubierto o pagado por el beneficiario. En la segunda, el otorgante reembolsará la pérdida, daño o perjuicio ya pagado por el beneficiario, como ocurre en el principio *solve et repete*. Es conveniente explicitar la forma en que operará la indemnidad, por cuanto es claro que la segunda alternativa impone un riesgo adicional al beneficiario, cual es que el otorgante niegue la calidad de reclamo que sea objeto de la cláusula de indemnidad, o bien, que, posteriormente, cuando deba hacerse efectivo el pago del reembolso, el otorgante caiga en insolvencia que le impida

Pero también se negocian cláusulas de indemnidad en otro de tipo de contratos, como es el caso de los subcontratos, de los contratos de mandato, de concesión, en actos simulados (a favor del testafarro), en contratos de agencia o representación comercial, y, usualmente, en la terminación de relaciones profesionales, de asociación, entre otros. En esa línea, un subcontratista podría obligarse a indemnizar y a mantener indemne al contratista, sus directores, ejecutivos, empleados, accionistas y clientes, de cualesquier alegación, reclamo, demanda, acción, juicio, daño, obligación, pérdida, costo y expensa, que puedan derivarse del contrato o de una omisión del subcontratista o de sus dependientes.

Otro de los beneficios de este tipo de cláusulas es que permite que algunos tipos de pérdidas que naturalmente podrían no ser calificadas como daños, sean reembolsables y, adicionalmente, se otorga mayor certeza a la transacción o negocio propuesto. En el primer caso, aún en el supuesto de que pudiera determinarse la violación del contrato por una de las partes, múltiples razones podrían afectar la existencia y extensión del daño que sería reclamable por el beneficiario que no ha incorporado y negociado una cláusula de este tipo.

A nivel comparado, se ha sostenido que la doctrina de la previsibilidad del daño podría impedir que una pérdida o daño fuera recuperable<sup>383</sup>, porque se ha estimado que las pérdidas o daños que normalmente no surgen de un incumplimiento de contrato o que no fueron contemplados por las partes en el momento de la contratación, no son indemnizables ya que no surgirían en forma necesaria y directa del incumplimiento y, por tanto, serían muy remotas. Esta cláusula, entonces, permitiría incluir la ocurrencia de daños que no satisfacen los supuestos de aplicación de esta doctrina, para hacer responsable al otorgante<sup>384</sup>.

realizar el pago. Más adelante se indican mecanismos, como la incorporación de garantías para reducir este riesgo adicional para el beneficiario.

<sup>383</sup> Véase la regla de la previsibilidad como limitante a la obligación de indemnizar perjuicios en el capítulo sobre la acción de indemnización de perjuicios.

<sup>384</sup> También la doctrina de la carga de mitigar los daños podría jugar en contra de la indemnización a favor del beneficiario, pero se ha estimado, que no se puede esperar que una parte con un reclamo por incumplimiento de una indemnización mitigue su pérdida, cuando esa pérdida representa el monto mismo por el que debe ser indemnizada. Véase, así: <https://www.claytonutz.com/knowledge/2013/may/contractual-indemnities-drafting-effective-clauses>. [Fecha de consulta: 12 de abril de 2018].

De otro lado, una cláusula de indemnidad podría otorgar mayor seguridad a las partes en torno al plazo a partir del cual exigir la reparación y así evitar una prescripción del remedio contractual<sup>385</sup>.

## 2.2. Efectos

Es un remedio convencional que genera una obligación contractual, accesoria y dependiente del pacto principal, que importa, según su usual redacción, una obligación de dar, de resultado y garantía que, dependiendo del caso, implicará la extinción del reclamo y sus costos en forma directa por parte del otorgante a favor del beneficiario; o bien, con posterioridad a su extinción por el beneficiario, mediante una acción de reembolso<sup>386</sup>.

También puede incluir una obligación de hacer, por ejemplo, que el otorgante asumirá la defensa judicial del beneficiario, y luego, en caso de condena, asumirá las consecuencias patrimoniales perjudiciales al beneficiario, lo que podría ser, analógicamente, una extensión contractual de la defensa judicial surgida de la evicción en el contrato de compraventa en virtud del artículo 1843 CC Ch.

Como la cláusula de indemnidad es una estipulación que distribuye los riesgos entre otorgante y beneficiario, es solo vinculante a las partes contratantes y no será oponible a terceros, lo que significa que el beneficiario no podría oponer esta cláusula a un tercero con miras a no asumir la condena o el reclamo respectivo.

En general, y a nivel comparado, se reconoce plena validez a la cláusula de indemnidad, la que deberá satisfacer todos los requisitos de validez del contrato. Como principio general, no podrían incorporarse, como alcance de la indemnidad, reclamos surgidos de conductas o actuaciones futuras dolosas del beneficiario para con terceros o la otra parte (ex art. 1465 CC Ch). Sin embargo, algunas jurisdicciones han reducido su eficacia a determinadas

<sup>385</sup> El plazo de prescripción legal que normalmente se aplicaría en relación a una acción civil contractual será de cinco años desde que la obligación se hizo exigible, conforme lo dispone el artículo 2515 CC Ch. Si ocurre una pérdida, por ejemplo, provocada por un litigio que constituyó un riesgo cubierto por la cláusula de indemnidad, y la parte se niega a cumplir su obligación de indemnidad, el beneficiario podría demandar el incumplimiento de la obligación de indemnizar dentro del plazo de prescripción de esa acción.

<sup>386</sup> Se incluyen, en la indemnidad, el pago que implique el reclamo o de la sentencia condenatoria, las costas judiciales, honorarios e impuestos vinculados al mismo.

áreas del derecho. Tal ha sido el caso de la responsabilidad por daños ocasionados en el contexto de la construcción<sup>387</sup> o de servicios vinculados a la extracción de petróleo en pozos o plataformas petroleras<sup>388</sup>. Del mismo modo, por razones de política pública, se ha reducido su eficacia cuando buscan compensar a una víctima de su propia negligencia y también se ha establecido su ineficacia únicamente a actos dolosos, gravemente culpables o que, derechamente, impliquen asumir el riesgo de condenas por daños punitivos<sup>389</sup>.

En Chile, no existe legislación especial que prohíba expresamente este tipo de convenciones de indemnidad. Sin embargo, encontramos un laudo arbitral que admitió la validez de la cláusula de indemnidad, aun cuando estimó que era redundante, pues reproducía la obligación de indemnizar propia de la responsabilidad civil contractual<sup>390</sup>, y la sometió a los mismos

<sup>387</sup> Véase: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/Anti-Indemnity-Statutes-In-All-50-States-00131938.pdf>, en donde aparece que todos los estados de Estados Unidos han dictado leyes tendientes a declarar inefectiva estas *indemnity clauses* en materias vinculadas a construcción [Fecha de consulta: 12 de abril de 2018].

<sup>388</sup> Ello ocurre en Texas, Louisiana, Nuevo México y Wyoming, que han dictado legislación para prohibir *indemnity clauses* a la industria de servicios vinculados al petróleo, según consta en: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/Anti-Indemnity-Statutes-In-All-50-States-00131938.pdf> [Fecha de consulta: 12 de abril de 2018].

<sup>389</sup> STARK (2003), p. 254.

<sup>390</sup> Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (2015g). En lo relevante, el laudo señala que “[...] la demanda reconventional presentada en autos no ha solicitado el pago de los perjuicios que reclama aduciendo que ello debe hacerse en virtud de la cláusula 14.1 del Contrato de Franquicia mediante la acción de ejecución forzada de la obligación post-contractual de indemnidad. Que, de acuerdo a los conocimientos de este Tribunal Arbitral, en las cláusulas de indemnidad, uno de los contratantes, el ‘otorgante’, asume ante la otra parte, el ‘beneficiario’, el deber de ‘mantenerlo indemne’ frente a reclamos de terceros que tengan vinculación con la causa que motiva el contrato, pero una cláusula de indemnidad en que se instituye convencionalmente la obligación de uno de los contratantes de mantener indemne al otro por el incumplimiento de sus obligaciones, no puede tener otra naturaleza jurídica que la propia que tiene la obligación de indemnizar perjuicios, extendiendo con ello, probablemente, la obligación de indemnizar aquellos que expresamente la ley excluye, como los imprevistos, o los indirectos con tal que se mencionen en la convención. El pacto, por cierto, no es ilícito, pero es redundante, por lo menos en sus aspectos generales. [...] establecido lo anterior, es evidente que este pacto no puede quedar al margen de la reglamentación jurídica a la que se encuentra la indemnización de perjuicios contractual y, por tal razón, debe quedar sujeto a las mismas condiciones de procedencia que esta última, en particular, al requisito de la mora exigido, como se ha dicho, por el artículo 1557 del Código Civil, tantas veces citado, y que no concurre en este caso como se ha visto y demostrado”.

requisitos de esta última, con lo cual, a nuestro juicio, prescindió de la intención de los contratantes y vulneró la regla de utilidad en la interpretación de los contratos (ex art. 1562 CC Ch).

### 2.3. Modelo de cláusula

Conviene tomar en consideración los siguientes elementos al redactar una cláusula de indemnidad:

i. Establecer el alcance patrimonial de la indemnidad, es decir, el riesgo que se transferirá de una parte a la otra, determinando qué tipo de pérdidas, costos, responsabilidades, reclamos, o demandas serán de cargo del otorgante de la indemnidad<sup>391</sup>;

ii. Acordar que la indemnidad cubrirá cualquiera pérdida o expensas que sufra el beneficiario por cualquiera declaración inexacta (*misrepresentation*)<sup>392</sup>. Así, el alcance de la provisión comprenderá infracciones a las representaciones y garantías, y *covenants*<sup>393</sup>;

iii. Con relación al monto de la indemnización, podría convenirse en el acto o bien omitirlo, para que sea un tribunal el que lo determine en caso de ocurrir el evento que gatilla la aplicación de la cláusula de indemnidad. Sin embargo, es usual que se incorpore un límite al monto de la indemnización, ya sea por la vía de determinar un monto máximo reclamable (*cap*) o bien establecer un monto mínimo de reclamos que deben acumularse para hacer efectiva la cláusula de *indemnity* (cláusula *basket* o de deducible)<sup>394</sup>. También se puede precisar un monto mínimo que debe pesar cada reclamación para poder recurrir a la cláusula de *indemnity* (cláusula *mini basket*)<sup>395</sup>;

iv. Establecer si la obligación del otorgante de mantener indemne comprende o no la obligación de defender judicial y extrajudicialmente (a su

<sup>391</sup> Podría tratarse de demandas laborales, administrativas, extracontractuales de terceros en contra del beneficiario, o bien referida a eventos ocurridos en el pasado. También podría cubrir reclamos del propio otorgante en contra del beneficiario o de sus relacionados. Véase, Favier (2010). Disponible en: [http://www.favierduboispspagnolo.com/trabajos\\_doctrina/web8.clausulas\\_de\\_indemnidad.pdf](http://www.favierduboispspagnolo.com/trabajos_doctrina/web8.clausulas_de_indemnidad.pdf) [Fecha de consulta: 12 de abril de 2018].

<sup>392</sup> FREUND (2004) p. 366.

<sup>393</sup> STARK (2003) p. 269.

<sup>394</sup> La cláusula implica que solo en el caso en que el daño que reclama el comprador supere determinado monto, podrá hacer exigible la cláusula de indemnidad.

<sup>395</sup> ORDOÑEZ (2013) p. 20.

costa) al beneficiario de la cláusula, en caso de que exista una demanda, acción o reclamo de un tercero. En este último caso, se agregará a la obligación de dar, que supone la cláusula de indemnidad (pago directo o reembolso), una obligación de hacer, como es asumir la defensa judicial de la parte beneficiada y sus costos legales. También resultará adecuado determinar quién controlará la defensa en última instancia o bien si será una mera colaboración no determinante<sup>396</sup>;

v. Asimismo, es apropiado establecer el procedimiento para hacer efectiva la indemnidad, que se gatillará en el caso en que se inicie un reclamo que coincida con el alcance de la cláusula de indemnidad y, en ese sentido, determinar las notificaciones que deberán remitirse al obligado para que asuma la defensa y/o pago que corresponda en definitiva. El otorgante podrá asumir esa defensa a su costo y, en el caso de que este no lo haga, podrá ser asumida por el beneficiario;

vi. Definir la duración de la indemnidad, incorporando el inicio de la vigencia y su expiración, como también el término de los hechos que darán lugar a reclamaciones de terceros sobre el patrimonio del negocio o inversión practicada por el beneficiario<sup>397</sup>;

vii. Establecer si la indemnidad será el remedio exclusivo que tendrá el beneficiario o si este podrá recurrir a otros remedios que le reconozca el contrato o la legislación común, tales como resolución, terminación e indemnización de perjuicios legal o convencional (cláusula penal);

viii. Eliminar —como sugiere Freund— cualquier ambigüedad sobre la relación entre las cláusulas de indemnidad y las cláusulas de representación y garantías, quedando claro que estas incluso operarán luego de la suscripción y perfeccionamiento del negocio; para precisar que todas las infracciones a las representaciones y garantías estarán cubiertas por la cláusula de indemnidad, incluir infracción a *covenants*, entre otros<sup>398</sup>;

<sup>396</sup> FREUND (2004) p. 378.

<sup>397</sup> Por ejemplo, en los eventuales reclamos vinculados a impuestos, la duración de la cláusula de indemnidad será hasta el plazo de prescripción legal de las obligaciones tributarias respectivas. En otros casos, será el adquirente el que descubrirá la existencia de la declaración incorrecta (*misrepresentation*) luego de haber tomado el control del activo respectivo, lo que conllevará un proceso de negociación del plazo de vigencia de la cláusula de indemnidad. Véase, FREUND (2004) pp. 373 y 374.

<sup>398</sup> FREUND (2004) p. 159.

ix. Precisar la forma en que el otorgante asegurará el cumplimiento de su obligación de pago o reembolso en caso de ocurrir un evento cubierto en la cláusula de indemnidad, para cuyo efecto, lo usual es el establecimiento de montos en reserva (*escrow payments*) en virtud de los cuales parte del precio<sup>399</sup> pagado al vendedor quedará en poder de un tercero independiente de las partes, garantizando el cumplimiento de la obligación de indemnidad o bien el otorgamiento de boletas de garantía o pólizas de garantía (para cubrir las eventuales obligaciones de hacer, como defender judicialmente al beneficiario); o, como alternativa, la facultad de compensar convencionalmente los créditos y deudas entre acreedor y deudor (se compensaría la obligación del beneficiario/comprador de pagar el precio pendiente de pago, con la obligación de pagar la compensación por parte del otorgante/vendedor), y,

x. Acordar una obligación solidaria frente a la cláusula de indemnidad por parte de los otorgantes, si estos son varios, evitando que se configure una obligación simplemente conjunta, que dificulta su cobro para el beneficiario<sup>400</sup>.

Finalmente, proponemos tres modalidades de cláusulas de indemnidad en su redacción tradicional:

#### Opción 1

“El otorgante deberá mantener indemne al beneficiario y hacerse cargo de toda responsabilidad y sumas a que sea condenado el beneficiario, incluyendo costas o cualquier otra suma que este deba pagar como consecuencia de juicios promovidos por terceros y/o dependientes del otorgante”.

#### Opción 2

“Las vendedoras efectúan las siguientes declaraciones: A) Que a [fecha] el [persona] no tiene otras contingencias tributarias que las que aparecen en sus libros. Por lo tanto, si eventualmente se detectaren nuevas contingencias tributarias a la fecha recién señalada, serán de cargo de las vendedoras las cantidades que con motivo de ellas deban ser pagadas al Fisco, siempre que se cumplan los siguientes requisitos copulativos: (i) Que el Fisco hubiere notificado la cobranza de la posible deuda tributaria no después del [fecha] por citación, liquidación o giro; (ii) Que [persona] haya dado aviso a las ven-

<sup>399</sup> Es conveniente establecer expresamente en el contrato que el monto de la cláusula de indemnidad no corresponde a parte del precio; el que, por lo demás, ya fue pagado.

<sup>400</sup> FREUND (2004), p. 380.

dedoras antes del vencimiento del plazo en que deban oponerse las defensas correspondiente; y, (iii) Que [persona] oponga en forma oportuna todas las defensas legales de que razonablemente disponga, hasta que se dicte sentencia de término del juicio<sup>401</sup>.

### Opción 3

“El Subcontratista defenderá e indemnizará al Contratista Principal, y a sus directores, empleados, agentes, accionistas, subcontratistas y clientes, de y contra todas las alegaciones, reclamaciones, acciones, demandas, daños, obligaciones, pérdidas, costos y gastos (incluyendo, sin limitación, los honorarios y costos de los abogados) que surjan de, se relacionen con o resulten de cualquier acto u omisión negligente o intencional del Subcontratista”.

## 3. Cláusula de equidad o hardship

### 3.1. Noción

La cláusula *hardship* nace a partir de las discusiones y dificultades que ha tenido el reconocimiento y aplicación de la teoría de la imprevisión por la doctrina y la jurisprudencia en diversos sistemas jurídicos, especialmente en el romano-germánico<sup>402</sup>. Así, para evitar esa discusión, su introducción al contrato se ha realizado por la vía convencional<sup>403</sup>.

Recordemos que, ante aquellos eventos o circunstancias imprevistas que, aun cuando no hacen imposible cumplir una obligación (es decir, que no constituyen una hipótesis de caso fortuito), pero que la tornan excesivamente onerosa para el deudor, se ha planteado e incluso legislado, la posibilidad de revisar, modificar e incluso terminar el contrato, recurriendo a la teoría de la imprevisión.

En derecho comparado, paulatinamente se ha ido incorporando mediante reformas legales. Entre los casos más contemporáneos, se encuentran las

<sup>401</sup> Tomada de RECARTE (2013) pp. 58 y ss.

<sup>402</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 432.

<sup>403</sup> En otros sistemas, se reconoce esta doctrina, ya por la teoría de la *impracticability* como por la doctrina de la *frustration of contract* en el sistema del *Common Law* e incluso mediante la adaptación del contrato, como ocurre, en el derecho italiano, alemán, griego, entre otros, según señala SÁNCHEZ (2012) p. 427. En nuestro medio, sobre este punto, BANFI (2006) pp. 29-49, quien revisa la doctrina de la frustración del contrato e *impracticability*.

nuevas reformas al derecho de las obligaciones realizadas en Argentina y Francia, en donde se ha regulado expresamente. En el caso de Argentina se recogió la teoría de la imprevisión en el artículo 1091<sup>404</sup> CCC Ar<sup>405</sup>. En el caso de Francia, se introdujo esta figura en el artículo 1195 CC Fr<sup>406</sup>, mediante la reforma del año 2016<sup>407</sup>.

<sup>404</sup> Señala el citado artículo 1091: “*Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. / Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia*”.

<sup>405</sup> Sobre la doctrina de la imprevisión en el CCC Ar, puede verse PIZARRO (2016) pp. 437 y ss.

<sup>406</sup> Dispone el citado artículo 1195: “*si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. [...] En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*”. En traducción libre: “*si un cambio de circunstancias que era imprevisible en el momento de la celebración del contrato hace que el rendimiento sea excesivamente oneroso para una parte que no haya aceptado el riesgo de dicho cambio, esa parte podrá solicitar a la otra parte contratante que renegocie el contrato. La primera parte debe continuar cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación. [...] En caso de rechazo o fracaso de las renegociaciones, las partes pueden acordar rescindir el contrato a partir de la fecha y en las condiciones que determinen, o mediante un acuerdo común solicitar al tribunal que establezca su adaptación. En ausencia de un acuerdo dentro de un tiempo razonable, el tribunal podrá, a solicitud de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, a partir de una fecha y sujeto a las condiciones que determine*”.

<sup>407</sup> En este último punto, véase MOMBERG (2015) p. 135. También puede revisarse FAUVARQUE-COSSON (2016) p. 187, quien señala que la nueva normativa francesa contenida en la reforma al Code, es una interesante ilustración acerca del fenómeno y testimonio de pluralismo legal europeo, que extrae su inspiración del ambiente europeo e internacional. Sin embargo, ya se ha planteado que es probable que en el futuro las partes del contrato pacten cláusulas de exclusión de teorías para que esta doctrina y regla legal no se aplique en el caso concreto, a fin de mantener incólume el *principio pacta sunt servanda*.

La situación en nuestro derecho es la siguiente. Ante estas circunstancias sobrevinientes, imprevistas y que afectan sustancialmente el equilibrio de las prestaciones de las partes, existiría un conflicto entre dos principios que orientan al derecho contractual. Por una parte, el principio de intangibilidad de los contratos y su fuerza obligatoria (reconocido en el art. 1545 CC Ch), que no permitirían que un deudor se exima de cumplir con su obligación, fundado en la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación<sup>408</sup>. En contraposición, el principio de buena fe contractual (art. 1546 CC Ch)<sup>409</sup>, la institución de la causa del contrato y el equilibrio de las prestaciones en los contratos onerosos conmutativos, exigirían considerar una revisión de este, con el objeto de restituir la equivalencia económica de la relación, por lo que sería obligatoria a todo contratante la readecuación de los términos del contrato<sup>410</sup>.

<sup>408</sup> Ya Tallon, citado en FAUVARQUE-COSSON (2017) p. 188, indicaba en 1984, que este principio había perdido su vigor en el derecho comparado, a causa de la existencia de la doctrina de la imprevisión en diversos sistemas legales.

<sup>409</sup> En todo caso, CORRAL (2010), p. 244, expresa que “corresponde a la buena fe contractual el que el contrato se cumpla tal como fue planteado, sobre todo si ha sido pactado para tener una larga duración en el tiempo y en que las partes tienen derecho a operar sobre la expectativa razonable de que el contrato se cumplirá no obstante la variación de las circunstancias existentes a la época del contrato”.

<sup>410</sup> Así, se ha expresado la plena compatibilidad de la teoría de la imprevisión con la regulación contractual, por DÓRR (1985), p. 264, afirmando que, “en nuestra opinión la teoría de la imprevisión no sólo es compatible con nuestro Código Civil, sino que coherente con sus disposiciones básicas en materia contractual. [...] Y esta aplicación, fundamentalmente, puede hacerse siguiendo cuatro órdenes, distintos de argumentaciones: el primero de ellos basado en la causa tal cual está consagrada en nuestro Código; el segundo, en la naturaleza del contrato bilateral oneroso y conmutativo que implica equivalencia en las prestaciones recíprocas; el tercero, el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos y, por último la integración por la equidad”. En el mismo sentido se ha pronunciado MOMBERG (2010a) p. 57, quien ha señalado que “derivado de la buena fe aparece aquí el deber de cooperación que se deben mutuamente los contratantes y que implica que ambos deben tener en consideración no solo su propio interés en el cumplimiento del contrato, sino también el de la contraparte, de manera de alcanzar el objetivo o fin común que se buscaba al celebrar el contrato, o lo que es lo mismo, los beneficios recíprocos derivados del acuerdo. De este modo, puede sostenerse que, cumpliéndose los requisitos de la excesiva onerosidad sobreviniente, contraviene la buena fe y por tanto al deber de cooperación mutua que corresponde a los contratantes, la conducta de la parte que se niega a la readecuación del contrato e insiste en exigir la prestación según los términos literalmente establecidos”.

La discusión acerca de la aplicación de la doctrina de la imprevisión se presenta ante contratos sinalagmáticos y conmutativos, pues nace a partir de la pérdida de equivalencia de las prestaciones recíprocas que se adeudan los contratantes. En particular, el problema suele generarse en contratos de tracto sucesivo o de largo plazo –típicamente de suministro, distribución, construcción, arrendamiento, transporte, *leasing*, etc.–, ya que en ellos existe un momento diferido entre la celebración del contrato y la ejecución continua y sucesiva del mismo<sup>411</sup>. También es posible en el caso de contratos bilaterales de ejecución diferida de una de las obligaciones<sup>412</sup>.

Nuestra judicatura, mayoritariamente ha tendido a rechazar la aplicación de la teoría de la imprevisión, dando primacía a la intangibilidad contractual<sup>413</sup>, salvo –claro– aquellos casos en que expresamente el legislador

<sup>411</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 432.

<sup>412</sup> ABELIUK (2008) p. 988.

<sup>413</sup> La sentencia clásica, que no se refiere a la imprevisión pero sí a la intangibilidad del contrato y a la autonomía privada, dice que “[...] los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad o bien de costumbres o reglamentos administrativos... los que son absolutamente ajenos a las estipulaciones peculiares del conjunto de derechos y obligaciones que crea, por libre y espontánea voluntad de las partes, el contrato [...]” (*Galtier con Fisco* (1925)). El único fallo de la Corte Suprema en el que se refirió expresamente a la teoría de la imprevisión (considerando 12°), rechazándola, fue en *South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso* (2008). Comentando este fallo, PIZARRO (2011b) pp. 338-344 lúcidamente advirtió que la Corte Suprema borró de un plumazo la teoría en comento, la que aparentemente había sido acogida en *Larrain Vial con Serviu RM* (2006), comentada por ALCALDE, (2007) pp. 361-372, sosteniendo que la Corte pudo resolver el caso sin necesidad de acudir a la imprevisión, sino aplicando la teoría de Pablo Rodríguez. Parece ser que, en estos casos, más que aplicar la teoría de la imprevisión, se siguió la tesis de Pablo Rodríguez Grez, conforme a la cual, más allá del deber de diligencia pactado o aplicable por la norma subsidiaria, la conducta sería inexigible. La tesis en comento, en realidad, fue advertida por DE LA MAZA (1933) pp 148-149, quien por lo demás la criticó. Al respecto, de la Maza sostuvo que “interviniendo un acontecimiento constitutivo de imprevisión que haga más onerosa o difícil la ejecución, el deudor podría negarse a cumplir sus obligaciones en su tenor primitivo, probando y fundándose en que se le exigen esfuerzos superiores a los que supone el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios. Los artículos citados [arts. 44, 1547 y 1558] autorizarían para asimilar esta imposibilidad jurídica y legal, a la fuerza mayor, si se les interpretara en la forma expuesta. La obligación debería ser ejecutada en tanto cuanto su ejecución no demandara esfuerzos superiores a los que un hombre cuidadoso y diligente emplea ordinariamente en sus propios negocios. Como ya lo hemos dicho,

reconoció su procedencia, como, por ejemplo, el artículo 2003, regla segunda, CC Ch, a propósito del contrato de construcción; o el artículo 2180 N° 2 CC Ch, en relación con el contrato de comodato<sup>414</sup>, entre otros<sup>415</sup>.

Con todo, cierta jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado implícitamente en orden a reconocer la aplicación de dicha doctrina de manera general<sup>416</sup> y en otros casos, se han restringido los efectos del contrato en virtud de la doctrina que considera inexigible otra conducta del deudor atendido el nivel de diligencia que le era exigible conforme al contrato<sup>417</sup>, como ocurrió en *Rosas Mendoza Jaime con Gutiérrez Muñoz Juan*, en donde la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió que, "no pudiendo calificarse jurídicamente el contrato celebrado entre las partes sino como oneroso y conmutativo, la equivalencia en las prestaciones resulta fundamental por cuanto dicha característica es un elemento de la naturaleza de ese tipo de contrato, esto es, según lo dispone el artículo 1444 del Código Civil, 'aquellas cosas que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula (sic) especial'. De manera que al alterarse la equivalencia en las prestaciones, se afecta el contrato mismo, situación que permite consecuentemente su revisión"<sup>418</sup>.

esta argumentación asimila la imprevisión a la fuerza mayor y es inaceptable por las razones que ya hemos expuesto".

<sup>414</sup> Para esta discusión, véase a VIAL; CORRAL y JIMENO (2013). En un mismo sentido: MOMBERG (2010a) pp. 29-64.

<sup>415</sup> ABELIUK (2008) p. 990. Además de los casos mencionados, se suele incluir dentro de las hipótesis en que el legislador ha aceptado la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, la contenida en el artículo 2227 CC Ch, a propósito del contrato de depósito. En virtud de esta norma, se le permite al depositario cuando, de mantenerse la cosa en su poder, peligre el depósito o le cause perjuicio.

<sup>416</sup> Véase el considerando décimo del fallo *South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso* (2008), así como el considerando duodécimo del fallo *Haardt C., Carla y otros con Peralta Valenzuela Ricardo* (2012).

<sup>417</sup> Véase también *José Agustín Solar Bartheld contra Isapre Consalud S.A.* (2009), considerando noveno.

<sup>418</sup> *Rosas Mendoza, Jaime con Gutiérrez Muñoz, Juan* (2011). Nótese que, aparte del considerando 8° del fallo de la Corte de San Miguel, que se reprodujo arriba, están los siguientes considerandos que lo preceden y los que le siguen, mismos que confirmarían que lo que hizo ese tribunal, fue aplicar la tesis de Rodríguez Grez: "Sexto: Que de esta manera, siendo inseparables los conceptos de cumplimiento con prestación de lo que se debe, por una parte, y por la otra,

Así, entonces, frente al escenario de un desequilibrio excesivo y sobreviniente en la relación contractual, la cláusula *hardship* surge como una alternativa convencional a la aplicación de la teoría de la imprevisión, permitiendo que entre los contratantes, se reestablezca el equilibrio económico perdido, ya sea obligándolos a modificar de buena fe el contrato, o bien que el juez lo modifique o derechamente lo termine.

Finalmente, cabe agregar que la cláusula en análisis no presenta problemas de validez, pues regula derechos disponibles por las partes. Tampoco existe una norma prohibitiva al respecto, siendo incluso aplicable a determinados casos expresamente legislados. Por ello, en virtud del principio de la autonomía privada, podrían las partes expresamente acordar que, ante eventos imprevistos que gravan excesivamente las prestaciones de una de ellas, se podrá solicitar el restablecimiento económico de la relación contractual, modificando el contrato o bien terminándolo.

perjuicios con incumplimiento, es posible concluir que sólo habrá incumplimiento cuando no se realiza la prestación estipulada a la fecha del contrato y no habrá incumplimiento porque no habrá obligación, cuando no se ejecuta cualquiera otra prestación que deba realizarse por encima de lo previsto, y por ende acordado, en la fecha que se celebró el contrato -marzo 2007"; "Séptimo: Que se refuerza lo expuesto, lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil que en su parte pertinente establece que "El deudor" es responsable de la culpa leve, en los contratos que se hacen para beneficio recíproco; así tratándose en la especie de un acto jurídico bilateral que reporta beneficio para ambas partes, era el cuidado de un buen padre de familia el que debían emplear éstas y, como resulta evidente, ese comportamiento es el único que se les puede exigir, pero siempre dentro de marco de lo estipulado en el contrato original"; "Noveno: Que, así planteadas las cosas, el exigirle al demandado asumir los mayores gastos que implicaron la obra, es someterlo a realizar una prestación no prevista, es decir, "no debida" que se encuentra fuera de la relación contractual vigente desde 2007, situación que deberá ser revisada mediante la aplicación de la llamada Teoría de la Imprevisión, procedimiento que no implica alterar el contenido del contrato existente entre las partes sino que tan sólo precisar y afirmar su existencia, pero restableciendo su real sentido y alcance"; "Décimo: Que en definitiva y como ya se ha desarrollado a lo largo del fallo, es evidente que hubo un cambio en las circunstancias del contrato que fue ajeno a la voluntad de las partes, por lo que es evidente que dichos nuevos acuerdos no están dentro del marco del pacto original y en consecuencia la obligación que se ha invocado para sustentar la presente acción es distinta al instrumento del cual se pretende utilizar como fuente de derecho, razones por las cuales debe desestimarse la acción deducida".

### 3.2. Efectos

Como vimos, en el contexto clásico de nuestro de derecho es donde cobra su máxima importancia la cláusula *hardship*, al convenir las partes que, ante eventos imprevistos que gravan excesivamente las prestaciones de una de ellas, esta podrá solicitar el restablecimiento económico del contrato.

Dependiendo de los términos del pacto, su aplicación es exigible cuando: (i) se verifica una circunstancia imprevista que no es un riesgo asumido por alguna de las partes; (ii) esta circunstancia es independiente y externa a la voluntad de las partes; (iii) debería afectar a toda una categoría de contratantes; y, finalmente, (iv) existe una dificultad seria, considerable o de cierta entidad de cumplir las obligaciones que emanan del contrato. No toda dificultad hace procedente su aplicación, sino que una circunstancia sobreviniente que altera de manera efectiva el equilibrio de las prestaciones, ya porque el costo de una de ellas aumenta considerablemente de valor, ya porque el valor de la prestación que una de las partes recibe ha disminuido sustancialmente<sup>419</sup>.

Frente a circunstancias calificadas, el objetivo de la cláusula es volver a un equilibrio contractual<sup>420</sup>. Para conseguir esta finalidad, el principal efecto de la cláusula es que autoriza al deudor a solicitar un proceso de renegociación (extrajudicial) de los términos del contrato (pero, usualmente, el deudor no podrá suspender el cumplimiento de su prestación), ya sea por tratativa directa de las partes, o recurriendo a un tercero (mediador, árbitro, panel experto u otro), que incluso podrá proponer modificar el contrato, ofreciendo nuevos términos a las partes, o bien terminando la relación contractual<sup>421</sup>. En otros casos, incluso podrá el juzgador condenar a indemnizar los perjuicios causados a la otra parte por negativa o rompimiento de mala fe de la renegociación del contrato, atendida las nuevas circunstancias<sup>422</sup>.

<sup>419</sup> Véase art. 6.2.2. PICC.

<sup>420</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 426.

<sup>421</sup> Esta es la solución que entrega el artículo 1091 CCC Ar, que otorga el derecho del deudor a pedir judicialmente (como acción o excepción), o extrajudicialmente, la resolución, total o parcial, del contrato o bien su readecuación.

<sup>422</sup> Artículo 6:1.1.1. PECL y MCR.

En la práctica contractual, las partes también suelen convenir que, ante imprevistos, se aplicarán o dejarán de aplicar tasas, multas, pago de precios o prestaciones previamente fijadas.

### 3.3. Modelo de cláusula

En su redacción, aparece que deben establecerse con claridad:

- i. Los eventos imprevisibles que calificarán para la aplicación de los remedios establecidos en la cláusula;
- ii. Los derechos que tendrá el deudor en el caso en que se verifiquen aquellos eventos previamente definidos, estableciendo un plazo en que deberán ejercerse y cuándo se entenderá que la negociación para la modificación del contrato ha concluido para así continuar con la siguiente etapa, probablemente, jurisdiccional;
- iii. Si se suspenderá o no el cumplimiento del contrato, y, en caso afirmativo, en qué términos y cuáles serán las prestaciones a favor de las partes del contrato (podría establecerse un mecanismo para determinar un precio justo, por medio del informe de un tercero, por ejemplo); y,
- iv. Determinar las potestades que tendrá el árbitro llamado a resolver la contienda, precisamente, si podrá proponer modificaciones al contrato o su terminación (total o parcial), entre otras.

Finalmente, la redacción usual de esta cláusula es la siguiente:

"Si durante la ejecución de este contrato sobrevienen circunstancias económicas, políticas o técnicas<sup>423</sup>, que fueron imprevisibles para las partes, más allá de su control, haciendo que el cumplimiento del contrato sea oneroso (aunque no imposible) para una de ellas, y, adicionalmente la carga exceda cualquiera de las previsiones anticipadas hechas por las partes al momento de la firma del contrato, aquella parte afectada tiene el derecho de pedir una solución equitativa mediante la revisión del contrato<sup>424</sup>. Las partes discutirán el asunto y, si no llegaren a un acuerdo, la parte afectada podrá pedir la conformación de un tribunal arbitral conforme el contrato"<sup>425</sup>.

<sup>423</sup> Esta cláusula contiene elementos imprevistos abiertos. Alternativamente, podrían establecerse una lista de imprevistos cerrada.

<sup>424</sup> Tampoco comprende la cláusula la posibilidad del deudor de suspender su prestación, sino que, únicamente, instar por la renegociación de buena fe del contrato.

<sup>425</sup> Tomado de Ugo Draetta, *et al.*, citado en CASTRO Y ZAPADA (2005) p. 21.

Otra alternativa es la propuesta por la Cámara de Comercio Internacional<sup>426</sup>, incorporándola por referencia<sup>427</sup>.

#### 4. Cláusula de fuerza mayor

##### 4.1. Noción

La cláusula de fuerza mayor<sup>428</sup> asigna el riesgo del acaecimiento de un evento, que se califica como fortuito, a uno de los contratantes, y regula las consecuencias que se derivarán de dicho evento para las partes (que pueden ser la terminación del contrato, la exoneración de responsabilidad

<sup>426</sup> La cláusula de la Cámara de Comercio Internacional, es del siguiente tenor: "[1] A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. / [2] Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: [a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that [b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event. / [3] Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract". En traducción libre: "[1] Una de las partes de un contrato está obligada a cumplir sus obligaciones contractuales, incluso si los acontecimientos han hecho que el cumplimiento sea más oneroso de lo que razonablemente pudo haber sido anticipado en el momento de la celebración del contrato. / [2] No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de esta Cláusula, cuando una parte en un contrato demuestre que: [a] el cumplimiento continuo de sus obligaciones contractuales se ha vuelto excesivamente oneroso debido a un evento fuera de su control razonable y que razonablemente no pudo esperarse haberlo tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato; y que [b] no pudo razonablemente haber evitado o superado el evento o sus consecuencias, las partes están obligadas, dentro de un plazo razonable desde la invocación de esta Cláusula, a negociar términos contractuales alternativos que cubran razonablemente las consecuencias del evento. / [3] En caso de que, siendo aplicable el párrafo 2 de esta Cláusula, los términos contractuales alternativos que cubran razonablemente las consecuencias del evento no sean acordados por la otra parte del contrato según lo dispuesto en ese párrafo, la parte que invoca esta Cláusula tendrá derecho a poner término al contrato".

<sup>427</sup> Críticas a la redacción de la cláusula pueden revisarse en SÁNCHEZ (2012) p. 431.

<sup>428</sup> Denominada como "force majeure clause" en la tradición anglosajona.

civil contractual del deudor, la suspensión del cumplimiento o el cobro de determinadas prestaciones).

Su validez es indiscutible, al tenor del inciso final del artículo 1547 CC Ch, que expresamente autoriza que las partes puedan regular el caso fortuito, por medio de una convención que modifica el régimen de responsabilidad civil contractual supletorio aplicable a la relación jurídica. Igual predicamento se deriva del artículo 1673 CC Ch.

Un caso resuelto, dando plena validez al pacto en estudio, lo constituye *La Interamericana Compañía de Seguros con Rojas y Espinoza Limitada*, en que un transportista se obligó a responder por el robo de las mercaderías transportadas, tomando sobre sí, la responsabilidad por el acaecimiento de un caso fortuito<sup>429</sup>.

El beneficio de la cláusula de fuerza mayor es claro. Si un determinado evento es calificado como caso fortuito por el contrato y acaece, el deudor no será responsable del incumplimiento de su obligación contractual, siendo excusado de la responsabilidad civil contractual<sup>430</sup>. Por el contrario, si el evento no califica como caso fortuito, el deudor no podrá excusar su incumplimiento y, además, deberá indemnizar los perjuicios que le cause al acreedor.

Su incorporación en contratos complejos usualmente se realiza al final del acuerdo, dentro de las cláusulas misceláneas; siendo recurrente su uso en contratos bilaterales que imponen obligaciones que deberán cumplirse en el largo plazo, anticipando la ocurrencia de circunstancias concretas, imprevisibles y sobrevinientes que pueden afectar el cumplimiento o equilibrio de las obligaciones originalmente pactadas.

En la tradición anglosajona, es corriente un gran detallismo en su formulación, lo que genera una importante negociación entre las partes<sup>431</sup>.

<sup>429</sup> *La Interamericana Compañía de Seguros con Rojas y Espinoza Limitada* (2014). En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió "que en consecuencia de lo anterior, se sigue naturalmente que habiendo asumido el demandado en el contrato de prestación de servicios a Tecnoglobal S.A. que se ha venido analizando, en su cláusula séptima de manera expresa la responsabilidad de que los efectos del caso fortuito derivados de un robo de la mercadería a su cargo de transportar y de propiedad de Tecnoglobal, se encontraba obligado a responder contractualmente por el valor de las mismas, cualquiera que sea el grado de culpa de que se responda, no puede exonerarse de su responsabilidad, alegando la existencia de caso fortuito".

<sup>430</sup> CORRAL (2010) p. 131.

<sup>431</sup> STARK (2003) p. 321.

Jurídicamente, la institución puede insertarse dentro de la excepción o defensa de imposibilidad o de impracticabilidad comercial<sup>432</sup>.

Con todo, existen otras cláusulas contractuales que permiten al deudor calificar sus obligaciones bajo el contrato, con miras a excusar su incumplimiento frente a eventos que podrían no ser considerados como caso fortuito<sup>433</sup>. En esa línea, se citan por la doctrina norteamericana, los contratos de opción, donde una de las partes se reserva la facultad de aceptar o no el contrato; o bien cuando se califican las obligaciones como “*best efforts*”<sup>434</sup>; o también cuando se conviene la facultad de terminar el contrato unilateralmente, y sin expresión de causa; y, finalmente, cuando se limitan los remedios a favor del acreedor frente al incumplimiento del contrato, entre otros<sup>435</sup>.

#### 4.2. Efectos

Los efectos de la cláusula de caso fortuito dependerán del tenor de la convención de las partes. Por ello, es conveniente regular sus efectos, considerando las siguientes posibilidades:

i. Determinar la exención de responsabilidad civil del deudor por el incumplimiento contractual, que no le será imputable a causa del caso fortuito;

<sup>432</sup> Que exige, conforme las reglas del *Common Law*, para poder excusar el cumplimiento de un contrato, que el incumplimiento sea impracticable a causa de un evento sobreviniente que no fue asignado por las partes al momento de celebrar el contrato y que no sea imputable al deudor. Cfr. STARK (2003) p. 321, quien a su vez cita el libro *Murray on Contracts* (1990). A nivel conceptual, se articulan estas defensas en base a supuestos bajo los cuales los contratantes acordaron el convenio. En el caso de la *impracticabilidad*, el supuesto que falla ocurre con posterioridad a la celebración del contrato, e impide su cumplimiento. En cambio, si el supuesto falló al momento de celebrar el contrato, se analiza como una hipótesis de error (*mistake*). Véase FARNSWORTH (2014) p. 601.

<sup>433</sup> FARNSWORTH (2014) p. 600.

<sup>434</sup> ACEVEDO (2006) p. 102., quien indica que “el Diccionario Black’s Law define mejores esfuerzos (*best efforts*) como: ‘un intento diligente de cumplir una obligación’. También establece que los mejores esfuerzos se determinarán tomando en cuenta ‘las medidas que tomaría un hombre prudente actuando en las mismas circunstancias y de la misma naturaleza a la parte actora’”.

<sup>435</sup> Como sería el caso de las cláusulas que limitan la responsabilidad del deudor, por ejemplo, que quedan excluidos de la indemnización el lucro cesante y el daño moral; o que se responderá hasta un monto máximo (sin perjuicio de la culpa grave o dolo); o que solo habrá derecho a exigir el cumplimiento forzado, y, en otros casos, que las partes renuncien a la acción resolutoria para consolidar los efectos del contrato.

ii. Regular la suspensión del cumplimiento de las obligaciones del deudor y su duración mientras permanezca la circunstancia fortuita;

iii. Precisar que el acaecimiento del caso fortuito solo excusará el incumplimiento de determinadas obligaciones afectadas directamente por él, pero dejará subsistente el cumplimiento de otras que no se vean afectadas por el hecho que la causa;

iv. Fijar el procedimiento contractual de notificación del evento de caso fortuito al acreedor por parte del deudor y los deberes que pesarán sobre este, particularmente, el de mitigar los efectos adversos que el caso fortuito pueda generar en el patrimonio del acreedor<sup>436</sup> como también el de reportar la cesación del evento de caso fortuito, para que se puedan retomar las obligaciones afectadas por el mismo;

v. Convenir las prestaciones que se devengarán con ocasión del caso fortuito; y,

vi. Fijar la eventual facultad de terminar el contrato a causa del evento de fuerza mayor.

Más allá de la amplia reglamentación contractual recomendada para la implementación de este tipo de cláusulas, encontramos un caso arbitral en el cual, habiéndose insertado la cláusula en análisis, en donde el deudor no se hacía cargo del caso fortuito, el tribunal arbitral condenó al deudor por su negligencia en adoptar medidas de cuidado para evitar un incendio ocurrido con posterioridad al terremoto de 2010, evento, este último, que sí era un caso fortuito calificado como tal en el contrato<sup>437</sup>.

<sup>436</sup> SALAMANCA (2012) p. 116.

<sup>437</sup> *Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (2012b)*. En este caso, los contratantes suscribieron un contrato de prestación de servicios de almacenaje y logística, obligándose, la empresa demandada, a almacenar en sus bodegas diversos productos de demandante, en condiciones de seguridad necesarias para su mantenimiento, tratándose especialmente de productos químicos y altamente inflamables. Con ocasión del terremoto de 2010, se generó un incendio en las dependencias de la demandada que terminó destruyendo completamente las mercaderías del demandante. Se acreditaron en el proceso, por la demandante, diversos incumplimientos de la empresa demandada. El árbitro, al respecto, resolvió que “la causa directa e inmediata del desastre ocurrido es el terremoto [...] Pero las causas mediatas o indirectas que produjeron el incendio deben ser consideradas también decisivas en la ocurrencia del siniestro. A juicio de este Árbitro, los hechos recién mencionados revisten el carácter de concausas o causas concurrentes que produjeron el siniestro, que no pueden aislarse unas de otras, lo que impide considerar que este se produjo solamente por caso fortuito toda vez que contribuyó al mismo suceso el incumplimiento en que incurrieron las partes de sus respectivas y más relevantes obligaciones. Han consistido, fundamentalmente, como

### 4.3. Modelo de cláusula

En la redacción de la cláusula de fuerza mayor deberían tomarse en consideración los siguientes factores, además de los ya indicados al momento de revisar los efectos de esta cláusula:

i. Definir la fuerza mayor o caso fortuito<sup>438</sup> bajo los términos del contrato y establecer un catálogo de eventos que calificarían como caso fortuito y otros que no lo serían<sup>440</sup>. En ese sentido, es imposible establecer de antemano todos los eventos que podrían calificar como caso fortuito, lo que motiva la introducción de una cláusula que califique como tales, aquellos eventos que tengan similares causas que vayan más allá del control de una de las partes<sup>441</sup>, que impiden el cumplimiento del contrato y que fueron imprevisibles a la fecha de su celebración.

ii. Determinar la prestación que podría verse afectada por el caso fortuito (el bien o servicio a entregar o prestar con ocasión del contrato). Es conveniente para el deudor, especificar esa prestación, de manera que cubra una cosa genérica o servicio reemplazable que aparezca suficientemente

*ha quedado acreditado con las probanzas rendidas en estos autos, por un lado, en las malas prácticas e infracciones a las normas de seguridad en que la demandada incurrió durante el almacenaje en sus bodegas y, por otra parte, la demandante ha experimentado los perjuicios que reclama en contra la demandada en este litigio al no tener asegurados convenientemente los productos y mercaderías que entregó a este último con arreglo a lo convenido, toda vez que aceptó, al contratar los servicios de la demandada, que esta última no fuera responsable de fuerza mayor como terremotos e incendios". En vista de lo anterior, el árbitro acogió parcialmente la demanda, declarando terminado el contrato celebrado por haber incurrido la demandada en incumplimiento del mismo, y condenando a esta a indemnizar los perjuicios reclamados por el demandante.*

<sup>438</sup> También podría incluirse como tal, un evento que constituya una hipótesis de frustración de contrato, es decir, circunstancias que acaecen con posterioridad a la celebración del contrato, que no impiden su cumplimiento, pero que implican la frustración del fin u objeto del contrato para una de las partes. Este remedio —propio del derecho anglosajón— aparece recogido en el artículo 1090 CCC Ar.

<sup>439</sup> Por ejemplo, guerra, guerra civil, conflicto armado, embargo, invasión, movilización militar, terremoto, sismo, acto de terrorismo, sabotaje o piratería, acto de autoridad lícito o ilícito, cumplimiento de una regulación de autoridad, actividad volcánica, ciclón, tifón, nacionalización, etc.

<sup>440</sup> Por ejemplo, que una huelga legal o ilegal no califique como caso fortuito.

<sup>441</sup> Este tipo de cláusulas invitan al litigio, dado que habrá incentivo del deudor a calificar como eventos de caso fortuito a cualquier impedimento que se le asimile.

especificado<sup>442</sup>, pues, de lo contrario, el caso fortuito no impediría cumplir el contrato con otra cosa genérica (ex art. 1550 CC Ch). Se buscará, así, establecer una obligación de género limitado o suficientemente especificado para que el caso fortuito pueda serle aplicable.

Proponemos dos modelos de cláusulas de caso fortuito:

#### Opción 1

“Se entenderá por fuerza mayor cualquier hecho posterior a la celebración del presente contrato, de naturaleza extraordinaria, ajeno a la voluntad de las partes e irresistible a su control, que no pueda razonablemente haberse previsto al tiempo de celebración del contrato y que motive un incumplimiento en razón de su causa o efectos. Ninguna parte será responsable frente a la otra por retraso o incumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato, en la medida en que dicho retraso o incumplimiento sea provocado o atribuible a fuerza mayor. La parte que alegue la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor debe notificarlo por escrito a la otra parte sin demora, adjuntando a dicha notificación prueba suficiente de la ocurrencia de tal hecho y del carácter imprevisto e irresistible del mismo; y, si las circunstancias lo admiten, de haber empleado la diligencia y cuidado necesarios para evitar sus efectos, sobreviniendo estos a pesar de sus esfuerzos. En todo caso, dicha parte estará obligada a adoptar medidas razonables dirigidas a mitigar los efectos del hecho constitutivo de fuerza mayor sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si la duración del evento de fuerza mayor tiene por efecto privar sustancialmente a una o ambas partes de las expectativas razonables que legítimamente cabía esperar del tenor del acuerdo, cada parte tendrá derecho a poner término al contrato mediante el envío de una comunicación dirigida a su contraparte, manifestando la intención de terminar el contrato. Si, antes del término del contrato, cualquiera de las partes hubiere obtenido un beneficio a causa de cualquier acto realizado por la otra en ejecución de sus obligaciones bajo el contrato, deberá compensar a dicha parte mediante el pago de una suma equivalente al beneficio obtenido”<sup>443</sup>.

#### Opción 2

“En el caso de que cualquiera de las partes se vea incapacitada de cumplir total o parcialmente las obligaciones que este contrato le impone, por fuerza mayor,

<sup>442</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 411. Cfr. PEÑAILILLO (2009) p. 231.

<sup>443</sup> Tomado de SÁNCHEZ (2012) pp. 331 y ss.

según la define el artículo 45 del Código Civil, esta dará una comunicación escrita y de inmediato a la otra parte para darle a conocer la causa y su efecto en el cumplimiento del contrato. La parte afectada hará esfuerzos razonables para resolver los efectos del citado evento. Si a causa del evento de fuerza mayor, el deudor estuviere impedido de cumplir el contrato, el acreedor podrá comprar sus requerimientos en el mercado. Si el evento fortuito dura más de 60 días, el acreedor podrá terminar anticipadamente el contrato mediante el envío de un aviso escrito al deudor, quedando el contrato terminado inmediatamente y sin necesidad de posterior declaración judicial”.

## II. CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Se revisarán a continuación, ciertas cláusulas que buscan regular la forma en que el contrato deberá ser integrado e interpretado en caso de disputa entre las partes, estableciendo ciertos antecedentes o hechos que no podrán ser considerados para fijar el alcance y alcance del contrato; en otros casos, estableciendo ciertas teorías o doctrinas jurídicas que no podrán aplicarse al contrato y sus efectos, entre otras.

### 1. Cláusula de no modificación oral al contrato

#### 1.1. Noción

Por medio de la cláusula de no modificación oral al contrato<sup>444</sup>, los contratantes estipulan que los términos, condiciones y obligaciones que nacen de un contrato, solo podrán modificarse por escrito y mediante el procedimiento expresamente estipulado en el mismo (normalmente, por escrito y suscrito por los representantes que las partes designan en el acto). Esta cláusula se enmarca en una serie de pactos que suelen incorporarse en la contratación internacional, y que tienen por objeto regular la adecuación o adaptación del contrato, ante nuevas exigencias o circunstancias, en este caso, la conducta anterior y ulterior de las partes, con el fin de negarles efecto vinculante.

La finalidad que buscan los contratantes con la inclusión de esta cláusula, que es usual en los contratos de larga duración o de duración continuada<sup>445</sup>,

<sup>444</sup> En el mundo anglosajón se denomina “*non oral modification clause*” (NOM *clause*) o “*antiwaiver clause*”. Véase KNAPP *et al.* (2007) p. 738.

<sup>445</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 238.

es evitar alteraciones o modificaciones no reguladas expresamente en la convención, de modo tal que solo sea esta la que determine el sentido y alcance de sus estipulaciones y no conductas o acuerdos anteriores o posteriores de las partes durante el *iter contractual*<sup>446</sup>.

Como explica Sánchez, se pretende “blindar el contrato [no solo] respecto de cualesquiera otras declaraciones y documentos emitidos durante el proceso de negociación del contrato, sino, especialmente, ante cualquier declaración o acto durante la ejecución y cumplimiento del contrato que pudiese ser interpretado como una modificación de sus condiciones”<sup>447</sup>. De este modo, se intenta, por las partes, otorgar estabilidad al vínculo contractual original, pues la única forma en que se verá alterado, será por acuerdos alcanzados siguiendo el procedimiento que hayan establecido. Por ello, toda conducta ejecutada por una de las partes con la aquiescencia de la otra, o por ambas partes, ya sea durante la negociación, cumplimiento e incluso con ocasión de la terminación del contrato, y que nos pudiese hacer concluir que se han materializado eventuales modificaciones, renunciaciones o alteraciones (por el obrar conjunto de las partes al pacto), no tendrán valor jurídico entre estas, en la medida en que no se haya seguido el procedimiento convenido.

La cláusula en análisis, aun cuando no rechaza la posibilidad de modificar el contrato, tiene como principal efecto obtener mayor seguridad jurídica en su proceso de reforma. Esto, por cuanto las partes decidieron restar eficacia a actuaciones de hecho o la propia ejecución del contrato, para hacer primar la voluntad declarada en la convención. En consecuencia, las partes sabrán que solo han de estarse a los términos estipulados en la convención o sus modificaciones escritas, obtenidas según el procedimiento acordado.

En suma, por intermedio de la cláusula en análisis, se superpone el texto del contrato por sobre las conductas desplegadas por las partes; y se pretende que las disputas que existan entre las partes se resuelvan recurriendo exclusivamente al contrato escrito<sup>448</sup>.

En relación a la visión que el derecho comparado nos proporciona sobre la cláusula de no modificación oral al contrato, podemos señalar lo siguiente.

En el derecho norteamericano, esta cláusula se relacionaba con la exigencia de *consideration* (causa onerosa) para modificar eficazmente un

<sup>446</sup> KNAPP, CRYSTAL y PRINCE (2007) p. 739.

<sup>447</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 238.

<sup>448</sup> KNAPP, CRYSTAL y PRINCE (2007) p. 739.

*interesado, dentro del término establecido por la ley, en orden a realizar las diligencias necesarias y eficaces para hacer efectiva la prerrogativa que se le ha conferido. Tal sanción puede ser aplicada de oficio por el tribunal, en el ejercicio de sus potestades y atiende, especialmente, a la negligencia demostrada por el titular de un derecho al permanecer en la inactividad por determinado tiempo. Es la actividad o interés del titular, entonces, el que debe necesariamente ser expresado dentro del plazo legal, pero, ciertamente, en la forma establecida por la ley*<sup>583</sup>.

La caducidad convencional de derechos opera de pleno derecho<sup>584</sup> y los tribunales podrían decretarla de oficio. A diferencia de lo que ocurre con la prescripción, la caducidad no admite suspensión ni interrupción<sup>585</sup>; y tampoco deja subsistente el derecho como una obligación natural, como ocurre con la prescripción judicialmente declarada (art. 1470 N° 2 CC Ch).

Finalmente, debe distinguirse la “caducidad convencional de derechos” de la denominada “caducidad convencional del plazo”, porque, en la primera, lo que se extingue es el derecho subjetivo mismo<sup>586</sup>, en cambio, en la segunda, se extingue el plazo en los casos previstos por la propia convención<sup>587</sup>, haciendo exigible la obligación.

### 6.3. Modelo de cláusula

Para la negociación y redacción de una cláusula de caducidad convencional de derechos, las partes deberían poner atención en las siguientes materias:

i. Establecer el procedimiento por el cual se ejercerá el derecho, para evitar discusiones sobre su ejercicio, es decir, determinar cuál es la condición, plazo o procedimiento que deben seguir las partes, para que sus derechos no se vean caducados;

ii. Determinar el momento a partir del cual empezará a correr el plazo para ejercer el derecho;

<sup>583</sup> Núñez Rodolfo y otros con Industria Forestal Nacional S.A. (2009).

<sup>584</sup> (1988): Corte Suprema, 28 de enero de 1988, Gaceta Jurídica, N° 91, pp. 76 y ss.

<sup>585</sup> DOMÍNGUEZ (2004) pp. 125-146.

<sup>586</sup> PEÑAILILLO (2003) p. 476.

<sup>587</sup> ABELIUK (2008) p. 475. Similar efecto ocurre también en los casos regulados en el artículo 1496 CC Ch, que contempla la denominada caducidad legal del plazo.

iii. Estipular con claridad la sanción jurídica de caducidad al no ejercicio del derecho dentro del plazo;

iv. Precisar si la caducidad abarcará determinados derechos, a una clase de obligaciones que nacen del contrato, o solo un derecho determinado; y,

v. Acordar si el plazo para el ejercicio del derecho será fatal, o que deberá ejercer el derecho “dentro de” un determinado período de tiempo; definiendo si son días hábiles, etc., para evitar discusiones en torno a la naturaleza del plazo.

Finalmente, una proposición de cláusula de caducidad convencional de derechos es la siguiente:

“El ejercicio del derecho o reclamo se deberá realizar dentro del plazo máximo de 20 días hábiles, contados a partir del conocimiento del contratante del evento que le autoriza al ejercicio del derecho respectivo. Transcurrido ese plazo, caducará el derecho para plantearlo o discutirlo después”.

## IV. CLÁUSULAS DE GARANTÍA

Las cláusulas de garantía buscan mejorar la posición del acreedor para el caso en que el deudor incumpla el contrato, acelerando la exigibilidad del contrato, adicionando otros patrimonios para hacer efectiva la responsabilidad del deudor o permitiendo que la obligación se transmita apropiadamente a los herederos del deudor, entre otros.

### 1. Cláusula de aceleración

#### 1.1. Noción

La cláusula de aceleración, también llamada caducidad convencional del plazo<sup>588</sup>, habilita al acreedor de una obligación a hacerla exigible debido al acaecimiento de algún evento establecido en la convención, usualmente, el no pago de una cuota a plazo por el deudor, tal como ocurre en obligaciones de crédito de dinero.

De no existir la cláusula de aceleración, cada cuota de un crédito deberá vencerse para que el acreedor pueda exigir su pago y demandar su cobro

<sup>588</sup> PEÑAILILLO (2003) p. 485. Un completo análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales, puede encontrarse en BECERRA y GUZMÁN (2011).

judicialmente. Con la cláusula de aceleración, el acreedor, dependiendo de la modalidad y formulación en que se encuentre redactada, podrá hacer exigible —entendiéndola como de plazo vencido— el total del crédito, sin tener que esperar el vencimiento de cada una de las cuotas o plazos establecidos para el cumplimiento cabal de la obligación<sup>589</sup>.

Crítico resultará para determinar cuándo ha operado la cláusula de aceleración, la forma en que esta haya sido redactada<sup>590</sup>. Por ello, se ha resuelto que la cláusula de aceleración puede ser imperativa o facultativa<sup>591</sup>. En el primer caso, bastará que se cumpla el hecho establecido en la convención, usualmente, el no pago de una cuota a plazo en obligaciones de crédito de dinero, para que el total de la deuda se haga exigible, empezando a correr desde ese momento el plazo de prescripción extintiva de la obligación principal y accesorias. Se le ha denominado cláusula de aceleración imperativa, *ipso facto* o automática, a causa de la falta de intervención del acreedor. Por el contrario, si la cláusula es facultativa, no bastará el acaecimiento del evento convenido, sino que se exigirá adicionalmente que el acreedor respectivo haya manifestado su voluntad de hacer eficaz la exigibilidad inmediata de la deuda, usualmente, mediante su cobro judicial o extrajudicial, o la emisión de una comunicación en ese sentido<sup>592</sup>.

<sup>589</sup> Esta es la tradicional fórmula de redacción de la cláusula en comentario.

<sup>590</sup> PEÑALILLO (2003) p. 488.

<sup>591</sup> La calificación corresponderá al juez de la instancia, quien será soberano para determinar, sin perjuicio del caso en que, en ejercicio de sus facultades, desvirtúe la naturaleza del contrato.

<sup>592</sup> Es conveniente tener presente que, en virtud del artículo 56 N° 1 letra c) de la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento, se prohíbe a los acreedores, durante el período de protección financiera concursal al que puede estar acogida una empresa deudora, exigir anticipadamente el cumplimiento de un crédito, invocando como causal el inicio de un procedimiento concursal de reorganización. Lo anterior, se refiere al ejercicio de la cláusula de aceleración fundado en el inicio de un procedimiento judicial de reorganización. En caso de violar la prohibición legal antes señalada, el crédito del acreedor quedará pospuesto hasta que se pague a la totalidad de los acreedores a quienes les afectare el Acuerdo de Reorganización Judicial, incluidos los acreedores personas relacionadas del deudor. En todo caso, dos restricciones interpretativas deberían establecerse en la aplicación de la posposición del crédito del infractor. Primero, la sanción debería aplicarse exclusivamente a la caducidad convencional facultativa, dado que en el caso de la caducidad convencional *ipso facto*, la aceleración opera por el solo ministerio de la ley, sin que requiera acción o manifestación de voluntad del acreedor. De otro lado, la sanción aplicaría cuando se ejercita la facultad de caducidad convencional basada o fundada en el inicio de un procedimiento de insolvencia judicial de reorganización, y no en otros casos.

## 1.2. Efectos

Como efectos de la cláusula de aceleración, se encuentran todos aquellos vinculados a la exigibilidad de la obligación:

- i. Se hará exigible, en forma inmediata, la obligación, aun cuando existiera un plazo suspensivo, ahora vencido;
- ii. Empezará a correr el plazo de ejercicio de las acciones, atendido que la prescripción civil extintiva corre desde que la obligación se hizo exigible (art. 2514 CC Ch);
- iii. Podrán demandarse los perjuicios (art. 1557 CC Ch);
- iv. Se harán exigibles las garantías reales y personales, y, consecuentemente, la prescripción de las acciones accesorias o de garantía (art. 2516 CC Ch); y,
- v. Finalmente, se alterarán los efectos de la teoría de los riesgos (art. 1550 CC Ch), entre otros.

## 1.3. Modelo de cláusula

Finalmente, proponemos dos modelos de cláusulas de aceleración:

### Opción 1. Cláusula de aceleración facultativa

“En caso de incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas pactadas, el acreedor quedará facultado para exigir al deudor el pago de la totalidad de la deuda insoluble de manera inmediata”.

### Opción 2. Cláusula de aceleración imperativa

“En caso de incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas pactadas, se tendrá por vencida y pagadera la totalidad de la deuda insoluble de manera inmediata”.

## 2. Cláusula de solidaridad

### 2.1. Noción

Es conveniente asociar a la cláusula de solidaridad con la solidaridad pasiva, que es una modalidad de las obligaciones con pluralidad de sujetos, por la cual el acreedor puede exigir el total del crédito (prestación) a cualquiera de los codeudores solidarios. Por ello, esta modalidad constituye una

caución personal que beneficia al acreedor, pues adiciona otros patrimonios para el cumplimiento de la obligación.

De este modo, el acreedor podrá demandar a todos o a cualquiera de los codeudores y exigirles el total de la prestación (art. 1514 CC Ch). Por otro lado, el pago que cualquiera de los codeudores solidarios realice, liberará a todos los codeudores, sin perjuicio de las reglas de la contribución de la deuda que corresponda aplicar (art. 1522 CC Ch).

Su uso se ha extendido en las obligaciones de crédito de dinero, en contratos de financiamiento, contratos de construcción, de suministro de energía, entre otros<sup>593</sup>.

## 2.2. Efectos

Por la inclusión de la cláusula de solidaridad pasiva en un contrato, la obligación divisible contraída por varios codeudores pasa de ser simplemente conjunta o mancomunada, como es la regla general a ser solidaria, y, por tanto, se podrá exigir el total de la deuda contraída a cualquiera de los obligados a su pago, evitando así el efecto normal de este tipo de obligaciones y proporcionando al acreedor o acreedores una mayor seguridad respecto al cobro de su crédito, entre otros efectos<sup>594</sup>.

Lo dicho hasta el momento se refiere a la solidaridad pasiva. Por ello hay que agregar que también es posible pactar solidaridad activa o de co-acreedores, autorizando, en una relación con pluralidad de acreedores (con prestación de cosa divisible), que cualquiera de ellos pueda demandar y exigir el total de la deuda. En atención a sus efectos, esta alternativa no ha tenido aceptación en el derecho chileno por diversas razones<sup>595</sup>; entre ellas, implica un gran nivel de confianza entre los acreedores, y el riesgo que implícitamente deriva de que uno cualquiera de los acreedores pueda demandar, percibir y extinguir el total de la deuda (incluyendo todos los modos de extinguir las obligaciones) y no solo su cuota.

<sup>593</sup> Véase SÁNCHEZ (2012) p. 229.

<sup>594</sup> Otros efectos cobran interés, tales como el caso de insolvencia de uno de los codeudores solidarios, la interrupción de la prescripción, excepciones y defensas que pueden oponerse, competencia, entre otros.

<sup>595</sup> Se reconoce su uso en contratos bancarios bajo la existencia de cuentas corrientes bancarias de distintos titulares, siendo los titulares los acreedores o usuarios y el deudor el banco.

## 2.3. Modelo de cláusula

Como la solidaridad exige pacto expreso de los contratantes o el establecimiento expreso por parte del legislador (art. 1511, inciso final, CC Ch), es claro que, para gozar de esta caución personal, el acreedor deberá negociar e incorporarla en el respectivo contrato. En otras jurisdicciones se presume que toda obligación sobre cosa divisible de sujeto pasivo múltiple es solidaria<sup>596</sup>, por lo que, en principio, el pacto de solidaridad no agrega nada a la convención, al tratarse de un elemento de la naturaleza o supletorio de los contratos<sup>597</sup>.

Proponemos dos modelos de cláusulas de solidaridad:

### Opción 1. Redacción simple de cláusula de solidaridad pasiva

“La obligación contraída por los deudores tiene el carácter de solidaria”.

### Opción 2. Cláusula típica de fiador solidario en contrato de arrendamiento

“Como garantía de fiel cumplimiento, se constituye como codeudor del arrendatario, obligándose solidariamente a todas las obligaciones que asume el arrendatario y que emanen del presente contrato de arrendamiento. El codeudor solidario firma el presente instrumento en señal de aceptación”.

## 3. Cláusula de indivisibilidad de la obligación

### 3.1. Noción

La cláusula de indivisibilidad se vincula a la indivisibilidad de pago, también denominada indivisibilidad convencional, pues corresponde a aquellos casos en que, tratándose de una cosa divisible, con pluralidad de sujetos, las partes han acordado su indivisibilidad<sup>598</sup>.

<sup>596</sup> Véase SÁNCHEZ (2012) p. 225. En nuestro sistema, la presunción es la inversa: “principio de no presunción de solidaridad”. Véase, además, PEÑAILLO (2003) p. 256.

<sup>597</sup> Sin embargo, ya no podrá ser discutido por las partes al existir pacto expreso de solidaridad.

<sup>598</sup> PEÑAILLO (2003) p. 332.

### 3.2. Efectos

Por sus similares características, se ha vuelto usual en la práctica jurídica, incorporar la cláusula de indivisibilidad al pacto de solidaridad, a efectos de garantizar el crédito.

A diferencia de lo que ocurre si se pacta solidaridad pasiva, con la indivisibilidad convencional de pago, además de poder exigir el total de la prestación a uno cualquiera de los obligados al pago, lo que de por sí constituye una caución personal, se obtiene la transmisibilidad de la obligación a los herederos del deudor<sup>599</sup>, evitando así la intrasmisibilidad de la obligación solidaria conforme al artículo 1523 CC Ch<sup>600</sup>. Esta modalidad aparece en el artículo 1526 N° 4, primera parte, CC Ch, que regula el pago de una deuda impuesta a un heredero, con lo cual, convencionalmente (ya sea por testamento, por la voluntad de los herederos, o en el acto de partición), se modifica la regla en cuya virtud las deudas hereditarias y testamentarias se dividen a prorrata entre los herederos, según su cuota en el derecho real de herencia del deudor causante, de conformidad al artículo 1354 CC Ch. Por ello, convencionalmente se podría acordar entre el acreedor y el causante, que el total de la deuda sea pagada por uno de los herederos del deudor-causante.

Fuera del ámbito bancario, el uso de esta cláusula también se ha extendido a otro tipo de contratos, en atención a las ventajas ya vistas, puesto a que la indivisibilidad de las obligaciones, habiendo sido pactado en un contrato, solo puede ser invalidada por mutuo consentimiento o causa legal.

### 3.3. Modelo de cláusula

Finalmente, un modelo de cláusula de indivisibilidad es la siguiente:

“Ambas partes declaran que, no obstante la naturaleza del objeto de la prestación a cargo de los vendedores, dicha prestación tiene carácter indivisible; en consecuencia, todos ellos quedan obligados a cumplir con el pago de lo adeudado”.

<sup>599</sup> Véase *Banco del Estado de Chile con Gazale Acle, Roberto* (2008).

<sup>600</sup> PEÑAILILLO (2003) p. 340.

## 4. Cláusula de garantía real

### 4.1. Noción

La cláusula de garantía real toma el nombre de cláusula de reserva de dominio en el derecho nacional, y por ella, el acreedor/vendedor se reserva el dominio de la cosa hasta que se haya pagado la totalidad del precio adeudado por el deudor/comprador.

Desde la perspectiva del derecho de las obligaciones, este pacto opera como una condición suspensiva del modo de adquirir el dominio, el que no surtirá efectos mientras no se haya pagado la totalidad del precio de la cosa. Por ello, técnicamente no es una garantía real.

A nivel comparado, esta cláusula tiene amplio uso, al tratarse de una garantía económica sumamente efectiva<sup>601</sup>, lo que incentiva su aplicación práctica. Sin embargo, una de sus desventajas es su ineficacia ante terceros de buena fe que adquieran derechos sobre la cosa en desconocimiento del pacto de reserva de dominio, de ahí la relevancia de su publicidad.

### 4.2. Efectos

En el derecho chileno, atendida la contraposición entre los artículos 680 y 1874 CC Ch, la cláusula de reserva de dominio tiene nula aplicación práctica. Así, conforme la doctrina y jurisprudencia mayoritaria<sup>602</sup>, la antinomia entre ambos preceptos cedería a favor de la especialidad de la regla en el artículo 1874 CC Ch, en cuya virtud la cláusula de reserva de dominio no tendría el efecto pretendido por las partes, sino que simplemente otorgaría al acreedor/vendedor el derecho a opción de que trata el artículo 1489 CC Ch, es decir, pedir el cumplimiento forzoso o la resolución, y en ambos casos, con la indemnización de los perjuicios causados<sup>603</sup>. Aun cuando esta interpretación es discutible, la influencia de la tesis mayoritaria le privó de eficacia a la cláusula de reserva de dominio, a consecuencia del derecho opción antes indicado.

<sup>601</sup> SÁNCHEZ (2012) p. 381.

<sup>602</sup> Cf. PEÑAILILLO (2011) p. 230.

<sup>603</sup> Un análisis completo sobre el punto puede revisarse en el texto de CAPRILE (2000) pp. 29-49.

Si se concede el derecho opción del artículo 1489 CC Ch, los efectos de la resolución no afectarán a terceros de buena fe de cosas muebles e inmuebles, en los términos de los artículos 1490 y 1491 CC Ch, respectivamente<sup>604</sup>.

Una modalidad alternativa que permitiría mantener el dominio mientras no se pague el "precio", es el *leasing* o contrato de arrendamiento con opción de compra, pues mientras no se pagan las rentas ni se ejerza eficazmente la opción, no se transfiere el dominio a favor del arrendatario. En definitiva, bajo este mecanismo contractual, en los hechos, se aplican las cláusulas de reserva de dominio en el derecho chileno. Otra alternativa sería el pacto de retroventa establecido en el artículo 1881 CC Ch, pero en este caso, la propiedad de la cosa pasa al comprador, con el riesgo que de aquello deriva para el vendedor frente a terceros, de conformidad a los artículos 1490 y 1491 CC Ch, ya citados.

#### 4.3. Modelo de cláusula

Finalmente, un modelo de cláusula de garantía real es la siguiente:

"El vendedor se reserva la propiedad de las mercancías vendidas a tenor de este contrato hasta que haya recibido el pago completo"<sup>605</sup>.

### V. CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Este tipo de cláusulas regulan los efectos del contrato para el caso de su incumplimiento por parte del deudor, autorizando su terminación anticipada, o regulando los perjuicios que se podrán cobrar al deudor, entre otros.

<sup>604</sup> En caso de liquidación declarada del deudor del precio, el bien quedará dentro del derecho de prenda general de los acreedores, constituyéndose en un bien de la masa que será liquidado para pagar preferentemente a los acreedores de primera clase; y, eventualmente, al vendedor por el remanente en el caso que haya constituido una garantía real sobre el referido bien, salvo que pueda prosperar a favor del vendedor una acción resolutoria en el caso del artículo 156 de la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento, en la medida en que los bienes no hayan llegado a poder del deudor declarado en liquidación.

<sup>605</sup> Tomada de SÁNCHEZ (2012) p. 380.

## 1. Pacto comisorio calificado

### 1.1. Noción

Por medio del pacto comisorio calificado<sup>606</sup>, los contratantes expresamente determinan que, tan pronto como se verifica el incumplimiento de determinadas obligaciones del contrato, este se resolverá *ipso facto*, de pleno derecho o automáticamente, sin necesidad de declaración judicial. Así, los contratantes estipulan en el contrato que, si una de ellas incumple alguna o algunas de las prestaciones convenidas, el contrato –por ese solo hecho– se resolverá o terminará<sup>607</sup>.

El objetivo que se pretende con este tipo de cláusula no es otro que el de poner un pronto término al vínculo contractual, cuando no se cumple con las obligaciones convenidas. Su utilidad descansa en la intención de las partes de no permanecer unidas en una relación convencional si media un incumplimiento contractual, y ello, sin necesidad de iniciar un proceso judicial que deba constatar dicho incumplimiento y declare resuelto el contrato; es decir, esta cláusula busca una solución de carácter extrajudicial en contraposición al carácter judicial que ostenta la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita en nuestro derecho<sup>608</sup>.

Este efecto extrajudicial –aunque con algunas discusiones, como se explicará– ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia. En *Banco Security con Sociedad Transportes Marcos*, la Corte Suprema declaró que, "[...] si se convino por las partes un pacto comisorio calificado, esto es, con cláusula de resolución *ipso facto*, y se sujetó la producción de su efecto de resolución o término del contrato de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, al cumplimiento de alguna otra exigencia suplementaria –en la especie, el envío de una carta certificada o entregada por notario comunicando el término de la convención–, la falta de verificación de esta última condición adicional únicamente puede producir como consecuencia que el efecto

<sup>606</sup> En este sentido, ALESSANDRI (2003) p. 457; CLARO (1936) pp. 197 y ss.; CLARO (1911) pp. 175 y ss.; PEÑAILILLO (2003) pp. 419 y ss.; ABELIUK, (2008) pp. 521 y ss.; PIZARRO (2007b) pp. 391-407.

<sup>607</sup> La terminación, en el caso de los contratos de tracto sucesivo, operará solo hacia las obligaciones y prestaciones del futuro.

<sup>608</sup> PIZARRO (2007b) p. 248.

*propio del pacto no opere, pero no impide que el acreedor diligente, frente al incumplimiento de su deudor, ejerza la acción resolutoria que nace del artículo 1489 del Código Civil. Esta última es la situación del caso de autos, en que Security Leasing S.A. ha invocado en su demanda, al enunciar los fundamentos de derecho en que la apoya –en cumplimiento de lo dispuesto en la segunda parte del N° 4 del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil–, precisamente, el citado artículo 1489 del Código Civil”*<sup>609</sup>.

Por su parte, en la justicia arbitral también se ha reconocido el efecto *ipso jure* del pacto comisorio calificado, sin necesidad de declaración judicial. En ese sentido, en el contexto de un conflicto vinculado a varios contratos de compraventa de acciones y concesiones mineras, ante el no pago del saldo del precio convenido por parte de las sociedades compradoras, transcurrido el lapso de 60 días desde la fecha estipulada, se declaró por el árbitro que conoció la disputa, que “*esta resolución se produce de pleno derecho, u opera ipso facto, lo que significa que no es necesario para que el contrato se resuelva, de una declaración judicial o arbitral. Así por lo demás lo entendieron y pactaron las partes al señalar, en cada uno de los referidos contratos y de manera expresa, que ‘se resolverá ipso facto el presente contrato de compraventa, sin que se requiera al efecto declaración alguna, arbitral o judicial’*”<sup>610</sup>.

En este sentido, importa una gran ventaja para el acreedor, pues este no requerirá de una sentencia judicial que declare resuelto el contrato incumplido por el deudor, como ocurre cuando el acreedor ejerce su opción de solicitar la resolución por aplicación de la condición resolutoria tácita del artículo 1489 CC Ch mediante la acción resolutoria (que sí requiere

<sup>609</sup> Banco Security con Sociedad Transportes Marcos (2008). En el mismo sentido: Ingeniería Eléctrica y Construcción Limitada con Sociedad Austral de Electricidad S.A. (2016), que señala “*que, como se ha venido analizando, el principio de la libertad contractual permite que los contratantes expresamente estipulen que la sanción al incumplimiento del contrato será la resolución del mismo, sin necesidad de declaración judicial. De esta forma, nada impide a las partes establecer una cláusula resolutoria expresa con independencia de la normativa aplicable al incumplimiento del pago del precio en la compraventa, como también determinar que dicho pacto operará sin intervención judicial. En otras palabras, el pacto comisorio calificado podrá producir un efecto resolutorio sin intervención judicial si los contratantes lo estipularon expresamente, de manera que el contratante diligente no requerirá intervención judicial frente al incumplimiento del otro*”.

<sup>610</sup> Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (2015b).

declaración judicial)<sup>611</sup>. La declaración judicial de la resolución contractual, en el caso del cumplimiento de la condición resolutoria tácita, es un criterio asentado en los fallos de la Corte Suprema<sup>612</sup>.

En la práctica, por seguridad jurídica, en este tipo de cláusulas se suele incorporar un deber de información, de modo tal que, generalmente, pesa sobre el acreedor el deber o carga de notificar por algún medio debidamente establecido en el contrato a su deudor, el hecho de haber operado la resolución<sup>613</sup>. A nivel jurisprudencial, y en este contexto, se ha sancionado la actuación del acreedor que no ha conformado su actuar al principio de buena fe contractual, asilándose meramente en el tenor literal del contrato, al desconocer una terminación contractual, no amparada en una carta comunicando esa terminación<sup>614</sup>.

<sup>611</sup> En ese sentido, PEÑAILILLO (2003) p. 414, señala, respecto de los requisitos de la acción resolutoria, “d) Que sea declarada por sentencia judicial. Ya se dijo que la condición ordinaria opera de pleno derecho. La condición tácita requiere de sentencia judicial. El Código no lo dispone expresamente, pero la doctrina ampliamente dominante así lo concluye. Desde luego, el tenor del precepto dispone que podrá el otro contratante ‘pedir el cumplimiento o la resolución’; de modo que para lo que está facultado es para ‘pedir’, petición que habrá de formularse por cierto al tribunal. Por otra parte, si pide el cumplimiento, se llega a la misma conclusión: es porque el contrato aún no se ha resuelto. En definitiva, es la opción la que descarta la resolución de pleno derecho; si la resolución operara de pleno derecho, no habría opción. Y la jurisprudencia así lo ha resuelto”.

<sup>612</sup> Por ejemplo, véase *G y D Promociones Limitada contra Ilustre Municipalidad de Arica* (2013), que señala “*que la condición resolutoria tácita, contemplada en el artículo 1489 del Código Civil, aparece como una forma de proteger al acreedor diligente y una sanción al deudor que ha faltado a su compromiso. Para que opere la condición aludida es necesario: a) que se trate de un contrato bilateral; b) que haya incumplimiento imputable de una obligación; c) que quien la pide haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación y d) que sea declarada por sentencia judicial. [...] Finalmente, la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho, a diferencia de lo que sucede con la ordinaria, de manera que requiere de una sentencia que así lo disponga. Por ello, la acción resolutoria es la que emana precisamente de la situación anterior*”.

<sup>613</sup> Este deber de notificación al deudor del ejercicio de la facultad resolutoria es algo pacífico a nivel comparado, ya sea en los instrumentos de *soft law*, como en las últimas reformas al derecho de las obligaciones: el artículo 1226 CC Fr, que establece la obligación del acreedor de informar al deudor de la terminación del contrato; y, para el caso de Argentina, los artículos 1078 y 1086 CCC Ar, regulan el ejercicio del derecho en el mismo sentido.

<sup>614</sup> Nuestra Corte Suprema ha calificado de mala fe el actuar de un acreedor que desconoce la terminación de un contrato, amparándose en la falta de comunicación de su término siguiendo las formalidades contractuales, no obstante haber obrado como si dicha terminación

Usualmente, la terminación del contrato lleva aparejadas otras consecuencias contractuales, que debieran ser reguladas previamente por las partes, tales como el pago de prestaciones adeudadas, la restitución de la cosa (p. e. en el contrato de compraventa o de arrendamiento) o de las marcas, programas informáticos entregados en virtud del contrato terminado, la recompra de los inventarios, la aplicación de multas o cláusulas penales, o bien, la eficacia de obligaciones post contractuales (tales como obligaciones de confidencialidad, cláusulas de no competir, etc.). En estos casos, dependiendo de la actitud que pueda adoptar el deudor, será necesario o no recurrir a la justicia, para hacer valer los derechos establecidos a favor del acreedor según correspondiere.

En nuestro derecho, si bien no se discute acerca de la validez y posibilidad que los contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, suscriban esta clase de estipulaciones<sup>615</sup>, sí ha surgido alguna discusión en torno a sus efectos. Esta discusión nace, básicamente, por la forma en que ha sido regulado el pacto comisorio calificado en nuestro código, destacándose tanto por nuestra doctrina como jurisprudencia, que el CC Ch trata únicamente el pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa (con relación a la obligación del comprador de pagar el precio estipulado), introduciendo, a lo menos, tres reglas que serían llamativas. En primer lugar, el artículo 1878 CC Ch señala que no obstante existir un pacto comisorio calificado, el acreedor podrá solicitar el cumplimiento forzado de

era efectiva. Sobre el punto, puede verse: *E. M. Producciones Limitada con Red de Televisión Chilevisión S.A.* (2011), en el que se afirma que “[...] en virtud precisamente del principio de buena fe que rige en materia contractual, no puede desconocerse que el representante de la demandante tomó conocimiento cierto del término de la prestación de los servicios de don Arturo Edgardo Marín Méndez y que por ello dejó de prestarlos, agregando que no fueron requeridos por la entidad demandada, al absolver posiciones ante el Tribunal de Alzada a fojas 180; Undécimo: [...]. En la especie, tal como se señala en el fallo impugnado y en los motivos precedentes, el actor tomó conocimiento del término de la prestación de servicios, más allá que esta comunicación se haya efectuado en forma escrita o verbal. Es por ello que no puede ahora, valiéndose de una de las cláusulas del contrato, afirmar que no se le comunicó en la forma convenida por las partes, sin vulnerar el principio de buena fe que rige en materia contractual y que vincula a las partes, no sólo mientras subsista el contrato sino incluso después, debiendo agregarse que el actor se conformó con el término de éste, pues el mismo indicó que dejó de prestar los servicios desde marzo del año 2002 y sólo accionó más de dos años después, esto es, en mayo de 2005, compartiendo esta Corte lo razonado por los recurridos en el sentido de no haber acreditado el actor, por actos positivos, el estar llano, a lo menos, a cumplir con su parte del contrato”.

<sup>615</sup> PEÑAILILLO (2003) p. 419.

la obligación. En segundo lugar, el artículo 1880 CC Ch deja a salvo la posibilidad del deudor para enervar la acción, pagando dentro de las 24 horas siguientes a la notificación judicial de la demanda. Y, finalmente, la acción emanada del pacto comisorio calificado prescribe necesariamente a los 4 años de celebrado el contrato, si las partes no han convenido un plazo menor, de conformidad con el artículo 1880 CC Ch.

En concreto, la discusión gira acerca del alcance de la cláusula: si debieran aplicarse las reglas legales por analogía al caso concreto, o bien lo estipulado por las partes en virtud de la libertad contractual<sup>616</sup>, siendo esta última posición la que tiende a predominar en la jurisprudencia<sup>617</sup> y la doctrina<sup>618</sup> contemporáneas. A continuación, expondremos las referidas discusiones en torno a esta cláusula.

Como primera cuestión, se ha discutido si la resolución por aplicación del pacto comisorio en contratos diversos a la compraventa efectivamente

<sup>616</sup> Como apunta PEÑAILILLO (2003) p. 421, “en apreciación general, puede consignarse que existiendo en la materia una situación específica reglada (la del pacto comisorio en la compraventa para la obligación de pagar el precio), al admitirse su aplicación a otros campos se van proponiendo situaciones que escalonadamente se alejan de aquella inicial reglada... mientras la situación planteada más se aleja de la expresamente regulada, en esa misma medida se va debilitando la analogía y cobrando vigor el principio de la libertad contractual”.

<sup>617</sup> En *Vera con Agroindustrial Mercoprogreso Limitada y otros* (2013), la Corte Suprema sentenció “que, de acuerdo al tenor transcrito, esa disposición acordada por las partes que ahora litigan entre sí contiene un pacto comisorio que produce el efecto de extinguir el contrato de arrendamiento en forma ‘inmediata’, esto es, sin necesidad de declaración judicial, condicionado al retardo en el pago del canon anual por parte de la arrendataria, en virtud de la autonomía de la voluntad y, específicamente, de la libertad contractual consagrada en el artículo 1545 del Código Civil”. En igual sentido, en *Jara con Sociedad Constructora HH Limitada* (2016), la Corte de Apelaciones de Coyhaique resolvió “que, en cuanto al modo de operar del pacto comisorio calificado, en contratos distintos al de compraventa, la facultad resolutoria del contratante cumplidor requiere, para su ejercicio de la condición que exista incumplimiento y, una vez verificado éste, el acreedor podrá ejercer la facultad de dar por resuelto el contrato y si fuera necesario recurrir al Juez para obtener que se lleven a cabo los efectos derivados de la resolución, la intervención de éste sólo tendría como objetivo verificar el cumplimiento del supuesto previsto por las partes para que opere la resolución, no pudiendo el deudor enervar el efecto resolutorio. Para ello, en el pacto comisorio calificado, necesariamente debe incluirse por voluntad de las partes términos que permitan entender claramente que el efecto resolutorio se producirá por el sólo hecho de verificarse el incumplimiento de la obligación de alguna de las partes y utilizarse, como señala el autor René Abeliuk, ‘cualquier expresión, basta que quede claramente establecido que no es necesaria la intervención judicial’”.

<sup>618</sup> PEÑAILILLO (2003) p. 425; y, PIZARRO (2007b) p. 252.

opera *ipso facto* con el solo incumplimiento y posterior comunicación. Si el acreedor realiza el ejercicio del derecho contractual, o si, por el contrario, de todos modos se requiere de una sentencia judicial que lo declare así. Lo anterior, porque el artículo 1879 CC Ch, que regula el pacto comisorio, establece que el acreedor en el contrato de compraventa por el no pago del precio, en el momento del inicio de un proceso judicial<sup>620</sup>, y se le reconocerá al deudor el derecho al acreedor el inicio de un proceso judicial<sup>621</sup>. Con respecto al comprador del contrato bilateral, el derecho a pagar el precio, enervado así la acción de resolución incoada por el acreedor/vendedor<sup>621</sup>. Con respecto a un tema controvertido, en el último período parecieron surgir algunas interpretaciones que reconocen el principal efecto de la cláusula de resolución verificada el incumplimiento, *ipso iure* el contrato se entiende resuelto sin necesidad de declaración judicial. La jurisprudencia lo ha resuelto en algunos casos<sup>622</sup>, y la última doctrina también lo ha entendido así<sup>623</sup>.

<sup>619</sup> PEÑAILILLO (2003) p. 434. Es claro que se requiere sentencia judicial que declare la resolución del contrato cuando lo que se ejerce es la acción resolutoria por aplicación de la condición resolutoria tácita del artículo 1489 CC Ch, también en el pacto comisorio simple en el contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de no pagar el precio (art. 1878 CC Ch) y en el pacto comisorio calificado por incumplimiento de la obligación de no pagar el precio (al tenor del art. 1879 CC Ch que permite al deudor pagar dentro de 24 horas, haciendo subsistir el contrato).

<sup>620</sup> Esto dio pie para que parte de la doctrina comprendan que, aun cuando no estemos ante un contrato de compraventa, por analogía debía aplicarse el artículo 1879 CC Ch, por lo que la resolución del contrato no operaría por el simple hecho del incumplimiento, sino que requeriría de una declaración judicial. En ese sentido, ALESSANDRI (2003) p. 477; y CLARO (1936) vol. V pp. 222-223.

<sup>621</sup> PIZARRO (2007b), p. 249, trata, además, la situación contemplada en el artículo 1977 CC Ch, que exige una segunda reconvencción de pago para hacer cesar los efectos del contrato de arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios, y aplicable a los inmuebles urbanos. Con la discusión de si esa norma sería de orden público o bien disponible por las partes en el ejercicio de su autonomía privada, manteniendo esta última posición.

<sup>622</sup> En *Pehúen Ltda con Municipalidad de Lo Espejo* (2013), también se reconoció plena validez y eficacia al pacto comisorio calificado atípico, afirmando que, "[...] en cuanto a la alegación consistente en que se encuentra vedado a la demandada ejercer la antedicha atribución, pues ella sería privativa de los tribunales de justicia, es del caso que existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que los particulares sí pueden hacer uso de ella como se desprende, a modo de ejemplo, de lo dicho por don René Abeliuk Manasevich [...]. En el mismo sentido, don Jorge López Santa María (*Los contratos, Parte General, Tomo II*, Cuarta edición revisada y ampliada, Editorial Jurídica, 2005) expresa (página 563) que [...]."

<sup>623</sup> PIZARRO (2007b) pp. 391-407, reconociendo una intervención menor y moderada de los tribunales únicamente cuando el acreedor reclama la indemnización de perjuicios y/o cuando

Por ejemplo, la Corte Suprema, en *Ingeniería Eléctrica y Construcción Limitada con Sociedad Austral de Electricidad S.A.*, ha señalado que "[...] existe por parte de la doctrina un reconocimiento en cuanto a que el pacto comisorio calificado puede establecerse en otros contratos. Esta convención ha sido llamada como pacto comisorio atípico, a diferencia del regulado en la compraventa por el incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio. Se ha entendido entonces que en ausencia de una norma legal que determine los efectos del pacto comisorio atípico, se debe atender a la intención de las partes con su estipulación. En efecto, las partes pueden querer que se produzcan los efectos de la condición resolutoria tácita, lo que supone una sentencia judicial que declare el contrato resuelto como consecuencia del ejercicio de la acción resolutoria o, por el contrario, que los efectos se produzcan de pleno derecho. En consecuencia, las palabras utilizadas por las partes van a constituir un elemento importante para conocer su intención. En la práctica, lo usual es la estipulación de un pacto comisorio que produzca de pleno derecho la resolución del contrato, específicamente, cuando se estima que la infracción de una determinada obligación hace que el contrato pierda el sentido para el cual fue convenido y, por lo tanto, deja de constituir el medio idóneo para satisfacer legítimos intereses. Resulta entonces necesario que del solo tenor literal del contrato se desprenda claramente la intención de que este se extinga sin necesidad de sentencia judicial, por el solo hecho de verificarse la infracción de obligación. [...] como se ha venido analizando, el principio de la libertad contractual permite que los contratantes expresamente estipulen que la sanción al incumplimiento del contrato será la resolución del mismo, sin necesidad de declaración judicial. De esta forma, nada impide a las partes establecer una cláusula resolutoria expresa con independencia de la normativa aplicable al incumplimiento del pago del precio en la compraventa, como también determinar que dicho pacto operará sin intervención judicial. En otras palabras, el pacto comisorio calificado podrá producir un efecto resolutorio sin intervención judicial si los contratantes lo estipularon

el deudor se opone a la aplicación del pacto por no existir incumplimiento o por carecer el acreedor de calidad de contratante diligente por aplicación de la excepción del artículo 1552 CC Ch. En el mismo sentido, BOTTELLE (2011) pp. 71-103 señala que "[...] en cuanto al efecto resolutorio, hemos señalado que en el pacto comisorio calificado su efecto –la resolución–, se produce con la concurrencia del supuesto que las partes han establecido, es decir, el incumplimiento, sin necesidad de intervención judicial".

*expresamente, de manera que el contratante diligente no requerirá intervención judicial frente al incumplimiento del otro*<sup>624</sup>.

En segundo lugar, se discute sobre la posibilidad del deudor de enervar la acción de resolución del contrato mediante el pago<sup>625</sup>; lo anterior, dado que el artículo 1879 CC Ch dispone que el deudor, una vez notificado de la demanda judicial iniciada por el acreedor, tiene el plazo de 24 horas para persistir en el contrato, pagando lo adeudado<sup>626</sup>.

<sup>624</sup> *Ingeniería Eléctrica y Construcción Limitada con Sociedad Austral de Electricidad S.A.* (2016). En *Pehuén Ltda con Municipalidad de Lo Espejo* (2013), también se reconoció plena validez y eficacia al pacto comisorio calificado atípico, afirmando “que en cuanto a la alegación consistente en que se encuentra vedado a la demandada ejercer la antedicha atribución, pues ella sería privativa de los tribunales de justicia, es del caso que existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que los particulares sí pueden hacer uso de ella, como se desprende a modo de ejemplo, de lo dicho por don René Abeliuk Manasevich [...] En el mismo sentido, don Jorge López Santa María (*Los contratos, Parte General, Tomo II, Cuarta edición revisada y ampliada, Editorial Jurídica, 2005*) expresa (página 563) que [...]”.

<sup>625</sup> No nos referimos en este apartado, al tratamiento de la excepción de pago opuesta por el deudor frente a la demanda de resolución de contrato en aplicación del artículo 310 CPC, que será tratado en detalle al momento de analizar la acción resolutoria, anticipando en todo caso, que la última jurisprudencia de la Corte Suprema, siguiendo la posición de la doctrina, ha rechazado la excepción de pago opuesta una vez ejercida la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita.

<sup>626</sup> Negándose a aplicar la regla en análisis al contrato de arrendamiento, haciendo primar el artículo 1977 por sobre el artículo 1879 CC Ch, véase *Roa con Tapia Hermanos Limitada* (2009), estableciendo “que la sentencia recurrida que reprodujo y confirmó el fallo de primer grado rechazando, en definitiva, la demanda de autos, reflexiona sobre el particular que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si el pacto comisorio acordado por las partes en la cláusula cuarta del contrato primitivo, es aplicable o no al contrato de arrendamiento y, en el caso positivo, si ha sido enervada la acción con los pagos que ha hecho la demandada, razonando al efecto que ‘según los artículos 1877 y siguientes del Código Civil el pacto comisorio se entiende siempre en el contrato de compraventa, el que se resuelve ipso facto, a menos que en las 24 horas siguientes a la notificación de la demandada, el comprador pague el precio. De tal manera que el legislador ha reglamentado en forma precisa la formalidad para enervar la acción y nada impide que tal pacto sea aplicable a algún otro contrato, que por sus características se ajuste a estas exigencias’, añadiendo, a continuación, que ‘sin embargo, tratándose del contrato de arrendamiento el artículo 1977 del Código Civil dispone que la mora de un periodo entero que el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconveniones para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente, que se verificará el pago dentro de un plazo razonable que no bajará de treinta días. De consiguiente, se puede enervar la acción pagando en no menos de treinta días. Y según el artículo 10 de la Ley N° 18.101, junto con esta acción se puede ejercer la de cobro

Al igual que en el caso analizado en el párrafo anterior, se discutió si esta disposición resulta aplicable a todo contrato en que se incluya un pacto comisorio calificado (pacto comisorio atípico), o solo para la compraventa<sup>627</sup>; situación que se complejiza al establecerse, en el artículo 310 CPC, como una de las excepciones que el demandado puede oponer en cualquier estado de la causa, el pago efectivo de la deuda.

Con todo, parece primar la posición de que el pago ejecutado con posterioridad a la exigibilidad de la deuda ya no es capaz de enervar los efectos de la resolución<sup>628</sup>; a menos que el acreedor consienta en el pago (lo que, en la práctica, implicaría una renuncia tácita a su facultad resolutoria contenida

*de las rentas insolutas que es otra de las acciones que ha interpuesto en autos la actora’, concluyendo, en consecuencia, que ‘así las cosas, resulta que el contrato de arrendamiento tiene una institución propia, fijada por el propio legislador para el caso de la mora y que prevalece respecto de aquella reglamentada para el contrato de compraventa en situaciones semejantes, lo que no puede ser alterado por el principio de la autonomía de la voluntad, por cuando ésta tiene como límite, entre otros precisamente la ley’”.*

<sup>627</sup> Nuestra jurisprudencia en ocasiones ha aplicado por analogía las reglas relativas a la compraventa a otros contratos, como lo ejemplifica el fallo de *Agreda con Sande S.A.* (2011), según el cual, “conforme a lo razonado precedentemente, la parte demandada válidamente puede enervar la acción de resolución del contrato de compraventa que la liga al demandante, mediante el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa vendida, razonamiento que comparte esta Corte, ya que pese a no existir norma expresa al respecto, puede recurrirse a las normas de interpretación de la ley, recordando el adagio, donde existe la misma razón ha de existir la misma disposición”, lo que no importa en caso alguno una interpretación por analogía extensiva prohibida, desde que nos encontramos en el ámbito del derecho privado”.

<sup>628</sup> La situación regulada en el artículo 310 CPC se refiere al caso de que el pago fue ejecutado oportunamente por el deudor y que, con posterioridad, opone la excepción de pago en el proceso resolutorio. En este sentido, se ha resuelto que no resulta posible pagar una vez que ya se ha trabado la Litis, como se resolvió en *Agrícola María Inés Limitada con Fuentes Araya, Londres y otro* (2014). En igual sentido, y citando a la Corte Suprema, véase fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en *Sociedad Inmobiliaria e Inversiones Doña Olga Limitada con Instituto Tecnológico del Aconcagua Limitada* (2016), según el cual, “[...] De esta manera se evita que por falta de información, poco plazo para contestar, u otra circunstancia el deudor no haya podido excepcionarse con un pago ya efectuado. Así las cosas, puede oponer la excepción de un pago ya ejecutado antes de notificarse la demanda de resolución, pero esto no significa que pueda pagar durante el transcurso del juicio si la acción entablada por el demandante es la de resolución, en armonía con su derecho de optar que le confieren los artículos 1489 y 1873 del Código Civil. De esta manera, existe concordancia entre los artículos 1489 y 1873 del Código Civil con el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil.” (Excelentísima Corte Suprema, sentencia de fecha quince de mayo de 2014, en causa rol N° 291-2013”.

en el contrato) o bien que se haya convenido expresamente el derecho del deudor de curar su incumplimiento dentro de determinado plazo, cláusula de uso habitual en contratos de largo plazo.

Finalmente, otra discusión surge del artículo 1880 CC Ch (también relativo a la regulación del pacto comisorio en la compraventa), que establece un plazo de prescripción de la acción de 4 años (y no de 5 años, como es lo usual en materia contractual por aplicación del artículo 2515 CC Ch), que no se cuenta desde que el deudor incumplió, sino que desde que se celebra el contrato. Al igual que en los casos anteriores, es discutible si este plazo y su cómputo aplica a todo pacto comisorio calificado, o solo a aquel pacto comisorio calificado que se encuentra incorporado en un contrato de compraventa. En nuestra opinión, debiera primar la posición que respeta la libertad contractual de los otorgantes, y, por ello, no estando expresamente regulado el plazo de prescripción en la cláusula en cuestión, deberían aplicarse las reglas generales contenidas en el artículo 2515 CC Ch, si el negocio es de naturaleza civil.

### 1.2. Efectos

Con todo, y como vimos previamente, la última jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce los efectos propios de esta cláusula: por el solo incumplimiento, el contrato se resolverá, sin necesidad de declaración judicial y sin posibilidad de enervar la resolución por parte del deudor con un pago posterior.

El acreedor, en estos casos, implementará los efectos acordados con ocasión del pacto comisorio calificado (que llamamos efectos post-contractuales), tales como la inmediata terminación del contrato, el retiro del deudor de las instalaciones del acreedor, el eventual cobro de garantías otorgadas por el deudor, el no pago de prestaciones adeudadas al deudor, o bien la compensación de créditos entre las partes, etc.

Lo anterior no quiere decir que el deudor quede privado de sus derechos contractuales. Por ello, frente al efecto resolutorio que invocará el acreedor, podrá el deudor cuestionar judicialmente si se cumplieron las condiciones para que fuere aplicable el pacto comisorio calificado acordado en el contrato, afirmando así, que el acreedor incumplió el contrato al darlo por terminado, sin que se cumplieran los requisitos convenidos; y reclamando, además, las indemnizaciones de perjuicios que correspondan. En estos casos, el juez deberá limitarse a determinar si se cumplieron las condiciones

de aplicabilidad del pacto comisorio, es decir, en principio, si existió un incumplimiento que autorizara la aplicación del remedio resolutorio y, en la negativa, declarar el incumplimiento del acreedor al momento de resolver el contrato, con las indemnizaciones de perjuicios a favor del deudor<sup>629</sup>, entre otras prestaciones que le sean adeudadas.

En otros casos, como, por ejemplo, cuando el acreedor que gatilló el remedio resolutorio desee dar lugar a los efectos post-contractuales acordados<sup>630</sup> que requieran de una conducta positiva o negativa del deudor, y que son rechazados o cuestionados por este, derivarán en que será el acreedor quien tomará la iniciativa judicial, en cuyo caso, el deudor podrá ejercer su defensa en los términos indicados en el párrafo anterior. En cualquier caso, dependiendo de la posición de las partes, el tribunal debería declarar terminado el contrato, si no existe intención de las partes de hacerlo persistir, como ha sido resuelto por la jurisprudencia en otros casos y existiendo incumplimientos recíprocos, negar lugar a las indemnizaciones reclamadas<sup>631</sup>.

### 1.3. Modelo de cláusula

Con el objeto de evitar algunas discusiones, se recomienda en la redacción de esta cláusula incluir las siguientes menciones:

i. Redactar, con toda claridad, los efectos resolutorios inmediatos o *ipso iure* del pacto comisorio. Ello, por cuanto existe alguna jurisprudencia que exige claridad al momento de redactar el pacto comisorio calificado, expresando que deben aparecer claramente de la lectura e interpretación de la cláusula respectiva. En ese sentido, la Corte Suprema, en *Jelves con Peralta*, negó el efecto inmediato del pacto por su mala redacción, estableciendo que “*el carácter excepcional que se le debe atribuir a la condición resolutoria con la circunstancia que ésta puede ser modificada*”

<sup>629</sup> PIZARRO (2007b) p. 256.

<sup>630</sup> Es sumamente relevante, frente a la terminación del contrato, regular determinadas obligaciones posteriores a la terminación, tales como la obligación de confidencialidad, la obligación de no competencia post-contractual, la restitución de cosas (como propiedad industrial, propiedad intelectual, inventarios, información comercial sensible de la empresa, etc.), recompra de inventarios, cobro de garantías otorgadas por el deudor con ocasión del contrato o en el preciso caso de su terminación (como serían boletas de garantías, etc.), entre otras.

<sup>631</sup> Sobre este punto, puede revisarse el capítulo referido a la excepción de contrato no cumplido y su efecto en las acciones resolutorias y en la indemnización de perjuicios.

e incluso renunciada por la voluntad de las partes y con el hecho que el efecto resolutorio de un pacto comisorio sólo puede surgir de una cláusula redactada en términos claros y precisos. De este modo, si las partes no estipulan una cláusula precisa de resolución para el caso del no pago del precio, el juez debe privilegiar la conservación del contrato”<sup>632</sup>.

ii. Determinar qué obligaciones serán las que puedan provocar la resolución del contrato;

iii. Establecer si el acreedor deberá notificar (y por qué medio) al deudor de la aplicación del remedio resolutorio;

iv. Convenir si el deudor tendrá o no derecho a persistir en el contrato una vez gatillado el incumplimiento, cumpliendo la obligación en aplicación de la cláusula que le autoriza a curar su incumplimiento en un determinado plazo;

v. Precisar desde qué momento operará la resolución del contrato; y,

vi. Regular los efectos de la resolución o terminación del contrato, determinando si las obligaciones post-contractuales que quedarán vigentes, entre otros aspectos.

Atendido todo lo ya reseñado, proponemos los siguientes modelos de pactos comisorios calificados:

### Opción 1

“La parte A tiene el derecho a terminar este acuerdo por notificación escrita dirigida al domicilio registrado del deudor, con efecto inmediato y sin necesidad de declaración judicial alguna, en el evento descrito en la cláusula X (Eventos de Incumplimiento) del Contrato”.

### Opción 2

“En el caso en que una de las partes no cumpla con alguna de las obligaciones que le impone este contrato, la otra parte tendrá el derecho de terminar el presente contrato a la expiración del plazo de preaviso de sesenta días, a partir de la fecha de recepción de una carta certificada solicitando se tomen medidas correctivas dentro de ese plazo. El término tendrá lugar —en el caso que no se tomen las medidas correctivas correspondientes dentro de los sesenta días— sin perjuicio de la recuperación de las cantidades adeudadas o relacionadas con pedidos ya efectuados”.

<sup>632</sup> *Jelves con Peralta* (2014).

### Opción 3

“El comprador tendrá además derecho a poner término al presente Contrato en forma inmediata y a exigir el pago de indemnización de perjuicios, en caso de no cumplimiento oportuno por parte del vendedor de cualquiera de las obligaciones indicadas en el presente Contrato y ese incumplimiento: a) persista por más 30 días corridos desde la recepción de la carta; o, b) ocurra por más 45 días sumados en un período de 12 meses<sup>633</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el comprador tendrá derecho a importar productos sustitutivos a contar del 5º (quinto) día de retraso en el cumplimiento de esas obligaciones, estando todos los costos de dicha operación a cargo del vendedor”.

### 2. La cláusula penal

#### 2.1. Noción

La cláusula penal<sup>634</sup> es, por excelencia, una típica convención sobre remedios contractuales. En esta cláusula, los contratantes convienen que, ante el incumplimiento (total, parcial o tardío) de determinadas obligaciones, el deudor deberá, a título de pena o multa, dar o hacer una determinada prestación a favor del acreedor<sup>635</sup>. El CC Ch la regula en sus artículos 1535 a 1544.

Su utilidad se grafica en las características que se le reconocen. La principal, es que constituye una forma de evaluar convencionalmente, y

<sup>633</sup> Esta parte de la cláusula corresponde al denominado derecho a curar el incumplimiento.

<sup>634</sup> Conocida en el mundo anglosajón como “*liquidated damages clause*”. STARK (2003) p. 226, hace notar que, en algunas transacciones (como, por ejemplo, operaciones financieras completas), puede adquirir modalidades particulares. Así, por ejemplo, en ocasiones toman la denominación de “*commitment fee*” por medio del cual alguno de los intervinientes se aseguran el pago de un honorario o remuneración destinado al pago de estudios o análisis, y gastos en que incurren en la negociación y el eventual costo de oportunidad de otras transacciones alternativas. La misma situación se aplica en el caso de acuerdos de entendimiento (*letter to intent*) como seriedad de la negociación y destinada a cubrir esos costos de la negociación para el caso que esta fracase.

<sup>635</sup> En particular, se encargó nuestro legislador de proveernos de una definición, señalando el artículo 1535 CC Ch que “*la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*”.

en forma anticipada, los perjuicios frente al incumplimiento del deudor<sup>636</sup>; convencional, porque han sido las propias partes quienes previeron que por el retardo o incumplimiento de la prestación, se deberá dar o hacer algo a favor del acreedor; y, anticipado, porque los contratantes, de modo previo al retardo o incumplimiento, han valorizado los perjuicios que la falta de ejecución del contrato puede ocasionar.

Luego, acreditado el incumplimiento imputable al deudor, se podrá cobrar la cláusula penal, sin que el deudor pueda oponerse alegando que el incumplimiento no le ha causado perjuicios al acreedor, conforme el artículo 1542 CC Ch<sup>637</sup>; de modo que la cláusula penal es de suma importancia para el acreedor, quien no deberá acreditar la existencia, naturaleza, o el monto de los daños sufridos con ocasión del incumplimiento, bastándole constatar el incumplimiento –presumido imputable– del deudor, para poder cobrar la pena<sup>638</sup>.

Además, la cláusula penal importa una sanción civil que es exigible por el evento del retardo o inejecución de la obligación convenida. De hecho, es nuestro propio legislador el que la explica como una pena, carácter que proviene y conserva del derecho romano<sup>639</sup>. A nivel comparado, como es el caso de Estados Unidos, la cláusula penal no puede tener carácter sancionatorio o punitivo (*penalty clauses*), lo que, a su vez, impide que puedan ser exigibles ante los tribunales (incluso pueden ser declaradas nulas), y ello ocurre cuando la cláusula y su monto no son razonables en relación a la pérdida anticipada o real<sup>640</sup> que pueda sufrir el acreedor<sup>641</sup>.

<sup>636</sup> ABELIUK (2008) t. II, p. 889.

<sup>637</sup> ABELIUK (2008) t. II, p. 889. Sería conveniente tener en consideración el tipo de cláusula arbitral que deberá acordarse en un contrato en donde se pacte una cláusula penal, puesto que, si el árbitro designado por las partes es de derecho o mixto, al tener que aplicar el derecho, deberá aplicar el artículo 1542 del CC Ch, hayan o no existido los perjuicios. Una aproximación más flexible puede ser la que pueda tener un árbitro arbitrador frente a la morigeración de la cláusula penal en el caso de que los perjuicios sean inexistentes, o bien para el caso en que sean inferiores a los acordados en forma anticipada por las partes en virtud de la cláusula penal.

<sup>638</sup> A veces, es muy difícil acreditar la existencia del daño, ya sea en cuanto al monto o bien, la relación de causalidad.

<sup>639</sup> ABELIUK (2008) t. II, pp. 891-893.

<sup>640</sup> STARK (2003) p. 228.

<sup>641</sup> Sin embargo, existe una corriente minoritaria de académicos que plantea que debería derogarse la limitación (*penalty limitation*) de la cláusula penal en los Estados Unidos, y ello,

La cláusula penal tendría una función de caución de la obligación principal, pues constituye una obligación accesoria que resguarda el crédito del acreedor, pues este sabrá de modo anticipado que, ante la inejecución de lo convenido, podrá reclamar el monto o hecho que se estipuló a título de pena<sup>642</sup>, lo que además es un incentivo para cumplir el contrato por parte del deudor.

Al ser el propio legislador civil quien reconoce la existencia de este pacto, la posibilidad de convenirla y su propia validez, no son cuestiones discutidas en nuestro derecho, sin perjuicio de los casos en que la cláusula penal puede devenir en enorme, los que se analizarán más adelante.

## 2.2. Efectos

Los efectos de la cláusula penal dependerán de la forma en que se estructure, de ahí la importancia que nos plantea la manera en que se encuentre redactada y que refleje apropiadamente la intención de los contratantes. Habrá que determinar, en primer lugar, si la pena consistirá en una obligación de dar, o en una obligación de hacer, aun cuando lo usual en el tráfico jurídico es que se trate de una obligación de pagar una suma de dinero.

Acto seguido, las partes podrán convenir una cláusula penal moratoria o pena moratoria, que será exigible para el caso de retardo del deudor; o bien, podrán convenir una cláusula penal compensatoria, en cuyo caso, esta resultará exigible por el incumplimiento íntegro o imperfecto de la prestación. En este último caso, Corral<sup>643</sup> ha precisado que también se podría estructurar como una pena indemnizatoria, o como una pena sustitutiva<sup>644</sup>. La jurisprudencia ha utilizado similar nomenclatura.

porque usualmente, las cláusulas penales no compensan apropiadamente a los acreedores frente al incumplimiento. La única forma de anularlas debería ser algún vicio al momento de su acuerdo, pero no basada en su carácter punitivo. Cfr. KNAPP; CRYSTAL y PRINCE (2007), p. 1044.

<sup>642</sup> Por lo demás, su carácter de caución queda claro, con la contraposición de las definiciones legales. En efecto, recordemos que el artículo 46 CC Ch señala que, “caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”, y precisamente la pena consiste en una obligación que se contrae y nace ante el incumplimiento de otra obligación principal que le sirve de fuente.

<sup>643</sup> Véase CORRAL (2010) pp. 253-254.

<sup>644</sup> Será indemnizatoria, cuando la pena no tiene por objeto sustituir la prestación originalmente adeudada, sino que intenta resarcir los perjuicios que se siguen del incumplimiento; y, en

Por ejemplo, se resolvió, en *Demarco S.A. con I. Municipalidad de Maipú*, que “[...] para efectos de determinar cuándo se hizo exigible la mencionada multa, se debe recordar que la doctrina nacional ha señalado, a propósito del estudio de la cláusula penal, que existen tres tipos, en relación a las funciones que cumplen, ‘la garantizadora (asegura el cumplimiento), la resarcitoria (avalúa anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y la punitiva (contempla una pena privada que debe sufrir el deudor incumplidor). ‘La cláusula penal en la resolución del contrato’, Hernán Corral Talciani, Trabajo publicado en *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez, Enrique Alcalde y Hugo Fábrega, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 331-360*’. Así se clasifican en cláusula penal compensatoria (sustitutiva e indemnizatoria), cláusula penal moratoria y cláusula penal punitiva”<sup>645</sup>.

En igual sentido, la Corte Suprema, en *Moena con Quidel y otro*, estimó, que “en otro orden de argumento, se pretende que no cabría tampoco acumulación del cumplimiento de la obligación principal, esto es, la entrega de la cosa, respecto al arrendador y la pena convencional, según lo dispuesto en el artículo 1537 del Código Civil. Asume la cláusula penal como un contrato, conforme al artículo 1438 del Código Civil, y distingue los cuatro tipos de cláusulas penales ya anunciadas, asumiendo que en la especie podría ser de dos tipos y en ningún caso cabría, concluir, aceptar el pago de las 1470 UF”<sup>646</sup>.

Todo lo anterior tiene importantes consecuencias, pues el acreedor podrá optar por varios caminos, dependiendo la forma en que esté estructurada la cláusula penal.

En efecto, una primera aproximación es que el contratante podrá siempre optar por perseguir el cumplimiento de la obligación principal, o exigir la cláusula penal (conforme lo expresa el art. 1537 CC Ch). No podría perseguir ambas, pues de lo contrario, se generaría un enriquecimiento injustificado, ya que el deudor se vería obligado a pagar dos veces<sup>647</sup>.

cambio, será sustitutiva, cuando tenga por objeto asegurar el valor de la prestación originalmente adeudada. En este sentido, CORRAL (2010) pp. 253-254.

<sup>645</sup> *Demarco S.A. con I. Municipalidad de Maipú* (2017).

<sup>646</sup> *Moena con Quidel y otro* (2016).

<sup>647</sup> SOMARRIVA (1943) pp. 29-30, expresa que “el legislador repudia que pueda solicitarse al mismo tiempo la pena y la indemnización de perjuicios porque tal cosa significaría para el acreedor recibir una doble indemnización”.

Por otra parte, según lo preceptuado por el artículo 1543 CC Ch, siempre quedará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización de perjuicios o bien la pena<sup>648</sup>, en tanto que aquella ha sido estipulada en su propio beneficio. Con todo, esta última regla no opera en caso de que estemos ante una cláusula penal moratoria; evento en el cual el acreedor podría perseguir, junto con el pago de la pena moratoria, el cumplimiento de la obligación principal<sup>649</sup>. Ahora bien, también el acreedor podría perseguir la obligación principal y el cobro de la cláusula penal (compensatoria), cuando las partes hayan expresamente estipulado que esto resulta posible (art. 1537 CC Ch)<sup>650</sup>.

Ahora bien, algunas discusiones han generado la posibilidad de perseguir la resolución del contrato y la cláusula penal compensatoria, en aquellos escenarios en que no se especifica cómo puede proceder el acreedor. Empleando los criterios anteriores, Corral<sup>651</sup> propone que solo en aquellos eventos en que estemos ante una pena indemnizatoria (y no de carácter sustitutiva), resulta posible ejercer ambas acciones: resolutoria y de cobro de la cláusula penal. Cuando estamos ante una pena sustitutiva, se podría generar un enriquecimiento sin causa, pues la pena vendría a reemplazar la obligación principal, cuya resolución se estaría solicitando al mismo tiempo. Recientemente, la Corte Suprema, en *Moena con Quidel y otro*, previamente citado, sostuvo que “[...] si así lo hubieren pactado, la cláusula penal como un remedio convencional para el caso del mero incumplimiento, que es lo que ocurre en este caso dado lo previsto en la cláusula séptima del acuerdo de las partes. Todo indica entonces que el recurrente se equivoca cuando asegura la incompatibilidad entre la restitución del precio como efecto de la resolución y la indemnización de perjuicios o, como ocurre en este caso, con la cláusula penal demandada. Tanto es así que la cláusula penal pervive a la resolución del contrato desmintiendo el efecto retroactivo de la misma, pues a pesar de la extinción de las obligaciones si no se han ejecutado, por ejemplo aquella de entrega de la cosa en este caso, corresponde aplicar la cláusula penal

<sup>648</sup> Salvo que las partes hayan estipulado un remedio contractual exclusivo, CORRAL (2016b) p. 163.

<sup>649</sup> VIAL (2007) pp. 207 y ss.

<sup>650</sup> En este último escenario es donde podemos observar con mayor facilidad el carácter de sanción civil que reúne esta cláusula.

<sup>651</sup> CORRAL (2010) pp. 255 y ss.

como efecto del incumplimiento y con independencia de la declaración de resolución del contrato. [...] La pregunta que se hace quien impugna la sentencia de alzada que subraya en su escrito, respecto a la compatibilidad de la resolución en conjunto con la pena pactada, debe responderse por la afirmativa. No se extralimita la sentencia al acoger la resolución y la pena otorgada, más la restitución del precio, sino que da pleno cumplimiento a las reglas que invoca la recurrente”<sup>652</sup>.

Como fuere, cualquiera que sea la forma en que se estructure la cláusula penal, para su exigibilidad se requerirá previamente constituir en mora al deudor (art. 1536 CC Ch), a lo que nuestra jurisprudencia ha agregado que se deberán verificar los presupuestos que hacen procedente la indemnización de perjuicios, salvo la prueba de existencia de los daños.

En este sentido, la Corte Suprema, en *Lyon con Thompson*, sostuvo que, “[...] establecido que la cláusula penal participa de la naturaleza jurídica de la indemnización de perjuicios y no es sino una avaluación anticipada de los mismos que hacen las propias partes, ha de tenerse en cuenta para condenar a su pago que deben concurrir los requisitos que hacen procedente la indemnización de perjuicios, cuales son que la infracción de la obligación se deba a culpa o dolo del deudor, por una parte; y, por otra, que éste se encuentre constituido en mora. La particularidad de la cláusula penal que la hace diferente del estatuto general en materia de responsabilidad civil contractual, es que no se exige la prueba de los perjuicios, toda vez que el acreedor puede reclamar la pena aunque la infracción de obligación no le haya causado perjuicios, o inclusive, le hubiese reportado un beneficio, como lo establece el artículo 1542 del Código Civil”<sup>653</sup>.

<sup>652</sup> *Moena con Quidel y otro* (2016).

<sup>653</sup> *Lyon Amand con Thompson* (2014). Véase, también, la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en *Campo Urbano con Erazo y otro* (2015), que afirma exactamente lo mismo que *Lyon Amand con Thompson* (2014). Igualmente, en *Inmobiliaria San Lorenzo S.A. con Sociedad Inversiones Car SpA* (2015), se resolvió por la Corte de Apelaciones de Antofagasta considerando “que expuesto lo anterior, en especial la desconexión de la cláusula penal con la obligación principal, se hace necesario, analizar los requisitos que deben concurrir para que el acreedor, en este caso C.R.R. SpA, pueda cobrar la referida cláusula, y que son los mismos de la indemnización ordinaria, esto es: 1.-Debe haber incumplimiento imputable al deudor; 2.-Mora del deudor, esto es, tratándose de una obligación de dar o hacer; la interpelación al deudor, y siempre que el acreedor no esté en mora y, 3.- Los perjuicios, aunque éstos pueden faltar en la cláusula penal”.

En otros casos, el único remedio frente al incumplimiento del contrato por parte del deudor será la cláusula penal, la que tomará el carácter de remedio exclusivo, no pudiendo el acreedor recurrir a otras acciones<sup>654</sup>.

En relación a la reducción de la pena, corresponde ahora detenernos principalmente en la denominada cláusula penal enorme, que se refiere a aquellos casos en que el legislador contempló hipótesis en que es posible pedir la nulidad o rebaja de la cláusula pena estipulada.

Un primer caso en que es posible para el deudor solicitar una disminución –en forma proporcional–, opera cuando existió cumplimiento parcial que fue aceptado por el acreedor (art. 1539 CC Ch).

Las otras hipótesis aparecen en el artículo 1544 CC Ch, y comprenden un genuino límite a la autonomía de la voluntad en lo que se denomina como cláusula penal enorme, esto es, “aquella que impone una pena desproporcionada con relación al importe de la obligación principal, exceso que se rebaja directamente por mandato de la ley o por el juez de modo discrecional”<sup>655</sup>.

La primera hipótesis del artículo 1544 antes citado, trata del caso en que el deudor debe pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe (como en el caso de un contrato oneroso conmutativo, para las obligaciones principal y penal de una cantidad determinada). En este caso, el límite de la cláusula penal será el duplo de la obligación principal<sup>656</sup>. Un ejemplo de la aplicación de esta reducción la encontramos en la justicia arbitral, en donde el árbitro, conociendo de la terminación de un contrato de arrendamiento de un inmueble por no pago de renta, procedió a rebajar la multa convenida para el caso de mora, atendido que la consideró enorme<sup>657</sup>.

<sup>654</sup> CORRAL (2016b) p. 163, expresa que “[...] mediante pacto expreso, las partes convienen que la cláusula penal será obligatoria tanto para el acreedor como para el deudor, de modo que el acreedor no podrá optar por desligarse del contrato para perseguir la indemnización por vía judicial aun cuando pretenda probar que los daños reales han sido superiores a los avaluados en la cláusula penal”. Esta cláusula encuentra sustento en el artículo 1647 CC Ch, y se denomina cláusula penal obligatoria.

<sup>655</sup> FUEYO (1991) p. 480.

<sup>656</sup> De este modo, estamos ante una cláusula penal enorme, cuando la pena es superior al doble de la obligación principal. En aquellos eventos, el deudor podrá pedir la rebaja de todo aquello que exceda al doble de la obligación principal.

<sup>657</sup> *Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago* (2011a). En este caso, la renta mensual equivalía a 25,22 UTM, mientras que la pena pactada

Una segunda hipótesis se “refiere a la situación del mutuo, sea que se trate de dinero o de otra especie fungible. [...], el legislador no exige que la pena sea pactada en dinero, por lo mismo, podría consistir en un dar, hacer o no hacer”<sup>658</sup>. En estos casos, la cláusula penal será enorme cuando sobrepase el interés convencional<sup>659</sup>.

Finalmente, señala el artículo 1544 CC Ch que en aquellas obligaciones de valor inapreciable o indeterminado “se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”. Según Corral, ese sería el caso de una multa o monto que vaya aumentando a medida que el retardo o incumplimiento continúe en el tiempo, pero que, objetivamente, no sea mensurable al momento de acordar el contrato, lo que la vuelve indeterminada e inapreciable<sup>660</sup>. Un ejemplo de reducción de la pena asociada a una obligación de valor inapreciable o indeterminado (cláusula de confidencialidad) fue aplicado por la justicia arbitral. Atendidas las circunstancias del caso, el árbitro estimó enorme la pena de

consistía en un pago de 2 UTM por cada día de atraso, y, en consecuencia, 60 UTM por mes, es decir, más del doble de la renta estipulada. Es por ello que, aun en rebeldía del demandado, el árbitro procedió a rebajarlas a la suma equivalente al doble de la renta pactada. Sin embargo, podría sostener que se trata de una pena de valor indeterminado, al desconocerse *ex ante*, esto es, al momento de celebrar el contrato en donde se conviene la cláusula penal, el monto final de esta.

<sup>658</sup> DE LA MAZA (2006) p. 31.

<sup>659</sup> DE LA MAZA (2006) p. 32. señala que, “sobre esto es necesario formular algunas precisiones. La primera tiene que ver con la relación del inciso tercero del artículo 1544 con la regla del artículo 2.206. En el primer caso si se excede el interés máximo permitido la sanción es que se reduce hasta alcanzar al máximo del interés permitido de estipular. En el segundo si excede la medida que el mismo artículo contempla —una mitad del que se probare haber sido el interés corriente al momento de la convención, se reduce al interés corriente—. El problema se presenta porque el interés corriente y el máximo convencional no son actualmente una misma cosa, ¿por cuál se debe optar? Si se tiene en consideración únicamente el Código Civil la respuesta es que no es necesario optar toda vez que la regla del artículo 2206 se aplicaría a los intereses por el uso del dinero y la del 1544 a aquellos moratorios. La Ley N° 18.010, sin embargo, fija una regla diversa. En su artículo 8° junto con indicar qué intereses debe entenderse como excesivo, dispone que la sanción frente a éste es la reducción al interés corriente, fijado por el artículo 6° de la misma ley. ¿Cómo se aplica respecto de los intereses penales fijados por las partes? La respuesta, en mi opinión, es que allí se debe distinguir según si el mutuo queda o no regulado por la Ley N° 18.010 o no. Si la respuesta es afirmativa, la regla del artículo 8° prefiere a aquella del artículo 1544”.

<sup>660</sup> CORRAL (2016b) p. 291.

\$ 200 millones impuesta en dicho contrato, y, conforme su prudencia, la moderó condenando finalmente a la infractora a la pena de \$5 millones<sup>661</sup>.

### 2.3. Modelo de cláusula

Para efectos de la redacción de la cláusula penal, es conveniente tener en consideración lo siguiente:

- i. Establecer el carácter moratorio o compensatorio de la misma;
- ii. Determinar si el acreedor podrá demandar el cumplimiento forzoso del contrato y, conjuntamente, el cobro de la cláusula penal; y,
- iii. Precisar si el acreedor tendrá derecho a los otros remedios contractuales o su exclusivo remedio será la cláusula penal<sup>662</sup>, entre otros aspectos.

Una proposición de cláusula penal es la siguiente:

“Para garantizar el cumplimiento de este contrato, las partes acuerdan que en caso de incumplimiento de las obligaciones que emanan del mismo, la parte diligente tendrá derecho a cobrar la cantidad de [monto] como evaluación anticipada de los perjuicios que aquel incumplimiento le causare, sin perjuicio de la acción de cumplimiento o resolución de contrato que pudiere asistirle”.

### 3. Cláusula de resolución por incumplimiento y ruptura anticipada (anticipatory breach)

#### 3.1. Noción

La cláusula de resolución o repudiación por anticipación se inserta en lo que se denomina “teoría del incumplimiento anticipado”<sup>663</sup>, por medio de la cual se “otorga al acreedor el derecho de recurrir a los diversos remedios contractuales que el ordenamiento le franquea, cuando, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación del deudor, se hace evidente, a los ojos de una persona razonable, que la parte obligada no quiere o no puede cumplir con lo prometido”<sup>664</sup>.

<sup>661</sup> Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (2016a).

<sup>662</sup> STARK (2003) p. 226.

<sup>663</sup> También puede revisarse en PEÑAILLO (2012) p. 53.

<sup>664</sup> DEL FAVERO (2013) p. 2.

Como ejemplo, la doctrina propone el siguiente caso: “imagínese usted que con fecha 2 de marzo A contrata a B para que actúe en una obra de teatro que está montando, cuyos ensayos comenzarán con fecha 1 de junio en la ciudad Y, para ser estrenada la obra con fecha 15 de junio. Suponga que con fecha 4 de abril, es decir, antes de que cualquier obligación contractual sea exigible, B acepte una oferta para grabar una cinta cinematográfica cuyas locaciones de grabación están ubicadas en la lejana ciudad X. Dichas grabaciones comenzaran con fecha 1 de junio y se extenderán por más de tres meses”<sup>665</sup>.

El origen de esta institución se encontraría en el derecho anglosajón, con el caso *Hochster v. De la Tour*, de la Corte inglesa de Queen's Bench<sup>666</sup>, en donde se le dio reconocimiento judicial y posteriormente su aplicación se expandió.

La Corte Suprema de Estados Unidos le dio aplicación en otros casos<sup>667</sup>, y a continuación fue recopilada por el *American Law Institute* en el *Primer Restatement on Contract* en el año 1932 (y también en el segundo *Restatement*, en los años ochenta); luego fue incorporada dentro del *Uniform Commercial Code (UCC)*<sup>668</sup>, elaborado por el *American Law Institute y National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*<sup>669</sup>; y, como dice Del Favero<sup>670</sup>, el último gran paso fue su internacionalización en los artículos 71<sup>671</sup>

<sup>665</sup> El ejemplo lo cita DEL FAVERO (2013) p. 27, extraído de PERILLO (2009) p. 488.

<sup>666</sup> Véase ROWLEY (2001) pp. 575-584, quien afirma, junto a otros autores citados, que es posible identificar casos de data anterior a *Hochster v. De la Tour* en que se le reconoce el derecho a acción a una de las partes con anterioridad a la fecha en que, conforme al contrato, se debía ejecutar lo prometido por el demandado.

<sup>667</sup> DEL FAVERO (2013) p. 27, quien cita los casos de *Dingley v. Oler* (1886) y *Roehm v. Horst* (1900), quien a su vez cita a ROWLEY (2001) pp. 594-598.

<sup>668</sup> En su artículo 2º secciones 609, 610 y 611.

<sup>669</sup> ROWLEY (2001) pp. 616-617.

<sup>670</sup> DEL FAVERO (2013) p. 7.

<sup>671</sup> Dispone el artículo 71 de la Convención lo siguiente: “1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato. 2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del

y 72<sup>672</sup> CISG<sup>673</sup>. La recodificación alemana la incorporó al BGB<sup>674</sup> en su nuevo artículo 321. Sin embargo, la última reforma al derecho de las obligaciones en Francia no incorporó esta figura en su nuevo articulado<sup>675</sup>, así como tampoco lo hizo Argentina.

La utilidad de esta cláusula es evidente, dado que el acreedor, avizorando un incumplimiento contractual por parte del deudor, podrá recurrir a los remedios que el ordenamiento le otorga, incluso con anterioridad a la exigibilidad de la obligación pactada bajo alguna modalidad<sup>676</sup>.

El fundamento de la repudiación anticipada de contrato puede encontrarse en razones de justicia<sup>677</sup> y eficiencia<sup>678</sup>.

En todo caso, la doctrina del incumplimiento anticipado no aparece recogida en nuestro ordenamiento jurídico a nivel general. Sin embargo, el

comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías. 3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones”.

<sup>672</sup> Dispone el artículo 72 de la Convención, que: “1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto. 2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. 3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”.

<sup>673</sup> Véase [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html) [Fecha de consulta: 12 de abril de 2018].

<sup>674</sup> Véase DEL FAVERO (2013) pp. 104 y ss.

<sup>675</sup> ROWAN (2017) p. 333.

<sup>676</sup> DEL FAVERO (2013) p. 21, quien, a su vez, lo toma de CORBIN (1963) pp. 853-856.

<sup>677</sup> De justicia al impedir que el acreedor deba esperar hasta el término del contrato y su incumplimiento, para provocar los remedios contractuales. Se dice que habría un deber implícito de no hacer nada que comprometa que el contrato pueda ser ejecutado, lo que sería violado por el deudor en forma anticipada.

<sup>678</sup> DEL FAVERO (2013) p. 37, quien señala que “si un deudor repudia un contrato (en los términos claros y contundentes que exige la teoría, cuestión que veremos en un momento), seguramente lo hace en el entendido de que se encuentra autorizado para ello, lo que genera una situación de incertidumbre que es necesario remediar de inmediato”.

inciso final del artículo 1826 CC Ch incorporaría el principio invocado al autorizar al vendedor a suspender la entrega de la cosa si ha menguado la fortuna del comprador, que es precisamente uno de los remedios que se le concede al acreedor. Pero, como bien señala Peñailillo, “no se trata de un exacto equivalente, porque aquí la obligación ya está (se ha tornado) exigible, y la ‘*anticipatory breach*’ implica, como se dijo, una ruptura anticipada del contrato (cuando la obligación aún no es exigible)”<sup>679</sup>.

También se incorpora en aquellos contratos a los que se les resulta aplicable la CISG.

### 3.2. Efectos

En virtud de la repudiación anticipada, el acreedor no deberá esperar hasta la fecha en que se hace exigible la obligación del deudor, y podrá darla por incumplida anticipadamente por repudiación, gatillando los remedios contractuales que le asisten.

El punto crítico en estos casos es determinar ¿cuándo ha existido repudiación anticipada del deudor? Debe existir un suficiente grado de probabilidad cierta de que el deudor incumplirá el contrato y de que ese incumplimiento (que debe ser grave) privará al acreedor de parte sustancial del valor de la prestación acordada<sup>680</sup>; lo anterior, cuando exista de parte del deudor una renuncia anticipada (el deudor manifiesta su voluntad de no cumplir el contrato) o una imposibilidad anticipada (cuando ocurren circunstancias anteriores a la exigibilidad de la obligación, que le impiden al deudor prospectivamente cumplirlo).

En efecto, estableciéndose la existencia de una repudiación anticipada, surgen para el acreedor un abanico de alternativas vinculadas a los remedios contractuales<sup>681</sup>, tales como la excusa de cumplimiento (la suspensión de la prestación a causa de la excepción de contrato no cumplido); instar por

<sup>679</sup> PEÑAILILLO (2012) p. 54.

<sup>680</sup> DEL FAVERO (2013) pp. 37 y ss.

<sup>681</sup> Alternativas que diferirán entre el instrumento en que consta la repudiación anticipada. Por ejemplo, en el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos de Norteamérica (UCC), se autoriza al acreedor a esperar un tiempo razonable para que el deudor cumpla lo prometido; recurrir a otros remedios contractuales y suspender la ejecución de la prestación correlativa. Véase artículo 2° secciones 703 a 711 UCC.

una operación de reemplazo para reducir sus daños; exigir la restitución de las prestaciones que haya pagado al deudor incumplidor (basado en el enriquecimiento sin causa); la indemnización de perjuicios frente a la repudiación anticipada; y, terminación inmediata y unilateral del contrato.

### 3.3. Modelo de cláusula

Su incorporación requiere una estipulación expresa entre las partes, y, más precisamente, a través de un pacto comisorio calificado, siendo el evento que lo gatilla, “el incumplimiento actual del deber de no repudiar el contrato o conservar la habilidad para cumplirlo”<sup>682</sup>, dentro del margen de la autonomía de la voluntad y en la medida en que dicha estipulación constituya un caso de una voluntad seria de obligarse, como sería aquel en que se estipula una condición resolutoria meramente potestativa.

Una propuesta de redacción de la cláusula de repudiación anticipada, es la siguiente:

“Si, antes de la fecha de inicio del Contrato, el arrendatario notifica al propietario o demuestra inequívocamente una intención de incumplir y repudiar este contrato o incumple cualquier obligación de Inquilino en virtud del presente, el propietario puede, a su discreción, considerar dicho repudio anticipado como incumplimiento de este Contrato de arrendamiento. Además de cualquier otro recurso disponible en virtud del presente, en derecho, el propietario podrá terminar el contrato en forma unilateral y anticipada; y, si corresponde, reclamar daños y perjuicios al arrendatario”.

## VI. CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En el siguiente apartado se revisará la cláusula en la cual se determina el foro donde se resolverán las disputas que se generen con ocasión del contrato, excluyendo así a la justicia ordinaria<sup>683</sup>.

<sup>682</sup> DEL FAVERO (2013) p. 124, señala que “lo que se propone es que las partes acuerden que se otorgue el derecho de exigir el cumplimiento forzado o resolución del contrato con indemnización de daños, en el caso de que, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación, fuese evidente que la contraparte no quiere o no puede cumplir con lo prometido”.

<sup>683</sup> No se trata en este capítulo la cláusula de prórroga de competencia o jurisdicción.