

CAPÍTULO VI

LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

I. NOCIÓN GENERAL

1. Concepto y función

Dentro de los remedios –que hemos denominado defensivos– con los que cuenta el acreedor frente al incumplimiento del contrato, un lugar destacado lo ocupa la acción de resolución, también conocida como acción resolutoria o remedio resolutorio. Desde una perspectiva sustantiva, la facultad resolutoria es un medio de protección del acreedor frente a la inejecución de lo acordado, que le permite desvincularse del contrato, al extinguirse las obligaciones emanadas de él y recuperar lo que hubiese dado o pagado con ocasión del contrato que se extingue⁸¹⁴.

En nuestro ordenamiento, dicha facultad se ejercita usualmente mediante la acción resolutoria⁸¹⁵, la que se encuentra regulada para los contratos bilaterales en el artículo 1489 CC Ch. La ubicación del citado artículo dentro del Título denominado “De las obligaciones condicionales y modales”, y, particularmente, dentro de la condición resolutoria tácita, ha llevado a la discusión sobre su naturaleza jurídica, pues, más que como una acción propia del incumplimiento de un contrato, su estudio se ha realizado clásicamente desde la perspectiva del cumplimiento de la condición

⁸¹⁴ Díez-PICAZO y GULLÓN (2012) p. 253; agregan estos autores que la resolución técnicamente otorga una facultad de modificación de la situación jurídica, consistente en poner fin a la relación obligatoria de las partes.

⁸¹⁵ Esta acción puede ser definida como el instrumento procesal destinado a pedir la resolución del contrato. Cfr. PEÑAILILLO (2003) p. 432.

resolutoria tácita, como una modalidad o categoría de las condiciones en los contratos bilaterales.

Respecto de los contratos unilaterales, en términos generales, no procede la resolución como acción propia frente al incumplimiento. Debido a la existencia de regulación especial sobre aquellos contratos donde aparece el predominio de la acción de cumplimiento⁸¹⁶, la discusión pierde cierta relevancia. No obstante lo anterior, dos razones funcionales apoyan el rechazo de la acción resolutoria en los contratos unilaterales. Por un lado, no se podría explicar el efecto extintivo de la acción en dichos contratos (por no existir obligaciones correlativas que hayan de extinguirse); y por otro lado, el efecto restitutorio se confundiría con el cumplimiento de los mismos⁸¹⁷.

En consecuencia, razones técnicas recomiendan centrar su análisis en los contratos bilaterales, más allá de que este tipo de contratos sea el de más frecuente uso para el intercambio de bienes y servicios en la actualidad. Lo anterior se advierte, por ejemplo, en *Vargas con Banco del Estado*, en donde nuestra Corte Suprema, por medio de voto de minoría, tiene ocasión de precisar que “*si bien no existe en el articulado del Código Civil una disposición que otorgue a la contraparte de la infractora de obligación del contrato unilateral el derecho de perseverar o desistirse del mismo, entablado en este último caso la acción resolutoria, dicho vacío legal puede integrarse sobre la base de los principios generales en materia de indemnización de perjuicios. En efecto, es perfectamente posible que el acreedor del contrato unilateral, enfrentado al incumplimiento de la única parte obligada, no satisfaga su interés con la ejecución forzada, y que su pretensión no sea otra que la de obtener la indemnización compensatoria que sustituya a la obligación infringida*”⁸¹⁸.

Asimismo, la función que desempeña la acción resolutoria puede ser explicada claramente a través de sus efectos extintivo y restitutorio. Por el primero, se entiende acabada o terminada la relación obligatoria; y por el segundo, proceden las restituciones de lo que se hubiese dado o pagado en virtud del contrato. En consecuencia, se puede decir que en el caso

⁸¹⁶ Así el artículo 2177 CC Ch, respecto al comodato; el artículo 2226, respecto al depósito; y el artículo 2396, respecto de la prenda.

⁸¹⁷ CONEJARO (2015) p. 64.

⁸¹⁸ *Vargas con Banco del Estado* (2012).

de la resolución, el ordenamiento jurídico reacciona ante una atribución patrimonial que surgió como intercambio, y que, a causa del incumplimiento del deudor, no será correspondida⁸¹⁹. Por tanto, y desde una visión económica de la relación obligatoria, mediante la resolución se permite que el acreedor extinga esa relación contractual fallida, y pueda regresar al mercado en busca de la satisfacción del interés frustrado con el incumplimiento, o, incluso, que pueda optar por cambiar el destino del recurso asignado al contrato fallido⁸²⁰.

Dicha forma de fundamentar la resolución pone en evidencia la relevancia de entender el funcionamiento de ella en el contexto de los contratos bilaterales, donde la interdependencia de las prestaciones, y, por tanto, la consideración del sinalagma contractual, son preponderantes. Pero también se ha indicado que la resolución poseería una función de sanción y reparación, frente al incumplimiento del deudor, en el contexto de comprender el incumplimiento como un ilícito contractual⁸²¹.

2. Naturaleza jurídica

Existen dos formas de comprender la naturaleza jurídica de la acción resolutoria. Por un lado, como condición resolutoria tácita propia de todo contrato bilateral (pues constituye un elemento de la naturaleza de este al tenor del art. 1444 CC Ch); y, por otro lado, como una acción o remedio del cual dispone el acreedor frente al incumplimiento de un contrato bilateral, dentro de un catálogo mayor de acciones, que incluiría también a la acción de cumplimiento específico, a la acción de indemnización de perjuicios, a la suspensión de la prestación (excepción de contrato no cumplido) y a la denominada acción de reducción del precio o *quantum minoris*, entre otras.

⁸¹⁹ PEÑAILILLO (2012) p. 11.

⁸²⁰ PEÑAILILLO (2012) p. 11.

⁸²¹ MAL (2016) p. 119, quien, siguiendo a Díez-Picazo, señala que la resolución “es el remedio que el ordenamiento jurídico ofrece al perjudicado con el fin de concederle protección frente al incumplimiento de la otra parte. Es el medio de defensa de la parte que sufre el incumplimiento contractual por parte de la otra, y que, a la vista de este incumplimiento, deja de tener razones de peso para continuar vinculada, y por tanto, para ejecutar la prestación (si todavía no lo hubiere hecho) o para no recuperar su propia prestación (si ya hubiere cumplido)”.

2.1. Condición resolutoria tácita

Tradicionalmente, la acción de resolución por incumplimiento de contrato ha sido estudiada y comprendida como un efecto del cumplimiento de la condición resolutoria tácita contenida en todo contrato bilateral, al tenor del artículo 1489 CC Ch.

Dicha concepción de la resolución tiene su origen en que, por lo general, la ubicación de la acción resolutoria en los códigos civiles ha estado precisamente en la sección correspondiente a las obligaciones condicionales y modales⁸²². El origen se encuentra en el Derecho consuetudinario francés, que pasó a ser ley con la dictación del *Code*⁸²³.

Nuestros tribunales superiores de justicia han seguido en algunos casos esta aproximación en torno a la naturaleza jurídica de la acción resolutoria. Por ejemplo, la Corte Suprema, en *Quiero con Sociedad de Turismo*, declaró que “[...] la acción intentada por la parte demandante en estos autos, con ocasión de la celebración de un contrato de compraventa, es la acción resolutoria que emana de la denominada condición resolutoria tácita de que trata el artículo 1489 del Código Civil”⁸²⁴.

En un sentido similar, la misma Corte, en *Romero con Italmod S.A.*, resolvió que “[...] se desprende que la condición que subentiende la ley (en los contratos) es el incumplimiento de lo pactado, siendo su efecto entonces

⁸²² Como ya indicamos, en el artículo 1489 CC Ch se encuentra inserto en el título denominado “De las obligaciones condicionales y modales”. Situación similar se puede observar en el Código Civil Español, donde el artículo 1124, símil de nuestro artículo 1489, se encuentra en la sección denominada “De las obligaciones puras y de las condicionales”.

⁸²³ Una explicación histórica sobre la razón por la cual la acción resolutoria está dentro de las obligaciones condicionales se puede ver en MALO (2016), p. 118; quien indica que, “en la práctica, era muy frecuente la inclusión en los contratos de una condición resolutoria expresa de acuerdo con la cual, en caso de incumplimiento de la prestación por uno de las partes, la otra tendrá la facultad de resolver el contrato. Seguramente con la intención de favorecer el desarrollo del comercio, la doctrina comenzó a admitir la posibilidad de resolución incluso en aquellos casos en los que no se había pactado condición resolutoria expresa, argumentando que la misma podía considerarse implícita en el contrato”. Posteriormente, esta admisión de la condición resolutoria tácita en los contratos fue abordada por Pothier en su tratado de las obligaciones, consolidándose en el artículo 1184 del *Code*, y de ahí pasó a los códigos que le tuvieron como modelo, como es el caso del CC Ch. En el mismo sentido, PEÑAILILLO (2003) p. 394.

⁸²⁴ *Quiero con Sociedad de Turismo* (2011).

*la extinción del derecho por haberse cumplido el hecho futuro e incierto consistente en el incumplimiento de lo pactado en un contrato bilateral*⁸²⁵.

Más allá de la ubicación geográfica de la acción resolutoria en el CC Ch, y de que efectivamente en la jurisprudencia se reconozca que dicha acción emana de la condición resolutoria tácita, puede indicarse que el entendimiento que existe de ella es precisamente el de facultad del acreedor, que usualmente se ejercita mediante una acción frente al incumplimiento del deudor de un contrato bilateral. Así, pasando por alto la cuestión de su denominación (como condición resolutoria tácita o como acción frente al incumplimiento de un contrato), lo verdaderamente relevante, son los distintos efectos que producen una y otra comprensión. Reviste especial relevancia en este sentido el carácter retroactivo que clásicamente se le ha reconocido a la acción resolutoria en su comprensión como condición resolutoria tácita.

Por tanto, si bien expresamente en la jurisprudencia se indica que la acción resolutoria es la que emana de la condición resolutoria tácita, se reconoce que es un derecho potestativo del cual dispone el acreedor frente al incumplimiento del contrato. Desde esta perspectiva, más que la cuestión terminológica o de ubicación dentro del Código, lo relevante que podríamos considerar de esta dicotomía, son los distintos efectos de una y otra concepción⁸²⁶.

2.2. *La resolución como remedio contractual*

La segunda concepción bajo la cual puede ser comprendida la acción resolutoria, es como una de las acciones de las que dispone el acreedor ante el incumplimiento contractual. La resolución del contrato sería uno de los remedios que, incumplido el contrato y verificados sus requisitos propios, podría ejercer el acreedor.

⁸²⁵ *Romero con Italmod S.A.* (2012).

⁸²⁶ Señalan GUEVARA y MUDRI (2017) p. 60, que, “con todo, el estudio de la resolución por incumplimiento desde la perspectiva de las obligaciones condicionales trae problemas prácticos a la hora de aplicar las normas de esta categoría de obligaciones y también los efectos de la resolución quedan aprisionados entre los de la obligación condicional, no obstante obedecer a funciones diversas”. En la misma línea, PEÑAILILLO (2003) pp. 393 y ss., quien agrega que la decisión de incorporar la facultad resolutoria por incumplimiento de contrato dentro de las condiciones tiene algún grado de ficción y en cierto sentido, es una situación forzada, que genera algunos inconvenientes.

Entonces, más que una condición técnicamente hablando, la resolución sería una facultad de configuración jurídica que autoriza al acreedor a proteger sus intereses frente al incumplimiento del deudor⁸²⁷, y desvincularse del mismo, resolviendo o terminando el contrato. En ese sentido, se trata de una facultad alternativa (pues entre el cumplimiento y la resolución podrá optar el acreedor en la medida en que no haya limitado sus remedios mediante cláusula expresa). Además, se trataría de un derecho potestativo del acreedor, mediante el cual manifiesta su decisión de modificar la relación jurídica contractual vigente con el deudor y, en ese contexto, esa modificación sería extintiva del contrato.

Esta noción es la que hoy prima en los distintos instrumentos de Derecho Uniforme⁸²⁸ y está presente en las últimas reformas relevantes del derecho de las obligaciones.

Como vimos, durante el año 2016, Francia reformó su Código Civil y, en el nuevo artículo 1217, bajo el título de los efectos del contrato, se incluyó a la resolución del contrato, como uno de los remedios de que dispone el acreedor frente a la inejecución del deudor, al igual que la suspensión de cumplimiento, la acción de cumplimiento forzado del contrato, la reducción de precio y la acción de indemnización de perjuicios⁸²⁹.

En Argentina, durante el año 2014, también se reformó el Código Civil y Comercial, con vigencia a partir del siguiente año, y bajo el título de la extinción, modificación y adecuación del contrato, se regula la resolución como un efecto del contrato, frente al incumplimiento del deudor (art. 1083 CCC Ar), o la declaración bilateral o unilateral (arts. 1073 y ss. CCC Ar). Esto muestra que la tendencia es que la resolución del contrato deja de estar regulada a propósito de las obligaciones condicionales y pasa a estarlo como un efecto del contrato y, particularmente, como una de las acciones que tiene el acreedor frente al incumplimiento del deudor.

En definitiva, respecto a la naturaleza jurídica de la acción resolutoria, más allá de la discusión sobre su ubicación dentro de las obligaciones condicionales o como efecto del contrato, la forma en que ha sido entendida jurisprudencial y doctrinariamente permite afirmar que efectivamente es

⁸²⁷ MALO (2016) p. 119, citando a Díez-Picazo.

⁸²⁸ En este sentido: artículo 26 CISG y el artículo 9:301 PECL, entre otros.

⁸²⁹ CABRILLAC (2016) p. 155.

una acción que dispone el acreedor frente a la inejecución del contrato. Las diferencias entre uno y otro entendimiento se reflejan en los efectos de la acción, cuestión que analizaremos al final de este capítulo.

3. Modelos de ejercicio

Una discusión relevante respecto de la acción resolutoria, corresponde a las formas de ejercicio de la misma. En dicho sentido, la necesidad de rapidez en la solución de los conflictos que pudiese generar el incumplimiento de un contrato y los costos de transacción asociados a ello, lleva a cuestionar la forma tradicional de funcionamiento de la acción mediante la iniciación de un proceso judicial declarativo de la resolución de contrato por incumplimiento de las obligaciones del deudor.

Por ello, en la actualidad es posible constatar la existencia de dos formas o modelos de ejercicio de la acción resolutoria. Por un lado, existiría un modelo que requiere necesariamente la intervención de la justicia para efectos de declarar la resolución del contrato, y por otro, uno que comprende que la resolución operaría extrajudicialmente, ya sea mediante el ejercicio de una facultad resolutoria, legal y unilateral del contrato bilateral; mediante comunicación del acreedor; o bien, a través de la inclusión de una cláusula resolutoria *ipso facto* o pacto comisorio calificado.

3.1. Modelo judicial

La modalidad adoptada para el ejercicio de la acción resolutoria proveniente de la condición resolutoria tácita por nuestro Código Civil, es la de resolución judicial⁸³⁰. Aquello se desprendería del artículo 1489 CC Ch, al preceptuar que, para ejercer la resolución, es necesario solicitarla en juicio; y también al tener el acreedor la alternativa entre solicitar la resolución o el cumplimiento de la obligación⁸³¹.

En este modelo, que parece ir en franco retroceso a nivel comparado, existiría un control *a priori* de la acción, ya que la resolución judicial sería declarada por el juez, previo examen del cumplimiento de sus requisitos en el caso concreto. Sin declaración judicial, la resolución no operaría como modo de extinguir el contrato y, consecuentemente, de las obligaciones y

⁸³⁰ PEÑAILILLO (2012) p. 37; BARROS (2008) p. 424.

⁸³¹ PEÑAILILLO (2012) p. 37.

derechos que surgieron del mismo. Por ello, en la visión clásica, se incluye a la declaración judicial o sentencia judicial, como uno de los presupuestos para que opere la resolución, a causa de la verificación de la condición resolutoria tácita.

Lo anterior, conlleva la discusión relevante respecto a si la sentencia que declara resuelto un contrato tendría efectos declarativos o, por el contrario, constitutivos. En general, la opinión predominante de la doctrina nacional es que la sentencia que acoge la demanda de resolución y declara resuelto el contrato sería declarativa, y por ello, sus efectos serían retroactivos al día del ejercicio de la acción⁸³².

Otro aspecto relevante en el modelo de ejercicio judicial de la resolución es el rol que juega el pago por consignación ejecutado por el deudor una vez deducida y notificada la acción resolutoria del contrato al demandado⁸³³. Sin perjuicio de que esta discusión se trató en el capítulo relativo al incumplimiento y en el de los remedios preventivos, la aceptación temprana del pago por consignación por los tribunales para rechazar la acción resolutoria, puso en jaque la real facultad resolutoria del acreedor. En definitiva, si el deudor podía pagar por consignación, ya ejercida en tribunales la facultad resolutoria, la opción era de este (de salvar el contrato), y no del acreedor, frustrando la finalidad de la opción consagrada a su favor en el artículo 1489 CC Ch. Esta situación ha ido cambiando en la jurisprudencia⁸³⁴, y se ha ido consolidando en tribunales la doctrina que niega la alternativa y eficacia del pago por consignación del deudor una vez deducida y notificada la acción judicial resolutoria del contrato al demandado, mediante una reinterpretación sistemática del artículo 310 del CPC a la luz del artículo 1489 del CC Ch⁸³⁵.

⁸³² PEÑAILILLO (2012) p. 37. En la práctica, lo usual es que la resolución, y el cumplimiento de sus requisitos y efectos, podrá ser discutida en sede judicial, de modo que la dictación de la sentencia judicial otorgará certeza a la discusión, constatando o no, la resolución que ya habría operado. Véase MALO (2016) p. 159, quien explica la situación en el derecho español, aseverando que la sentencia tendría efecto constitutivo, permitiendo “que la resolución extrajudicial se derive el efecto resolutorio pretendido”.

⁸³³ Esta discusión también se trató a propósito del pacto comisorio calificado en el capítulo acerca de los remedios preventivos.

⁸³⁴ *Gallardo Lara Roberto con Torres Carlos* (2009) y *Agrícola María Inés con Fuentes, Araya, Londres y Otro* (2014).

⁸³⁵ CORRAL (2014).

Con todo, la última palabra la tendrá el juez al momento de calificar la entidad del incumplimiento para catalogarlo como “resolutorio”. Si el juez estima que el incumplimiento invocado como causa de la resolución fue nimio, menor o anecdótico, la demanda resolutoria será rechazada al no verificarse la exigencia del “incumplimiento resolutorio” y, consecuentemente, el pago por consignación extinguiría, en principio, las obligaciones emanadas del contrato.

3.2. Modelo extrajudicial

Bajo este modelo, la resolución operaría sin necesidad de declaración judicial, bastando el ejercicio de una facultad resolutoria, legal y unilateral, del contrato bilateral (debidamente comunicada al deudor); o bien, en virtud de la cláusula resolutoria *ipso facto* o pacto comisorio calificado.

3.2.1. Resolución mediante una declaración unilateral del acreedor

En el último tiempo han existido diversos planteamientos en el sentido de modificar la forma de ejercicio de la acción, llevándola hacia un modelo de ejercicio unilateral y extrajudicial. La facultad resolutoria se ejercería mediante una comunicación o notificación de parte del acreedor al deudor incumplidor, siendo por ello, un acto recepticio⁸³⁶.

En virtud de este modelo, en principio, la iniciativa judicial quedaría radicada en el deudor, quien, en caso de discrepar sobre la concurrencia de los requisitos que habilitan el ejercicio de la facultad resolutoria, podría acudir a la sede judicial a impugnar dicho ejercicio por el acreedor. En estos casos, el juez se limitará a resolver si la resolución fue ejercida apropiada o abusivamente por el acreedor⁸³⁷. Del mismo modo, si el deudor desconoce los efectos extintivos y restitutorios propios de la resolución

⁸³⁶ PEÑAILILLO (2012) p. 34.

⁸³⁷ MALO (2016) p. 158. ROWAN (2017) p. 323, revisando la nueva regulación del *Code* en este punto (art. 1228 del CC Fr), establece que, en verdad, el juez tiene dos alternativas: determinar que la terminación fue justificada, o bien, que la terminación fue ilegal, al incumplirse sus supuestos para cada uno de los modelos de ejercicio: judicial, extrajudicial unilateral o pacto comisorio. En estos últimos casos, agrega que el tribunal podría forzar el cumplimiento del contrato, otorgando un período de gracia para que el deudor lo cumpla e incluso podría otorgar daños a causa del incumplimiento contractual del acreedor que terminó el contrato injustificadamente.

(u otros acordados en la convención a la que se pone término, como sería un acuerdo de confidencialidad, pago de cláusulas penales, etc.), el acreedor podría concurrir a tribunales para exigir el cumplimiento de esos efectos, instando a que el deudor restituya lo que se hubiere dado o pagado con ocasión del contrato resuelto, entre otras pretensiones.

Por tanto, en este modelo, existiría –eventualmente, y no necesariamente como existe en el modelo judicial– un control *a posteriori* del ejercicio de la acción, en donde el juez solo conocería de la acción resolutoria en caso de que una disputa se genere a instancia del deudor o acreedor, en su caso.

En los principales instrumentos de armonización está consagrado este modelo de ejercicio de la acción resolutoria⁸³⁸, distinguiéndose, a grandes rasgos, entre incumplimientos esenciales (que, según veremos más adelante, son lo que habilitarían al ejercicio de la acción) e incumplimientos no esenciales. Existiendo un incumplimiento que habilitaría al ejercicio resolutorio, con la sola comunicación o notificación al deudor, el contrato dejaría de tener efectos. Así, se daría certeza a la parte incumplidora, en cuanto a que la contraria no quiere persistir en el cumplimiento del contrato, pudiendo ambas partes buscar otras formas de satisfacer sus intereses, mediante una operación de reemplazo.

En caso de un incumplimiento que no habilitaría el ejercicio de la acción resolutoria, los instrumentos de Derecho Uniforme regulan la necesidad de un plazo de gracia otorgado al deudor para que pueda subsanar su prestación defectuosa⁸³⁹ (cuantitativamente o cualitativamente). De esta forma, habría una ponderación o balance entre el principio de conservación del contrato y el interés del acreedor de desligarse del mismo⁸⁴⁰. Dicha ponderación permitiría otorgar al acreedor la seguridad de cumplir con los requisitos

⁸³⁸ Así, y a modo de ejemplo, el artículo 26 CISG expresa que la resolución surtirá efecto solo si se comunica a la otra parte. Por su parte, los PECL indican, en su artículo 9:303, que la resolución requiere una comunicación al respecto a la otra parte.

⁸³⁹ En este sentido, pueden mencionarse los artículos 47.1 y 63.1 CISG, donde se indica que se podrá establecer un plazo de duración razonable para el cumplimiento de la otra parte, y que, de no cumplirse en dicho plazo, podrá resolverse. Los PECL señalan, por su parte, en el artículo 8:106, que la parte perjudicada podrá conceder una prórroga para que se pueda cumplir, lo que deberá ser comunicado al deudor, expresando literalmente que el acreedor podrá resolver el contrato al concluir el plazo de la prórroga, sin que exista cumplimiento por parte del deudor (arts. 8:106 y 9:301)

⁸⁴⁰ PALAZÓN (2014) p. 141.

para el ejercicio de la acción resolutoria (ya que, una vez cumplido el plazo de gracia sin que el deudor hubiese cumplido, el acreedor tendría allanado el camino para resolver el contrato). Por su parte, el deudor, al recibir esta comunicación acerca de un incumplimiento no esencial y de la existencia de un plazo de gracia para el cumplimiento del contrato, podría ponderar intereses y decidir cumplir o no cumplir el contrato⁸⁴¹.

Este modelo de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria contractual ha sido seguido por algunas de las últimas reformas al derecho de las obligaciones, tanto en Francia como en Argentina, regulando expresamente el derecho del acreedor a terminar extrajudicial y unilateralmente el contrato⁸⁴². En España, por cierta parte de la doctrina, también se ha entendido que la facultad resolutoria podrá ejercitarse por la vía judicial o mediante declaración extrajudicial del acreedor, debidamente comunicada al deudor⁸⁴³.

En nuestro ordenamiento, no existe un reconocimiento legal expreso que permita el ejercicio de una facultad resolutoria de manera unilateral. Sin embargo, a través del principio de buena fe, se ha planteado la posibilidad del ejercicio extrajudicial de la acción⁸⁴⁴. Frente a los artículos 1545 y 1489 CC Ch, que serían los que impedirían dicha forma de ejercer la acción, Pizarro expone que desde el primero de ellos, no se extrae la preeminencia del cumplimiento forzado por sobre la resolución del contrato; y, respecto al segundo, no se señala expresamente la necesidad de ejercicio judicial de la opción que la norma dispone⁸⁴⁵. Adicionalmente, en sustento

⁸⁴¹ Que deriva del derecho contenido en las secciones 2-508 y 2-601, entre otras, del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de Norteamérica.

⁸⁴² Para el caso de Francia, puede verse, entre otros, el artículo 1224 del CC Fr, que reconoce tres alternativas: el ejercicio de la facultad resolutoria contenida en una cláusula de terminación; también mediante comunicación del acreedor en virtud de la facultad resolutoria unilateral; o bien mediante declaración judicial en juicio resolutorio. Al respecto, véase ROWAN (2017), p. 318. En el caso de Argentina, se regula la extinción por declaración de una de las partes (art. 1078), con cláusula resolutoria expresa (art. 1086) y cláusula resolutoria implícita (art. 1088), sin embargo, en lo que interesa, la resolución se produce de pleno derecho al vencimiento del plazo de rectificación que el acreedor le otorgó al deudor, pero en tal caso, la resolución requiere comunicación que debe ser recibida por el deudor.

⁸⁴³ MALO (2016) p. 159.

⁸⁴⁴ PIZARRO (2007a) pp. 11-28.

⁸⁴⁵ PIZARRO (2007a) pp.11-28.

de esta postura, se afirma que en el CC Ch estarían consagradas las rupturas unilaterales de ciertos contratos, como el depósito, el comodato, el mutuo y el mandato. Sin embargo, los primeros tres contratos mencionados, son contratos unilaterales, por lo que no es replicable dicha hipótesis como una regla general aplicable al contrato bilateral. Ahora bien, el mandato constituiría, en consecuencia, el único contrato bilateral donde se consagraría una hipótesis de ruptura unilateral. No obstante, es menester acudir a sus fundamentos para entender esta regulación que autoriza su terminación en forma unilateral⁸⁴⁶. Por tratarse de un contrato donde la confianza entre las partes es elevada a elemento estructural del mismo, se deriva que, de perderse esta, se debe habilitar al mandante a revocar el mandato, y viceversa, al mandatario a renunciar al encargo. Por otro lado, es importante destacar que el mismo Código se encarga de regular dicha revocación, equilibrando así los intereses de ambas partes del contrato y sus limitados efectos ante terceros (arts. 2165 y 2173 CC Ch).

Si bien el modelo de resolución extrajudicial resulta bastante beneficioso al eliminar los posibles costos que significa el modelo judicial y permite darle mayor agilidad al tráfico jurídico, estimamos que no resultaría posible, con la regulación actual del Código Civil, aplicar un modelo extrajudicial y unilateral, salvo disposición contractual que así lo permita.

Al no existir regulación legal expresa de la resolución extrajudicial, existen múltiples dificultades de cara a los efectos de esta forma de ejercicio. En ese sentido, cabe preguntarse cómo se ejercería esa facultad, desde qué momento operaría, qué causales podría esgrimir el deudor para impugnar ese ejercicio; entre muchos otros aspectos que afectan la certeza del Derecho. En consecuencia, si bien resulta beneficioso un modelo extrajudicial de resolución, este requiere que el funcionamiento del mismo sea regulado en términos claros y completos, velando por los intereses de ambas partes del contrato⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ GONZÁLEZ y NOVANI (2016) p. 89.

⁸⁴⁷ En particular, el problema de la falta de certeza jurídica que implica este vacío en la regulación se puede notar en *Alid Aleuy, Ricardo con Chubb de Chile Compañía de Seguros Generales S.A.* (2016), caso en el que se muestra la poca claridad que existe respecto del cómo operan las cláusulas que facultan a declarar una resolución extrajudicial. La Corte Suprema, en el mismo, sostiene que, “para resolver el asunto debe realizarse una distinción entre la cláusula resolutoria que importa una facultad para el acreedor de resolver el contrato, conforme lo previsto en la Cláusula opcional de resolución de contrato incorporada a la Póliza y

Como alternativa a este vacío legal de nuestro Código Civil, se alza otro remedio defensivo, que es la excepción de contrato no cumplido. Por ello, frente al incumplimiento de contrato del deudor, el acreedor, como medida de reforzamiento de su crédito, podrá suspender el cumplimiento de su prestación (siempre que se satisfagan sus supuestos), y, frente a la demanda de cumplimiento, resolución, o indemnización, lograr enervarlas a causa precisamente del incumplimiento previo del deudor. Las acciones que emanan del contrato se extinguirían por prescripción, según alguna doctrina y jurisprudencia que revisaremos en el capítulo destinado a la excepción de contrato no cumplido.

De todo lo dicho, resulta claro que la posibilidad de resolución unilateral del contrato mediante un acto recepticio al deudor incumplidor, queda entregada a la autonomía de la voluntad, mediante cláusulas resolutorias⁸⁴⁸,

una cláusula de término del contrato de pleno derecho, dispuesta en la letra N Terminación, letra E de la Póliza. La cláusula resolutoria otorga al acreedor una facultad para resolver el contrato, la que debe ejercerse mediante un acto recepticio dirigido al deudor que incumple, no pudiendo operar la resolución de pleno derecho, sino que sólo se produce el término del contrato mediante la notificación o una vez expirado el plazo de gracia para que se cumpla la obligación. En la especie, de acuerdo a la carta de aviso de resolución enviada el 3 de junio de 2009 por la aseguradora, se le otorgó al asegurado el plazo de 15 días, el que conforme la misma misiva expiraba el 22 de junio de 2009 [...] Al preguntarse si los contratantes actúan de buena fe o en contra de ésta, hay que asumir el análisis de acuerdo a la normalidad de las cosas. En consecuencia, si nos preguntamos, ahora, sobre la eficacia de la resolución automática del contrato en virtud de la declaratoria de quiebra, existiendo un mecanismo resolutorio en curso, es posible concluir que debemos privilegiar la pervivencia del contrato a su término de pleno derecho sin que las partes hubieren podido incidir en el mismo. La buena fe impone la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso. [...] Esta manifestación de la interpretación conforme a la buena fe es muy pertinente en la especie, pues no sólo justifica preferir la facultad resolutoria dejando de lado la condición resolutoria ordinaria, sino que se privilegia la voluntad del acreedor que se manifestó en otorgar un término para que el deudor cumpliera con su obligación y, de esa manera, perviviera el contrato. No puede, por consiguiente, sino con infracción a la buena fe, aceptarse que la aseguradora recurra a la resolución automática del contrato si, por su propia conducta, manifestó su interés en que el contrato perviviera, sujetando dicho efecto al pago de la prima, lo que hizo el Síndico una vez que estuvo en condiciones de hacerlo”.

⁸⁴⁸ Nos remitimos al capítulo acerca de los remedios preventivos, que aborda en detalle esta cláusula. En todo caso, KUNCAR (2009) p. 57, revisa los principales límites y efectos que encontrarían dichas cláusulas en nuestro ordenamiento.

donde las partes podrían pactar dicha facultad resolutoria frente al incumplimiento contractual; las que, a su vez, pueden configurarse como hipótesis de terminación unilateral y anticipada del contrato, o bien, como pactos comisorios calificados, que veremos en el siguiente apartado.

Finalmente, resulta necesario indicar que, si bien con la introducción del modelo extrajudicial se podría pensar en la retirada del modelo judicial, nada obsta a la convivencia de ambos. De hecho, en las reformas al derecho de las obligaciones que se han analizado, se mantiene la alternativa judicial. Ello responde a que, en casos en que el acreedor no esté apremiado con el tiempo, o en situaciones límite donde no resulte claro y manifiesto el incumplimiento del deudor, el acreedor podría acudir a la sede judicial a ejercer su acción⁸⁴⁹.

3.2.2. *La resolución automática o ipso facto*

Como anticipamos en el epígrafe anterior, se producirá la resolución automática o *ipso facto*, cuando las partes han acordado, mediante un pacto comisorio, que el contrato se extinguirá de pleno derecho, en el caso que el deudor incumpla las obligaciones del contrato.

Las ventajas de dichas cláusulas saltan a la vista, y serían esencialmente dos: por un lado, se evitaría recurrir a la declaración judicial, ahorrando recursos y tiempo; y, por otro, se permitiría controlar con algún grado de certeza el momento exacto en que la resolución se va a producir (el momento de la comunicación o notificación al deudor).

Esta institución no es ajena a nuestra tradición jurídica pues, dentro de la regulación de la compraventa en el CC Ch, se contempla el pacto comisorio como una de las cláusulas accesorias que las partes pueden estipular en dicho contrato. Realizando una interpretación extensiva de las disposiciones, y en concordancia con la autonomía de la voluntad, se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales, que dicha alternativa se encuentra disponible para las partes en otros contratos. Por lo tanto, mediante dicha institución es posible reconocer la posibilidad de un modelo de resolución automática en nuestro Código Civil. Esta interpretación se ha visto apoyada por la predominancia del principio de la autonomía de la voluntad y el debilitamiento de la aplicación analógica

⁸⁴⁹ PEÑAILILLO (2012) p. 53. En el mismo sentido, GONZÁLEZ y NOVANI (2016) p. 90.

del pacto comisorio calificado por el no pago del precio en la compraventa, lo que permite sostener que efectivamente constituirían resoluciones que operan de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial⁸⁵⁰.

La conclusión anterior ha sido ratificada por la Corte Suprema, que ha otorgado plena eficacia y validez al pacto comisorio atípico como una hipótesis de resolución de pleno derecho. Así, por ejemplo, en *Ingeniería Eléctrica y Construcción Limitada con Sociedad Austral de Electricidad S.A.*, la Corte declaró que “*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 éste se extinga sin necesidad de sentencia judicial, por el solo hecho de verificarse la infracción de obligación*”⁸⁵¹.

Igual entendimiento se encuentra en el *Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago 2015*, donde se indica “*que habiendo quedado acreditado, en definitiva, la concurrencia de los requisitos fijados por las partes en las cláusulas de los contratos tituladas ‘Pacto Comisorio Calificado’, y atendida la regulación legal mencionada previamente, sólo cabe constatar que ha operado respecto de los contratos*

⁸⁵⁰ PEÑAILILLO (2012) p. 428; y en la nota 786, cita abundante jurisprudencia en dicho sentido. En el capítulo de los remedios preventivos, agregamos pronunciamientos de la Corte Suprema del último tiempo, ratificando esa doctrina que aboga por la resolución de pleno derecho gatillada por el pacto comisorio calificado atípico acordado en otro tipo de contratos distinto a la compraventa y, particularmente, de la obligación de pagar el precio.

⁸⁵¹ *Ingeniería Eléctrica y Construcción Limitada con Sociedad Austral de Electricidad S.A.* (2016).

*materia de este arbitraje, el referido Pacto Comisorio Calificado, por lo que se ha producido de pleno derecho la resolución de cada uno de los mencionados contratos, tal y como será señalado en la parte resolutive del presente Laudo*⁸⁵².

Estas cláusulas son usadas con regularidad en la contratación comercial privada (en contratos de compraventa, de distribución, suministro, de agencia, de mandato, etc.), como también en el ámbito de la contratación pública, encontrándose regulada su utilización en la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios⁸⁵³. Ejemplo de su reconocimiento en la jurisprudencia, se observa en la Corte de Apelaciones de Rancagua, que declaró, en *Casanova con I. Municipalidad de Las Cabras*, que “[...] Esta causal de terminación consagrada en el artículo 13 letra b), corresponde a lo que en doctrina se conoce como la condición resolutoria tácita, prevista, como se adelantara, en el artículo 1489 del Código Civil, y si bien, esta condición, en términos generales requiere de una declaración judicial para poner término al contrato, pues no opera ipso facto, en el caso de los contratos administrativos ello no es así, cuando nos encontramos en presencia de un incumplimiento grave”⁸⁵⁴.

En ese sentido, se ha reconocido pleno vigor a la libertad contractual de las partes para configurar una hipótesis de resolución del contrato sin necesidad de declaración judicial, mientras aquella estipulación no afecte un interés superior comprometido, se afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres. Sin embargo, la Corte Suprema también ha expresado el carácter excepcional que poseen dichas cláusulas, por lo que, frente a la oscuridad de sus términos, ha optado por privilegiar la conservación del contrato y no su extinción, consecuencia propia de la resolución. De esta forma se falló en *Jelves con Peralta*, señalando que “[...] el carácter excepcional que se le debe atribuir a la condición resolutoria, con la circunstancia que ésta puede ser modificada 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

⁸⁵² *Laudo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago* (2015b).

⁸⁵³ El artículo 13 de la Ley N° 19.886 expresa: “Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: [...] b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante”.

⁸⁵⁴ *Casanova con I. Municipalidad de Las Cabras* (2015).

*este modo, si las partes no estipulan una cláusula precisa de resolución para el caso del no pago de precio, el juez debe privilegiar la conservación del contrato [...]*⁸⁵⁵.

Un tratamiento diferenciado merecen ciertos contratos (que poseen regulación especial) respecto de los cuales sería discutible el pleno vigor del pacto comisorio calificado. En esa línea, destaca el contrato de arrendamiento. Al respecto, Peñailillo expresa que resulta plenamente aplicable el pacto comisorio “atípico”, por tanto, una vez ocurrido el incumplimiento y ante la estipulación que establezca dicho pacto, lo procedente sería pedir la restitución de la cosa dada en arriendo⁸⁵⁶. Sin embargo, la Corte Suprema ha indicado que en los contratos de arrendamiento de bienes raíces urbanos, por contar con legislación especial (Ley N° 18.101 sobre Arrendamiento de Predios Urbanos) y en particular, en virtud de su artículo 19, que establece el carácter irrenunciable de los derechos concedidos a los arrendatarios, no procede la resolución de pleno derecho mediante un pacto comisorio. Un ejemplo de ello es lo resuelto en *Bice Vida con Constructora Santa Beatriz S.A.* Allí la Corte Suprema declaró que “*el incumplimiento de la obligación de pagar la renta tiene una normativa particular, en el sentido que el arrendador sólo está facultado para poner término al contrato una vez que el arrendatario sea constituido en mora por un periodo entero y únicamente después de haberse efectuado las dos reconvenções judiciales que manda la ley. Ahora, no puede descartarse a priori que tal regla pueda alterarse a través de la ley del contrato o, que es lo mismo, por medio de un acuerdo de las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Empero, para ese efecto sería preciso asumir que las normas aludidas integran aquello que puede estar sujeto a la libre disposición de los contratantes. Sin embargo, el artículo 19 la Ley N° 18.101 establece de modo inequívoco que ‘Son irrenunciables los derechos que esta ley concede a los arrendatarios’. De ahí que sea dable concluir que se trata de normas de orden público; que, en el extremo que se examina, el arrendamiento es un contrato dirigido y que, por ende, tales disposiciones legales no están sujetas a la libre disponibilidad de los contratantes*”⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ *Jelves con Peralta* (2014).

⁸⁵⁶ PEÑAILILLO (2003) p. 428.

⁸⁵⁷ *Bice Vida con Constructora Santa Beatriz S.A.* (2015). En el mismo sentido, la Corte Suprema, en *Roa con Tapia Hermanos Limitada* (2009), sostiene que “[...] de las consideraciones jurídicas que anteceden es posible concluir que, a diferencia de lo afirmado por el recurrente, lo

La anterior conclusión no es equivalente para el arrendamiento de predios rústicos, donde no existe la disposición que establece el carácter irrenunciable de los derechos. Así también lo ha entendido la jurisprudencia, otorgando plena validez al pacto comisorio estipulado por las partes, ante el no pago de la renta⁸⁵⁸.

En definitiva, mediante la institución del pacto comisorio calificado, es posible que las partes estipulen una resolución automática o de pleno derecho del contrato. Dicho pacto no encuentra más limitaciones que la regulación del mismo respecto de la obligación de pagar el precio en la compraventa⁸⁵⁹; las limitaciones propias a la autonomía de la voluntad, esto es, las normas prohibitivas, el orden público y las buenas costumbres⁸⁶⁰;

cierto es que en el caso sublite los sentenciadores del mérito, realizaron una adecuada y correcta interpretación y aplicación de los artículos [...] 19 de la Ley N° 18.101, denunciados como infringidos, a la luz de las orientaciones que prevén los artículos 19 y siguientes del primer estatuto normativo citado, toda vez que conforme se colige de los antecedentes del proceso y de los hechos que fueron fijados por los jueces del fondo, si bien el pacto comisorio calificado fue válidamente pactado por las partes en el contrato de arrendamiento sublite, es indudable que en el caso en particular el arrendatario enervó la acción impetrada cumpliendo la obligación cuyo retardo se le reprochaba, con anterioridad a la notificación de la demanda, esto es, antes de que se trabara la litis, situación que como se señaló precedentemente y, aún si no se estimara que el contrato de arrendamiento tiene normas especiales de carácter irrenunciable para el arrendatario que le permitían a este pagar hasta el momento en que se le efectuará la segunda reconvencción de pago, bastaba para tener por enervada la acción derivada del pacto comisorio estatuido por las partes, el cual, como también se dijo, no pudo contener ninguna estipulación que desconociera los derechos que conforme al artículo 19 de la Ley N° 18.101 son irrenunciables para el arrendatario, entre los que por aplicación del artículo 10 del mismo estatuto legal, deben entenderse incorporados también aquellos que le son reconocidos en el artículo 1977 del Código Civil”.

⁸⁵⁸ En dicho sentido, puede consultarse *Jara con Sociedad Constructora HH Limitada* (2016). De modo similar, pero respecto a la posibilidad de renunciar al pacto comisorio calificado en un contrato de arrendamiento de predios rústicos, y por ende, de ejercer judicialmente una acción de resolución en virtud de un pacto comisorio simple, puede consultarse *Mollo con Labra* (2014).

⁸⁵⁹ PEÑAILILLO (2003) p. 425 expresa que el artículo 1879 CC Ch, se explica por el rol que en la sociedad cumple el contrato de compraventa como instrumento fundamental en la circulación de bienes, por lo que se tiende a que el contrato permanezca, evitando los trastornos que produce su resolución, especialmente respecto de la situación de incumplimiento más frecuente: el no pago de precio por parte del deudor.

⁸⁶⁰ En este sentido, como vimos en *Bice Vida con Constructora Santa Beatriz S.A.* (2015), se ha sostenido que la prohibición de renuncia de los derechos establecidos en favor de los

y una apropiada configuración que establezca el efecto automático de la terminación en términos claros⁸⁶¹.

El reconocimiento del pacto comisorio calificado permite afirmar que en nuestro ordenamiento existe un modelo de resolución automática o de pleno derecho del contrato, que requiere una estipulación expresa de la cual se desprenda claramente la intención de las partes de poner término al vínculo contractual inmediatamente, y sin declaración judicial, frente al incumplimiento del deudor, y que no está sujeta a más limitaciones y restricciones que las antes mencionadas⁸⁶².

De lo anteriormente analizado se concluye que, en la actualidad, hay compatibilidad entre un sistema que requiere de resolución judicial para dar eficacia a la resolución, como el contenido en la condición resolutoria tácita (art. 1489 CC Ch); y un remedio resolutorio unilateral o bien de resolución automática o de pleno derecho, estos últimos mediante una cláusula expresa que otorgue dicha facultad. La posibilidad de establecer una resolución unilateral mediante un acto recepticio al deudor como regla general (notificación), no puede ser defendida en nuestro ordenamiento, salvo que una futura reforma legal así lo establezca.

II. REQUISITOS

Los requisitos sustantivos a los que clásicamente está sujeto el ejercicio de la acción resolutoria son: (1) el incumplimiento del contrato, donde se discute su entidad y la imputabilidad del mismo; y (2) la existencia de mora del deudor⁸⁶³. Respecto de estos, se analizarán ciertas particularidades que ha tenido la discusión contemporánea, donde se observa una tendencia a la supresión o simplificación de alguno de ellos.

arrendatarios en la Ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, es una norma prohibitiva que limita la autonomía de la voluntad en ese contrato.

⁸⁶¹ *Jelves con Peralta* (2014).

⁸⁶² En el capítulo de los remedios preventivos de este libro sugerimos múltiples cuidados que deben adoptarse al momento de negociar y redactar este tipo de cláusulas contractuales, tales como determinar el incumplimiento, las consecuencias concretas de la terminación y la forma, modo y época en que operará la terminación al contrato.

⁸⁶³ ABELIUK (2008) pp. 516 y ss. quien agrega que el acreedor que reclama la resolución del contrato debe haber cumplido o estar llano a cumplir sus obligaciones. Sobre este punto, nos remitimos al Capítulo VIII sobre la excepción de contrato no cumplido.