

Universidad de Chile
Derecho Civil III
II Semestre 2013

Material de Estudio

Contratos Parte General II

Efectos de las obligaciones y remedios contractuales

Profesores:
Enrique Barros
Adrián Schopf

Este texto ha sido elaborado sobre la base de apuntes de clase tomados por alumnos de cursos anteriores del profesor Enrique Barros, quien los ha revisado como material de estudio con la colaboración de los ayudantes Consuelo Fernández y Felipe Chahuán. Los apuntes representan el estado actual de un material de trabajo preparado para el curso de Derecho Civil III en la Universidad de Chile que debe ser completado con los materiales de lectura y casos entregados durante el semestre

d. Análisis crítico de los requisitos que tradicionalmente se han exigido para el ejercicio de la acción resolutoria

379. La doctrina civil clásica considera como requisitos para el ejercicio de la acción resolutoria los siguientes:

- 1) Es necesario ejercer una acción judicial por virtud de la cual se opte por la acción resolutoria.
- 2) Cualquier incumplimiento puede dar lugar a resolución.
- 3) La condición resolutoria opera cuando hay un incumplimiento imputable al deudor.
- 4) El acreedor no debe estar en mora.
- 5) Es necesaria una sentencia judicial que declare la resolución.
- 6) El acreedor debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir su propia obligación para poder ejercer su derecho a resolver.

A continuación serán revisados estos requisitos, bajo una mirada más bien crítica.

1) La resolución debe ser declarada judicialmente

a. *Doctrina clásica en Chile*

380. Se ha señalado que en la medida que la resolución no se produce *ipso iure*, sus efectos dependen de una sentencia judicial firme (o que al menos cause ejecutoria).

Esta conclusión va de la mano de la doctrina francesa clásica, que tiene por antecedente el artículo 1184 de ese código, que dispone: “*La resolución debe ser demandada judicialmente*”. De acuerdo con esta tesis ampliamente respaldada por la doctrina chilena clásica, la opción del acreedor por pedir la resolución, deja pendiente sus efectos hasta que una sentencia la declare: “*El acreedor no tiene jamás un derecho estricto a la resolución, pues ella no tiene lugar en virtud del contrato, es el juez el quien la pronuncia por razones de equidad... La resolución no llega a ser definitiva sino cuando la sentencia ha adquirido la autoridad de cosa juzgada*” (CLARO SOLAR, 189).

Como se verá enseguida, esta tesis enerva la función de protección expedita del crédito contractual que cumple la resolución, razón por la cual ha sido progresivamente abandonada en el derecho comparado; incluso por la jurisprudencia francesa (contra el texto expreso antes referido). La regla general en el derecho contemporáneo y uniforme (incluida la CISG, que está incorporada a derecho chileno) es que la resolución se produzca en virtud de una declaración unilateral recepticia del acreedor que opta por resolver.

β. *Análisis crítico del requisito*

381. En principio hay dos formas de entender la manera cómo opera la resolución: (1) como una acción judicial; o, (2) como un acto unilateral de término o resolución del contrato.

La tendencia general del derecho moderno de contratos prefiere la segunda opción. Así se regula en el BGB alemán (artículo 323), en el Código Civil holandés (artículo 88.1), en los PDEC (§ 9.301) y en la CISG (artículo 49). Así también lo asumen los PDLAC.

Por cierto que la declaración resolutoria del acreedor puede ser desafiada judicialmente por el deudor. En caso que la resolución sea pedida de mala fe, el acreedor deberá responder, pero ello no obsta a que sea entendida como un derecho potestativo.

382. Por el contrario, en el derecho chileno se ha optado tradicionalmente por la primera opción. A tal efecto ha sido entendido el artículo 1489 II: “*Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios*”. La norma claramente establece que la resolución

por incumplimiento no se produce *ipso facto*. Se ha entendido que *pedir* supone demandar judicialmente.

383. Sin embargo, existen otras normas que permiten inferir que la resolución resulta de un acto unilateral del acreedor.

- 1) El artículo 1826 II dispone que si “si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o *desistir* de él” (nada dice de acción judicial);
- 2) El artículo 2101 respecto de la sociedad, en cuya virtud los socios “tendrán derecho para *dar la sociedad por disuelta*” si uno de ellos incumple la obligación contraída en el contrato que le dio origen;
- 3) El artículo 1926 II, según el cual en caso de disminución notable de la utilidad que el contrato de arrendamiento pueda prestarle al arrendatario, podrá éste desistir del contrato.

En otras palabras, al referirse a la manera cómo opera la condición resolutoria tácita, en no pocos casos el Código Civil lo hace de una manera que no se aviene con la exigencia de una acción judicial. A veces, da entender que la acción es judicial (por ejemplo, el artículo 1873, habla de la facultad del vendedor de exigir la resolución por incumplimiento del comprador). Sin embargo, el manejo diferenciado del lenguaje en estas disposiciones no es casual, sino expresa un cierto juego de lenguaje en que el legislador expresa una cierta predisposición a que la resolución no sea necesariamente judicial. A eso se agrega, que el Código Civil no haya seguido en la materia al código francés, que expresamente señala que la resolución debe ser demandada judicialmente (artículo 1184 III).

384. En todo caso, la resolución no es el resultado de una sentencia constitutiva, sino requiere simplemente de una *declaración unilateral recepticia en que el acreedor opte potestativamente por la resolución*. Es una opción al arbitrio del acreedor en caso de incumplimiento esencial del deudor. Es la solución que claramente adopta el derecho chileno, y es consistente con todos los ordenamientos de derecho uniforme y también de los principales derechos nacionales.

Incluso en el derecho francés, donde una norma expresa establece que ‘*la resolución debe ser demandada judicialmente*’ (artículo 1184 III), la jurisprudencia ha aceptado la resolución unilateral en casos de incumplimientos graves que requieren para el acreedor de solución urgente.

A su vez, la CISG, que es derecho internacional privado material incorporado por ratificación al derecho chileno, dispone que el vendedor puede declarar resuelto el contrato si el comprador incumple cualquiera de las obligaciones esenciales del

contrato (artículo 64.1); el mismo derecho da al comprador por incumplimiento de las obligaciones esenciales del vendedor (artículo 48.1).

385. La resolución declarada judicialmente es un absurdo desde el punto de vista funcional y eso explica la convergencia de los ordenamientos comparados.

En la práctica contractual más desarrollada, especialmente en contratos complejos, no hay contrato en que el acreedor de la obligación específica –de construcción o abastecimiento, por ejemplo- no exija la potestad de poner término al contrato en caso de incumplimiento del deudor. Es usual que esta facultad esté reglada con plazos para cumplir o corregir la prestación, de modo de proteger el interés del deudor. Sin embargo su introducción es usualmente una condición para convenir el contrato. El mayor interés del acreedor es obtener la prestación correcta y en tiempo, y eso supone poder deshacerse expeditamente de un contrato que no satisface su interés.

De hecho, la resolución es el remedio más eficiente para obtener por sustitución de deudor el beneficio contractual esperado. Buena parte de las dificultades probatorias y procedimentales de la indemnización de perjuicios son evitadas por el borrón y cuenta nueva que permite poner término unilateralmente a la relación contractual en razón del incumplimiento.

386. No parece necesaria una reforma legislativa para que se establezca jurisprudencialmente este criterio. El ejemplo del derecho francés de jurisprudencia *contra legem* muestra que una necesidad de adaptación surge del juego recíproco de derechos y deberes de las partes en un contrato oneroso. En definitiva, como en todas las cuestiones jurídicas más delicadas, existe un conflicto de bienes o fines que deben ser arbitrados por el derecho. Y el incumplimiento grave del deudor debe dar lugar a un medio de tutela resolutorio urgente.

387. La resolución declarada por el acreedor en razón de incumplimiento puede dar lugar a una disputa judicial. Sea que la resolución haya sido demandada judicialmente por el acreedor o que el deudor haya impugnado la resolución comunicada por el acreedor, la sentencia que se pronuncia a su respecto es típicamente declarativa y no constitutiva (declara el acto resuelto porque así optó el acreedor). En uno y otro caso, el juez debe pronunciarse acerca de si procede la ejercer el derecho a resolución del acreedor (si el acreedor demandare resolución por vía judicial) o si ha ejercido correctamente su derecho a resolver (si el deudor impugnara el derecho a resolver).

En otras palabras, la disputa judicial es siempre posible, sólo que la resolución concebida como derecho potestativo del acreedor en caso de incumplimiento esencial de la contraparte altera la posición estratégica de las partes: el acreedor no

debe esperar sentencia judicial para entender que el contrato está resuelto y puede abastecerse de otra manera de la prestación que le resulta necesaria.

388. La resolución declarada unilateralmente debe estar sujeta a las reglas de respeto del interés legítimo del deudor. El riesgo de que la facultad de resolver unilateralmente un contrato devengue en una indefensión del deudor requiere de ciertas precauciones. La primera es la esencialidad o gravedad del incumplimiento. La segunda es que la declaración no sea súbita o inopinada. Por eso, el acreedor deberá advertir al deudor acerca su decisión de pedirle la resolución y otorgarle normalmente un plazo razonable para que cumpla, a menos que de las circunstancias se siga que el otorgamiento de ese no le es exigible al acreedor (por ejemplo, si el deudor ha rechazado realizar el pago, o si habiéndose pactado un plazo, el acreedor carece de interés en la prestación tardía). Se trata de deberes de lealtad recíproca que exige la buena fe y que son generalmente consagrados por la ley o por la jurisprudencia comparada.

2) Cualquier incumplimiento da lugar a la resolución

a. *Doctrina clásica*

389. Tradicionalmente se ha sostenido que basta cualquier incumplimiento para pedir la resolución, simplemente porque la ley no distingue. La pregunta por la relevancia del incumplimiento que da lugar resolución no llegaba siquiera a plantearse. En los últimos años, la doctrina (PEÑAILILLO) y la jurisprudencia han cambiado de orientación, exigiéndose que el incumplimiento sea esencial.

β. *Doctrina del incumplimiento esencial*

390. Aceptar que cualquier incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato es cuestionable. Puede ocurrir, por ejemplo, que el deudor haya cumplido su obligación en lo sustancial, faltando sólo una porción insignificante o que lo prestado tenga un defecto reparable. Por eso, la tendencia generalizada en el derecho comparado va por el camino de conceder la acción resolutoria únicamente cuando hay un incumplimiento grave o esencial. En otras palabras, el incumplimiento resolutorio es calificado por la relevancia.

Esta restricción evita que la resolución sea ejercida como un instrumento de la mala fe del acreedor. Por lo demás, es compatible con la finalidad de los remedios contractuales, cual es, permitir la satisfacción de los intereses del acreedor.

391. La exigencia de esencialidad ha sido recogida por los principales instrumentos internacionales de derecho de contratos. Así lo hace el artículo 49 I de la CISG y el artículo 9.301 de los PDEC. Esta última normativa es bastante ilustrativa a efectos de

entender qué debe entenderse por incumplimiento esencial. A saber, el artículo 8:103 de los PDEC señala que

“el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”.

3) Sólo el incumplimiento imputable al deudor puede dar lugar a resolución

a. *Doctrina clásica*

392. La exigencia de imputabilidad asimila el remedio resolutorio a una norma de responsabilidad. Se suele fundar en los siguientes argumentos:

- 1) El artículo 1489 concede al acreedor la resolución o la ejecución forzada, más indemnización de perjuicios. En circunstancias que la doctrina clásica señala que esta última siempre requiere de un juicio de negligencia, se extiende el requisito de la culpa a la resolución. Se señala que sólo si es imputable el incumplimiento puede haber lugar a la responsabilidad en sentido estricto, de modo que el artículo 1489 II al asociar la resolución a la indemnización le hace extensibles los requisitos de aquélla (CLARO SOLAR).
- 2) El ejercicio de la resolución requiere de la mora del deudor, y ésta en sí misma supone imputabilidad. Sin embargo, ya se ha discutido que la mora lleve envuelto un juicio de imputabilidad. La mora sólo consiste en poner al deudor en situación de incumplimiento. Por eso, el sólo hecho de ejercer la acción resolutoria o declarar unilateralmente la resolución, cuando proceda, pone al deudor en mora a efectos de la resolución.

β. *Análisis crítico de la exigencia de imputabilidad*

393. Atendidos los fundamentos de la resolución, es cuestionable exigir imputabilidad en el incumplimiento para dar lugar a este remedio. Por lo demás, dicho requisito tampoco se desprende del texto del artículo 1489.

En efecto, el artículo 1489 no menciona que sea necesaria la imputabilidad para solicitar la resolución. La doctrina tradicional concluye este requisito a partir de que la resolución pueda ir acompañada de indemnización; sin embargo, el

cumplimiento forzado también puede ser acompañado de una indemnización de perjuicios moratoria, y es claro que dicha acción no exige imputabilidad.

394. Como se verá más adelante, al tratar sobre la cuestión de los riesgos de la imposibilidad de ejecutar la prestación, asumir que la resolución exige un incumplimiento imputable supone poner el riesgo de la imposibilidad de la prestación a cargo del acreedor. En efecto, si se exige imputabilidad para dar lugar a la resolución de los contratos bilaterales, si el deudor no cumple por una razón que le es inimputable (caso fortuito), el acreedor tendrá que cumplir su obligación correlativa porque el contrato sigue subsistente (en tanto la resolución no ha podido operar).

Esta solución es discutible porque hace recaer los riesgos en quien no los controla. Por eso, la tendencia en derecho comparado es que baste el incumplimiento relevante para dar lugar a la resolución, sin exigir que sea un incumplimiento imputable.

Esta solución es coherente con la funcionalidad del medio de tutela resolutorio, al permitir al acreedor poner fin a un contrato que no ha satisfecho el interés perseguido y en el cual ya no tiene interés. Pero también es congruente con los fines específicos de la resolución, que atiende a la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales y no es propiamente una sanción al incumplimiento imputable. En sus orígenes en el derecho canónico era esta la justificación, pero en el derecho contemporáneo la resolución ha pasado a ser un remedio neutro, basado en el incumplimiento. Sólo en la defectuosa ejecución de obligaciones de medio se requiere un juicio de negligencia; pero ello es consecuencia de que en tales casos el incumplimiento supone esa calificación.

De la manera que aquí se propone es tratada la resolución en el derecho francés y español. Véanse también artículos 49 de la CISG, y artículo 9:301 de los PDEC, como asimismo los PDLC.

4) El deudor debe estar en mora

a. *Doctrina clásica*

395. La mora es la posición jurídica de incumplimiento determinante a efectos de la indemnización de perjuicios por el atraso. La jurisprudencia y la doctrina clásica han entendido que la mora es efectivamente un requisito de la resolución. El problema se presenta especialmente respecto de la resolución por declaración del

acreedor; en tal caso no se cumpliría el requisito del artículo 1551 N°3N° 3, que exige reconvencción judicial para que el deudor sea constituido en mora.

β. *Análisis crítico*

396. No existen razones de texto para asumir que la resolución requiera la previa constitución en mora del deudor. El artículo 1489 no menciona la mora, sino sólo señala que el cumplimiento forzado y la resolución pueden pedirse conjuntamente a una acción indemnizatoria. Por lo demás, si la mora no es un requisito del cumplimiento forzado no se entiende por qué debe serlo de la resolución. El artículo 1553 confirma lo anterior respecto de las obligaciones de hacer, pues no contempla la resolución por incumplimiento dentro de las opciones a que tiene derecho el acreedor cuando el deudor se ha constituido en mora.
397. Por eso, no es tan simple argumentar que la mora, entendida como situación jurídica objetiva de incumplimiento, no juegue ningún papel en la acción resolutoria. En derecho, sin embargo, la declaración resolutoria supone que el deudor esté situación jurídica de incumplimiento. La comunicación al deudor de que el contrato se resolverá si no se ejecuta la prestación en el plazo razonable que se señale, cumple precisamente esa función; en casos en que la petición de cumplimiento sea innecesaria de acuerdo con la lealtad exigida por la buena fe, la propia demanda judicial o la declaración resolutoria del acreedor serán suficientes a este efecto.

5) El acreedor no debe estar en mora

a. *Doctrina clásica*

398. Usualmente se ha dicho que la mora es un presupuesto del ejercicio de la resolución. De ahí que no pueda solicitar la resolución de un contrato quien no lo ha cumplido o no se allana a cumplirlo (artículo 1552). En efecto, si se atiende a que la 'mora purga la mora', el deudor demandado podría oponerse a la resolución mediante la excepción de contrato no cumplido del artículo 1552.

Concebida como una sanción, la resolución no puede ser ejercida por quien esté en estado de incumplimiento de su propia obligación: quien está en falta no puede alegar la falta del otro.

Así ha sido entendida la norma del artículo 1552 que señala:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

β. *Análisis crítico del requisito*

399. La norma del artículo 1552 se refiere a la mora y su relevancia está limitada a la responsabilidad contractual en sentido estricto y a los efectos en materias de riesgos que la propia norma impone.

La responsabilidad contractual de cada parte para con la otra no tiene lugar en el caso de mora recíproca, porque ninguna de las dos partes está en mora por su propio incumplimiento y, por consiguiente, no puede estar sujeto a deber alguno de indemnizar a la otra. Por otra parte, la ausencia de mora del deudor evita que éste corra con los riesgos del cuerpo cierto debido.

En casos de incumplimiento recíproco de un contrato, impedir a las partes demandar la resolución supone atarlas a un contrato que ninguna de ellas está dispuesta a cumplir. Por eso, el requisito de la mora puede ser disfuncional a los fines de la resolución como remedio contractual.

La norma del artículo 1552 contiene una cierta paradoja, porque estando ambos contratantes en mora, ninguno lo está (PEÑAILILLO, 414). En tal situación es posible que alguno de los contratantes esté legítimamente interesado en que la relación contractual infructuosa quede resuelta. Por eso, no hay razón para estimar ilegítimo ese interés. Aunque no esté resuelto expresamente por la ley, debiere entenderse el incumplimiento recíproco no impide ejercer el derecho a la resolución (idem).

De los fundamentos de la resolución se desprende que es conveniente admitir la resolución del contrato cuando el incumplimiento recíproco es permanente. De esa manera se pone fin a la incertidumbre que supone mantener en el tiempo un contrato incumplido por ambas partes. En Chile existe jurisprudencia que se ha pronunciado en ese sentido.

Como se más adelante, hay buenas razones para una interpretación más pragmática de la resolución (como en general del derecho de obligaciones). Esto vale para los efectos del incumplimiento recíproco en materia de resolución. No hay razón para negar en ese caso la resolución a la parte interesada en terminar la relación contractual. El contratante puede no estar dispuesto a pagar su propia obligación precisamente porque no confía en el otro. En un juego de desconfianzas recíprocas, es invalidante para las partes mantener vigente una relación que ninguna está dispuesta a cumplir. La buena fe es correctivo para el abuso de este derecho.

- 6) La acción puede ser enervada por pago hasta la vista de la causa en segunda instancia

a. *Doctrina clásica*

400. El artículo 310 del Código de Procedimiento Civil dispone que la excepción de pago efectivo de la deuda puede oponerse en una época distinta que la contestación de la demanda, como establece el artículo 309. A condición de que funde en antecedente escrito, la excepción de pago puede alegarse hasta la citación para oír sentencia en primera instancia, o hasta la hasta vista de la causa en segunda instancia. Si esa norma tuviere efecto sustantivo, se presentaría el absurdo de que el día antes de los alegatos en Corte de Apelaciones pueda presentarse un certificado de pago por consignación o un aviso de depósito bancario.
401. La resolución opera en la concepción clásica como un remedio más bien excepcional, siguiendo fielmente, como fue costumbre por más de un siglo, la doctrina francesa que enfatiza el cumplimiento en naturaleza de la obligación como remedio preferente, con fundamento en el deber moral de observar el contrato. Esta interpretación supone una extrapolación excesiva al derecho chileno de la norma del artículo 1184 III del código francés, que luego de señalar que la resolución debe ser demandada judicialmente, dispone que el juez puede otorgar al deudor un plazo para cumplirla.

La doctrina casi unánime y la antigua jurisprudencia han entendido que la norma tiene efectos sustantivos, esto es, que el pago se puede hacer válidamente hasta las épocas que señala el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil (a excepción de RAMOS PAZOS, 174 y de Augusto ELGUETA).

β. *Análisis crítico*

402. La admisibilidad del pago durante el juicio de resolución, con fundamento en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, parece por completo absurda.

La interpretación del artículo 310 del CPC que solía hacer la jurisprudencia y la doctrina desnaturaliza la resolución como un remedio contractual cuya elección queda al arbitrio del acreedor. En tanto la resolución es una opción del acreedor (artículo 1489), no resulta admisible que pueda ser enervada mediante el pago que hace el deudor durante el juicio, porque de ser así la opción quedaría al arbitrio del deudor.

Asimismo, el sentido literal del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil tampoco supone reconocer al deudor la facultad de pagar luego de que ha sido ejercida la acción resolutoria. La disposición referida es una norma procesal que debe interpretarse de acuerdo a los fines del derecho sustantivo. Lo que permite el artículo 310 no es pagar durante el juicio, sino únicamente oponer la excepción de pago durante el juicio (esto es, alegar que la obligación fue cumplida antes de que se trabase la *litis*). Es decir, hay que distinguir el pago que pretende hacerse durante el juicio para enervar la acción, de la excepción de pago propiamente tal: el primero ya

no puede hacer una vez que el acreedor ha optado por la resolución, de modo que no es sustantivamente eficaz una excepción de pago interpuesta durante el juicio en se discute acerca de la resolución.

El retardo en conseguir la resolución, en razón del tiempo que toma un juicio ordinario, sumado a la incertidumbre acerca de si el deudor enervará la terminación del contrato, produce que la vía resolutive deje de ser el instrumento expedito que requiere el acreedor para terminar con una situación contractual que no le ha traído el beneficio esperado y por el que ha pagado o estaría dispuesto a pagar. El propietario que contrata la construcción de una casa o de una instalación industrial está interesado en obtener el resultado oportuno y correcto. La resolución le permite sustituir al deudor por un tercero que pueda contratar con él para satisfacer ese interés contractual. Si se posterga la resolución y ésta, además, puede ser enervada durante el juicio, se diluye el interés legítimo que el acreedor puede tener en el remedio resolutorio.

e. Algunas consideraciones para la correcta interpretación de las normas sobre resolución por incumplimiento

403. La interpretación tradicional de las normas sobre resolución no es adecuada a los fines del remedio contractual ni es consistente con su regulación en el título de las condiciones. Es el resultado, ante todo, de un concepto de incumplimiento contractual que carece de todo fundamento en el derecho de contratos, que lo confunde con la imputabilidad requerida para dar por establecida la responsabilidad contractual en sentido estricto (indemnización de perjuicios). En segundo lugar, no atiende a la función primordial de la resolución, como es que el acreedor pueda eficazmente poner término a una relación contractual que no ha satisfecho su expectativa normativa de cumplimiento, permitiéndole satisfacer su interés por otros medios (con un nuevo contrato, por ejemplo).

En definitiva, las reglas legales deben interpretarse desde un punto de vista teleológico (artículo 19 II), lógico (artículo 22 I) y sistemático (artículo 22), de manera que permitan razonablemente al acreedor satisfacer los intereses que el remedio resolutorio le provee.

El propio derecho le otorga en tal caso una opción por la resolución. La crítica a la doctrina clásica de la resolución se fundamenta en el derecho vigente, sólo que comprendido de una manera que atiende a su función y no desde la perspectiva de una artificiosa mecánica conceptual.