

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN**

FACULTAD DE DERECHO



Acción Resolutoria: Nuevas Tendencias

Autor: **Sebastián Maureira Royo**

Profesor guía: Sr. Gonzalo Montory Barriga

CONCEPCIÓN - CHILE
2015

ÍNDICE TEMÁTICO

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: LAS NUEVAS POSTURAS DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR LA DOCTRINA NACIONAL	7
A. INCUMPLIMIENTO GRAVE O ESENCIAL. NO BASTA CUALQUIER INCUMPLIMIENTO	8
1º Incumplimiento resolutorio	9
2º Incumplimiento objetivo	19
B. OTROS REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN	22
1º Existencia de un contrato bilateral. Posibilidad de aplicación en contratos unilaterales u otros contratos	22
2º Ya no es necesario que el acreedor haya cumplido o esté llano a hacerlo. Incumplimientos recíprocos	27
3º Declaración judicial. Posibilidad de declaración extrajudicial	32
CAPÍTULO II: EL ALCANCE DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA EN EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1.980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	37
A. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA PRESENTE EN LOS PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS EUROPEOS DE LOS CONTRATOS	37
1º Incumplimiento Esencial	38
2º Retraso	41
3º Resolución parcial	43
4º Ejercicio de la facultad resolutoria	44
5º Efectos de la resolución	46

B. LA RESOLUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1.980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	48
1° Incumplimiento esencial	49
2° La falta de conformidad	53
3° Declaración extrajudicial	55
4° Efectos	56
CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	67

INTRODUCCIÓN

La facultad resolutoria está concebida en el artículo 1.489 del Código Civil, estudiada dentro del título de las obligaciones condicionales, como una condición resolutoria envuelta en todo contrato bilateral, que en caso de incumplimiento de unas de las obligaciones pactadas por una de las partes, faculta a la otra a pedir a su arbitrio (judicialmente, de ahí el término “pedir”), o el cumplimiento, o la resolución del contrato, ambas con indemnización de perjuicios.

El artículo 1.489 del Código Civil prescribe que *en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado* (inciso 1°). *Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios* (inciso 2°).

Ya parece claro por alguna parte de nuestra doctrina, que a pesar de encontrarse el artículo 1.489, dentro del título IV “*De las obligaciones condicionales y modales*” en el Libro IV del Código Civil, su regulación no debiese ser la propuesta por Bello, sino más bien, como cualquier otro remedio contractual que se concede al acreedor por falta de cumplimiento en la prestación, es decir, dentro del ámbito de los efectos de las obligaciones, junto a la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento de la prestación, o también la indemnización de perjuicios, o los derechos auxiliares del acreedor (acción oblicua o subrogatoria y la acción paulinia o revocatoria, entre otros). El acreedor instará por la resolución cuando, no tenga interés en continuar con el contrato, buscando perfeccionarlo de otro modo a través de un tercero, mas no con su deudor.¹ Por tanto, hoy en día, ¿será dable entender a la resolución como una simple condición?, ¿o será necesario darle el carácter de uno de los tantos remedios contractuales que posee el acreedor en caso de no cumplimiento de las obligaciones por unas de las partes? Lo último parece ser lo recomendable, ya que es de esta manera como se han tratado en el derecho comparado, como por ejemplo en la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías; los principios de los contratos mercantiles internacionales (Unidroit); los principios de la nueva contratación de la Unión Europea;

¹ También otros remedios contractuales son las normas de protección al consumidor, ejercer la nulidad, o la prescripción, entre otros.

la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español; del derecho anglosajón, entre otros. Así, las posibilidades que tiene el acreedor frente al incumplimiento del deudor es exigir el cumplimiento de la prestación, la reducción del precio, la indemnización de perjuicios, y de la misma manera, tiene la posibilidad de ejercer la resolución, principalmente como ya dijimos cuando no tenga interés en continuar con el contrato, buscando perfeccionarlo de otra manera, según las posibilidades que le ofrezca el mercado. De ahí, que su estudio, debiese ser abordado como otro efecto más de las obligaciones, cuestiones que como se dijo, tiene clara nuestra doctrina, pero que a pesar de ello, se ha preferido, para seguir la esquematización del código, estudiarlo como una obligación condicional.

Además, del citado artículo 1.489 del Código Civil, la doctrina nacional, ha tenido que elaborar los requisitos para la procedencia de la acción resolutoria. Es así como se ha dicho que se requiere la existencia de un contrato bilateral; un incumplimiento; que el acreedor haya cumplido o esté llano a hacerlo; y declaración judicial. Cabe preguntarse si será necesaria la concurrencia de todos estos requisitos. Las nuevas tendencias de la resolución, como luego se dirán, han eliminado dos de ellas.

También se ha debatido, si por ejemplo se puede enervar la acción pagando en cualquier etapa del juicio (ejerciendo una de las llamada excepciones anómalas del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, en particular la excepción de pago cuando se funde en un antecedente escrito); si procede la resolución en caso de incumplimientos recíprocos; si basta cualquier incumplimiento o debe ser grave; si será necesario una simple notificación para que se entienda resuelto el contrato como en las hipótesis del derecho europeo de los contratos o en la Convención de Viena y no por la determinación por el juez.

Lo que pretendemos con esta investigación, es justamente abordar las nuevas posturas acerca de la acción resolutoria, para aquello, estructuraremos la obra en dos capítulos, para analizar en el primero los planteamientos de la resolución que se han ido manifestando últimamente por la doctrina nacional, y más específicamente a sus requisitos, para así saber cuáles son los necesarios para el ejercicio de la resolución. En el segundo abordaremos el alcance de la

facultad resolutoria en el derecho comparado, centrándonos en dos cuerpos normativos, como son los principios de derecho europeo y la Convención de Viena de 1,980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En ellos podemos apreciar, como la resolución es concebida de manera distinta a lo que vemos en nuestras fronteras. En lo expositivo de la investigación, entregaremos información al lector sobre los puntos a rescatar sobre la resolución, tanto en el derecho nacional como extranjero, dando breves luces de cómo debiese ser abordada; para así luego en la parte final de la obra, reflejar y expresar nuestro punto de vista y las conclusiones pertinentes al tema análisis de la investigación.

Sin lugar a dudas, la acción resolutoria, es un tema que interesa bastante al foro. Mucho se ha escrito, mucho se ha debatido. Y como vasta es la discusión, obviamente hay que ilustrar soluciones al respecto. El tema a debatir es, si con las nuevas visiones doctrinarias de la resolución, alcanza para afrontar los problemas que hoy en día se discuten, o será necesaria una modificación legislativa al respecto.

CAPÍTULO I: LAS NUEVAS POSTURAS DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR LA DOCTRINA NACIONAL

En la actualidad, la resolución está concebida como uno de los tantos remedios contractuales que posee el acreedor para satisfacer su interés frente al incumplimiento de las obligaciones que surgen de la relación contractual. Es un derecho potestativo del acreedor, como ya se dijo. Para abordar esta concepción es que en esta investigación se tratarán los planteamientos modernos acerca de la acción resolutoria. No se hará cátedra de lo que ya todos sabemos, sino que, iremos al punto de la discusión, esto es a la resolución como remedio contractual, y a como se aborda este tema más allá de nuestras fronteras. En sí: a las nuevas tendencias en resolución. Es por esto que conviene analizar en este primer capítulo los requisitos para que proceda la acción resolutoria, despejando las dudas acerca de cuáles son los presupuestos necesarios para su aplicación hoy en día, y descartando otros.

La acción resolutoria en simples términos es la que procede de la condición resolutoria tácita, en caso de incumplimiento de las prestaciones por una de las partes. Es necesario para continuar repetir lo que prescribe el artículo 1489 del Código Civil: *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

Es por esto que, definimos a la acción resolutoria como la que emana de la condición resolutoria tácita en los casos que requiera sentencia judicial y en cuya virtud, el otro contratante solicita que se deje sin efecto el contrato, por no haber cumplido la contraparte, algunas de las obligaciones emanadas del mismo.

Por tanto, si durante la ejecución del contrato entre las partes, una de ellas incumple la o las prestaciones a las que se obligó, faculta a la otra a pedir a su arbitrio el cumplimiento forzado o la resolución. El ejercicio de ésta última es lo que constituye lo principal de nuestro estudio. Del

artículo precedente y del concepto señalado, más lo dicho por la doctrina y jurisprudencia se desprenden ciertos requisitos clásicos para la procedencia de la acción resolutoria:

- incumplimiento;
- contrato bilateral;
- el acreedor haya cumplido o esté llano a hacerlo; y,
- declaración judicial.

Estos son los presupuestos tradicionales de la acción resolutoria, que analizaremos a continuación, confrontándolos con las nuevas visiones que hay sobre ella. En una primera parte, abordaremos, cuáles son los tipos de incumplimientos que autorizan el ejercicio de la acción resolutoria, ya que ella no procede por cualquier incumplimiento, como veremos (A); para luego proseguir con los requisitos de la facultad resolutoria, analizando en detalle cada uno de ellos, e ir ilustrando al lector si deben hoy en día ser realmente considerados como elementos de la misma (B).

A.- INCUMPLIMIENTO GRAVE O ESENCIAL. NO BASTA CUALQUIER INCUMPLIMIENTO

Queremos partir por este presupuesto de la facultad resolutoria, y tratarlo detalladamente en éste párrafo, por la importancia que reviste determinar cuándo existe un incumplimiento que pueda autorizar el ejercicio de la acción resolutoria. El artículo 1.489 solo exige incumplimiento, pero no dice nada más. Pero al contrarrestarlo con otros preceptos de nuestro Código, y con los cuerpos normativos del derecho de los contratos europeo y de la Convención de Viena de 1.980 (que se verán en detalles en el capítulo II), nos daremos cuenta, que la no ejecución no puede tratarse de cualquiera obligación, sino que la obligación debe tener una cierta entidad o esencialidad. Así nos acercaremos a lo que la doctrina moderna se refiere como incumplimiento resolutorio (1°). Pero del mismo artículo 1.489, queda la duda acerca del carácter subjetivo u objetivo de este incumplimiento. Si se requiere probar el dolo o la culpa o si no es necesario. Argumentaremos a favor de la tesis del incumplimiento objetivo, como se detallará en las líneas que siguen (2°).

1º) Incumplimiento resolutorio

El artículo 1.489 ya citado prescribe que en caso de incumplimiento, faculta al otro contratante a pedir el cumplimiento o la resolución. La duda que surge, debido a la redacción del artículo en términos generales, es acerca del tipo de incumplimiento a que se está refiriendo. Se podría entender que se requiere cualquier tipo de incumplimiento para la procedencia de la resolución, pero este razonamiento hoy en día no se estima convincente. Adelantemos desde ya, que no se atiende a la imputabilidad para determinar el incumplimiento (dolo o culpa) y sino a la gravedad en el incumplimiento de las prestaciones del contrato.

La doctrina contemporánea encabezada por Vidal Olivares², Mejías Alonso³, Peñailillo Arévalo⁴, entre otros, han sostenido como requisito para la procedencia de la resolución que el incumplimiento de las prestaciones de un contrato debe ser esencial. No es posible entender hoy, que cualquier incumplimiento es apto para la procedencia de la acción resolutoria. No basta cualquier incumplimiento. Luego, la discusión se centra en cómo determinar si un incumplimiento reviste el carácter esencial. Puede ser por ejemplo: según la clase de la obligación incumplida, distinguiendo obligaciones principales y accesorias; según la bilateralidad o no del contrato; o si la obligación incumplida se identifica con la esencia de lo pactado; o simplemente si lo establecieron las partes⁵. Otros atienden a la importancia del incumplimiento en sí mismo más que a la obligación incumplida y su repercusión en el interés del acreedor; o para otros en cambio, existirá incumplimiento esencial según el valor, la función o la finalidad perseguida en el contrato.

² VIDAL OLIVARES, Álvaro R., *El incumplimiento resolutorio en el código civil, condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*, Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Universidad Diego Portales, Legal Publishing, p. 347-368; y, *La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XXXII – 2009, Semestre I, p. 221-258.

³ MEJÍAS ALONSO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing Chile, Julio de 2011, 312 p.

⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Algunas reformas a la resolución por incumplimiento*, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°s 231-231 año LXXX, Enero-junio, julio-diciembre 2012, p. 7-61.

⁵ Descubrir cuando un incumplimiento es resolutorio, es una cuestión de hecho difícil de apreciar. Pero no hay problema alguno en que las partes lo hayan previsto expresamente. Y del mismo Código se puede ver que faculta a las partes para determinar los casos de incumplimientos esenciales. Así por ejemplo el artículo 1.863 dispone que *las partes pueden por el contrato hacer redhibitorios los vicios que naturalmente no lo son*. Si por ellos mismos pueden establecer los vicios, significan que están determinando causales de procedencia de la resolución, porque si existen vicios, tendrá el comprador derecho para pedir la resolución del contrato o la rebaja del precio. También del artículo 1.877 que consagra la posibilidad en la compraventa, de celebrar cualquier otros pactos lícitos que se regirán por las reglas generales (como podrían ser casos de incumplimientos resolutorios). Resulta lógico, que por la fuerza obligatoria del contrato, pueden las partes prever causales de incumplimientos resolutorios; lo complejo es como poder determinarlo cuando las partes no lo han estipulado.

Siguiendo a Vidal Olivares,⁶ estimamos que lo principal para determinar si estamos frente un incumplimiento grave o no, es a la naturaleza del incumplimiento y su afectación al interés del acreedor. Pensemos por ejemplo,⁷ en que una persona compra muebles en Concepción para su nueva casa en Santiago, estipulando un plazo para la entrega de la cosa comprada. El transportista, no cumple el plazo y llega al día siguiente. No se ve gravedad en este incumplimiento, como para resolver el contrato. Pero coloquémonos en el caso de una persona que contrata con una productora de eventos para organizar su matrimonio, en que ésta última no alcanza a cumplir con su obligación a la fecha de aquél. Obviamente en este último caso, un cumplimiento tardío no le satisface para nada al acreedor lo que pretendía obtener con la celebración del contrato. Este puede pedir la resolución del contrato, y además con indemnización de perjuicios. En cambio en el primer ejemplo visto, el cumplimiento tardío satisfizo el interés del acreedor, siendo innecesaria una resolución, que el juez en todo caso, denegaría por no ser lo suficientemente grave. En definitiva será el juez quien caso a caso, deberá tomar todos estos criterios y resolver el contrato conforme a su contenido y la eventual vulneración de las pretensiones del acreedor.

Teniendo claro entonces, que no todo incumplimiento es requisito de procedencia de la resolución, hay que acercarse ahora a determinar cuando estamos frente a un incumplimiento resolutorio, y si se puede desprender del articulado de nuestro Código manifestaciones del mismo. Es interesante acotar brevemente lo que se establece en el nuevo derecho europeo de los contratos, ya que en éstos se consagran causales específicas de incumplimiento esencial. Lo veremos en el capítulo siguiente, pero digamos desde ya que éste lo será según si las partes así lo determinaron; según las consecuencias que provoca el incumplimiento en el contrato, en virtud a lo que tenía derecho esperar el acreedor; ó por la falta de confianza ocasionada por el incumplimiento intencional del deudor.

Estas manifestaciones en el derecho europeo, debemos relacionarlas también con principios fundamentales de la contratación moderna. Nos referimos a la fuerza obligatoria del

⁶ Vidal Olivares, Álvaro R., *El incumplimiento resolutorio en el código civil, condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*, Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Universidad Diego Portales, Legal Publishing, p. 356.

⁷ El ejemplo es nuestro.

contrato, el principio de la conservación del contrato y la buena fe objetiva. El artículo 1.545⁸ del Código consagra el principio de la autonomía de la voluntad o el de la fuerza obligatoria del contrato, porque en términos del artículo 1.545 el contrato es una ley para los contratantes, significando que las partes deben regirse por lo estipulado expresamente o lo que se desprende tácitamente de él (a través de las normas de interpretación de los artículos 1.560 y siguientes), no pudiendo desconocer el tenor de lo contratado. Esto quiere decir que si las partes se obligaron por su consentimiento exento de vicios, es porque tienen intención clara y seria en contratar, y no lo hacen con fines para extinguir el contrato rápidamente. Del mismo artículo se desprende el principio de conservación del contrato, ya que si este no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, está significando que el contrato se extingue por causas específicas, y que lo primordial es la continuación de las prestaciones emanadas del contrato.⁹ Si de estos preceptos, se desprende un cierto carácter excepcional de la extinción del contrato (por ende de la resolución), su procedencia debe seguir la misma tónica, manifestándose entonces en el incumplimiento que debe revestir cierta característica de gravedad o esencialidad para su demanda.¹⁰

Luego nos encontramos ante un nuevo problema, el conflicto de dos intereses opuestos, el ya mencionado principio de la conservación del contrato, y el interés o el crédito del acreedor. Legítima es la posibilidad que tiene el acreedor de resolver la relación contractual, como hemos aclarado, pero es cierto que frente a la posibilidad de continuación de la prestación de servicios o el tráfico de bienes, la resolución no debiese aplicarse en cualquier evento. ¿Qué interés debe primar entonces? De lo dicho hace poco, pareciera primar el principio de la conservación del contrato. Será en definitiva el juez quien debe ponderar ambos intereses, considerando la buena fe objetiva, y resolver conforme al criterio de justicia más equitativo.

⁸ Artículo 1.545 C.C. *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

⁹ El principio de conservación del contrato se manifiesta también en la norma de interpretación del artículo 1.562 que prescribe: *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.* Esta norma, al preferir la cláusula que puede producir efecto a otra que no, no da la idea que el legislador interesa que el contrato continúe en vida, siendo el efecto extintivo la excepción.

¹⁰ Lo que queremos graficar, si de las normas dichas, el Código opta por la preservación del contrato, la excepción a esta regla general sería la extinción del mismo. Un modo de extinguir las obligaciones es la resolución, por lo tanto ésta debe aplicarse en forma excepcional. Y una forma de utilizar la resolución con éste carácter, es que su procedencia se deba a incumplimientos esenciales o resolutorios para que no ejerza bajo cualquier motivo.

La duda que surge ahora, es acerca de si es posible encontrar un concepto de incumplimiento resolutorio o manifestaciones de incumplimiento esencial en normas de nuestro Código Civil. Y la respuesta es afirmativa, como veremos en las líneas siguientes. Partamos del principio. El artículo que contempla la acción resolutoria (el ya aludido artículo 1.489) solo expresa que procede la resolución por *no cumplirse por una de las partes lo pactado*. No establece ninguna exigencia más, pudiendo pensarse entonces que no hay que ahondar más allá de lo literal de la norma, y que la resolución procedería en virtud de cualquier incumplimiento. Pero como se dijo, ello no es así, ya que los autores modernos han desplegado esfuerzos doctrinarios, siguiendo las nuevas tendencias ya indicadas en materia de resolución y dándole una relectura a los preceptos de nuestro Código Civil, para así dar un cabal concepto de *incumplimiento resolutorio*. Tenemos por ejemplo Vidal Olivares, que pretende dar una interpretación amplia al artículo 1.926 del Código Civil sobre contrato de arrendamiento que prescribe: *“Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios (inciso 1°) Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito (inciso 2°).*

Del citado artículo, el autor busca fundamentar que no todo incumplimiento es susceptible de resolución, siendo necesario que sea grave o esencial. Esto porque según la norma, si por causa del retardo disminuye notablemente la utilidad del contrato, sea por deterioro de la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, puede el arrendatario desistirse de él (que vendría siendo una resolución); esto es parecido a la norma de incumplimiento esencial de los Principios Europeos de los Contratos y del artículo 25 de la Convención de Viena de 1.980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que luego abordaremos, con lo cual afirmaríamos su tesis de incumplimiento resolutorio. Esto porque, las normas jurídicas internacionales recién mencionadas, establecen expresamente cuándo un incumplimiento es esencial; y según una de esas hipótesis, existiría incumplimiento esencial según cuáles sean las consecuencias que provoca

el incumplimiento en el contrato, en virtud a lo que tenía derecho a esperar el acreedor. El artículo 1.926 dice lo mismo, porque limita claramente la facultad resolutoria solo a aquellos incumplimientos que disminuyan notablemente la “*utilidad del contrato*” por haber cesado las circunstancias que motivaron la celebración del contrato para el acreedor. Entonces, el artículo 1.926 es concordante con las normas de derecho europeo. Señala al respecto el autor: “*en efecto, de acuerdo al precepto, el ejercicio de la facultad resolutoria queda limitada a aquellos incumplimientos (el retardo) que disminuyan notablemente la utilidad del contrato para el acreedor por haberse deteriorado el objeto de la prestación o –lo más importante- por haber cesado las circunstancias que motivaron su celebración*”.¹¹ Esta norma que si bien está ubicada en el contrato de arrendamiento, su interpretación con carácter general, nos podría llevar a esbozar perfectamente el principio de que el incumplimiento debe ser esencial para otros tipos de contratos, no solo en el arrendamiento. Algunos podrían pensar que el artículo 1.926 sería una excepción a la regla del artículo 1.489 que solo exige incumplimiento. Pero el artículo 1.926, no es contradictorio con el 1.489, no se opone de ninguna manera, exige incumplimiento, revistiéndolo de cierta gravedad, y no se ve porqué restringir ésta norma para otros contratos, permitiendo entonces su aplicación más allá de su esfera jurídica haciendo excepción al principio de la especialidad.

El mismo autor cita otras disposiciones del Código Civil para reafirmar su tesis. Por ejemplo: el artículo 1.928 del Código¹², que contempla la obligación del arrendador de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada. Según el mencionado artículo, si al arrendatario se le priva de una parte importante de la cosa, queda facultado para resolver el contrato o pedir la rebaja de la renta; pero si no es tan grande la parte afectada, el arrendatario debe soportar la perturbación, con derecho únicamente a la rebaja de la renta.

¹¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro R., El incumplimiento resolutorio en el código civil, condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Universidad Diego Portales, Legal Publishing, p. 355.

¹² Artículo 1.928 C.C. “*El arrendador en virtud de la obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo, no podrá, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella.*

Con todo, si se trata de reparaciones que no puedan sin grave inconveniente diferirse, será el arrendatario obligado a sufrirlas, aun cuando le priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio o renta, a proporción de la parte que fuere.

Y si estas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no aparezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento”.

Entonces, si el arrendador incumple la obligación en comento, el arrendatario solo puede pedir la resolución si las reparaciones recaen sobre gran parte de la cosa, debiendo sufrirlas sino fuere así. Es refleja que la posibilidad de terminar el contrato de arrendamiento, deviene cuando el incumplimiento es esencial. Similar idea encontramos en los artículos 1.925¹³ y 1.932.¹⁴

Además, el artículo 1.590,¹⁵ se refiere al cumplimiento imperfecto de una obligación de dar una cosa específica, imputable al deudor. El acreedor de una especie o cuerpo cierto debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre, a menos que presente deterioros (por culpa del deudor o por mora), reconociendo al acreedor afectado el derecho a la indemnización de daños o la resolución, salvo que el *deterioro no pareciera de importancia*, porque en ese caso podrá optar solo a la indemnización. Vemos otra vez que la resolución el acreedor la podrá ejercer en caso de un incumplimiento grave, o de "*importancia*" como menciona el artículo 1.590.

Otra manifestación de lo que venimos acotando es en materia de compraventa, específicamente en caso de la obligación de saneamiento del vendedor, en que debe procurar al comprador el goce o la posesión (o el dominio) pacífica de la cosa comprada y responder de los vicios ocultos de ella. Como dice el artículo 1.852 inciso final "*si la evicción no recae sobre toda la cosa vendida, y la parte evicta es tal, que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la rescisión de la venta*"; quiere decir que se podrá pedir la resolución en caso de evicción parcial, solo cuando se ha de presumir que sin ella, el comprador no hubiera

¹³ Artículo 1.925 C.C. "*Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios. Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe, que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito*".

¹⁴ Artículo 1.932. C.C. "*El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.*

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta".

¹⁵ Artículo 1.590 C.C. "*Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.*

En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciera de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios".

comprado la cosa. Del artículo 1.854¹⁶ se desprende la misma hipótesis, en caso de no ser tan importante la parte evicta, se puede exigir el saneamiento parcial según las reglas generales. El artículo 1.868,¹⁷ ahora en caso de vicios redhibitorios, dispone en el evento de que un vicio oculto no revista la importancia del N° 2 del artículo 1.858 (hace referencia al N° 2 del art. 1.858 que establece una especie de vicio redhibitorio, cuando la *cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio*) obliga al comprador a conservar la cosa, no pudiendo ejercer la resolución (el precepto habla de rescisión, pero sabemos que el redactor incurrió en confusiones entre estos términos) sino solo la rebaja del precio. A contrario sensu, si el vicio es de tal carácter, se puede resolver la compraventa, dejando claro que su ejercicio corresponde para un cierto caso de vicio redhibitorio, no para todos.

Los artículos que hasta aquí hemos comentado, dan la idea que es necesario cierta identidad del incumplimiento para exigir la resolución, atendiendo al interés del acreedor o a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Y según este mismo interés del acreedor, encontramos otros artículos del Código que si le damos una relectura detallada y comprensiva, nos permitirá reafirmar aún más nuestra tesis. Nos basaremos en este punto, en lo dicho por la profesora Mejías Alonso,¹⁸ en su tesis doctoral, ya que ella fundó su teoría de incumplimiento resolutorio en una relectura de los artículos 1.568 y 1.569. Trascribamos primeros los artículos en cuestión. Artículo 1.568 dice: *“El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”*. Y el artículo 1.569: *“el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes (inciso 1°). El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”* (inciso 2°).

¹⁶ Artículo 1.854 C.C. *“En caso de no ser de tanta importancia la parte evicta, o en el de no pedirse la rescisión de la venta, el comprador tendrá derecho para exigir el saneamiento de la evicción parcial con arreglo a los artículos 1.847 y siguientes”*.

¹⁷ Artículo 1.868 C.C. *“Si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el número 2° del artículo 1.858, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta sino sólo para la rebaja del precio”*.

¹⁸ MEJÍAS ALONSO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing Chile, Julio de 2011, p. 113 y ss.

El primer artículo citado, se refiere al pago, como el modo en que las partes establecieron expresamente la forma de extinguir las obligaciones del contrato. El pago es la prestación de lo que se debe, es el cumplimiento de las obligaciones en la forma debida. Esta norma, hay que relacionarla con la segunda citada, el artículo 1.569, que establece a quiénes, dónde y cómo debe hacerse el pago; modalidad e imputación del mismo. El pago se hará en conformidad al tenor de la obligación, por lo tanto debe realizarse en forma íntegra, como las partes lo previeron. Así también, se relaciona con el artículo 1.828 estableciendo que *el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato*. De estas disposiciones, dando una relectura se puede sostener que debe respetarse el interés del acreedor. Para entenderlo de mejor manera, si el pago es la prestación de lo que se debe; si el pago debe hacerse al tenor de la obligación; si el acreedor no está obligado a recibir otra cosa de lo que se le deba; si el vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato; quiere decir entonces que el deudor está obligado a ejecutar las prestaciones de sus obligaciones conforme a lo establecido por la partes, velando por satisfacer íntegramente el interés del acreedor.

El pago es la prestación de lo que se debe, si no hay pago simplemente no se cumple las obligaciones de la forma debida, el acreedor no obtiene lo que legítimamente tenía derecho a esperar con la celebración del contrato, pudiendo entonces resolverlo por tratarse de un incumplimiento resolutorio. Como dice Mejías Alonso... *“si el cumplimiento equivale al pago en los términos descritos, el incumplimiento puede ser entendido como el no pago, la no prestación de lo que se debe, de aquello que se obligó el deudor.... De lo anterior, resulta que cualquier desviación del programa idealmente trazado, que implique la insatisfacción del interés del acreedor, es incumplimiento; esto con completa independencia de su causa, un hecho imputable o no subjetivamente a la conducta del deudor...”*¹⁹. Por lo tanto, de las normas comentadas, podemos desprender que el deudor debe ejecutar el contrato en la forma debida de manera que pueda satisfacer el interés del acreedor, porque de lo contrario, estaríamos en un caso de incumplimiento resolutorio, que faculta al acreedor para resolver el contrato.

¹⁹ MEJÍAS ALONSO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing Chile, Julio de 2011, p. 117.

Pero también podemos encontrar en el Código Civil expresiones de incumplimiento resolutorio que se funde en la pérdida de confianza que tiene el acreedor en la ejecución de las prestaciones realizadas por el deudor. En este evento, el acreedor teme el incumplimiento futuro de su deudor, por la forma en que ejecuta las prestaciones correspondientes, lo que en realidad lo transforma en un verdadero incumplimiento.^{20 21} Como por ejemplo tenemos el artículo 1.546 del Código, que consagra el principio de la buena fe objetiva. Si los contratos deben ejecutarse de buena fe, una ejecución contrario a ella, daría derecho a resolverlo. En realidad el deudor estaría incumpliendo, al otorgar prestaciones no conforme a la buena fe, o que no se ajustan lo que emana de la naturaleza de la obligación; o que por la ley o la costumbre le pertenece a ella. En definitiva, según que la prestación no cumpla con lo que el acreedor esperaba obtener de la ejecución del contrato, se trataría de un incumplimiento resolutorio que faculta pedir la resolución. Además, del artículo 1.939 (en materia de arrendamiento), se puede extraer la reciente idea: *“el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia (inciso 1°). Faltando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aun tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro”* (inciso 2°).²² Vemos aquí

²⁰ La pérdida de confianza del acreedor en el incumplimiento las obligaciones es ocasionada por ciertas actitudes del deudor en la ejecución de las prestaciones que debe. Solo mencionaremos algunos casos que ha recogido la jurisprudencia en que produce una falta de confianza al acreedor: en casos de incumplimientos dolosos o deliberados o cometidos con culpa grave; casos en que existe una reticencia del deudor al cumplimiento; y, en casos de incumplimientos de las obligaciones propias de los contratos *intuitu personae*. En estas circunstancias, el acreedor está en la posibilidad de exigir la resolución, porque serían incumplimientos resolutorios. Como vemos, otra vez, no cualquier suceso podría provocar la pérdida de confianza para solicitar la resolución, tienen que ser en ciertos eventos, que provoca al acreedor la legítima desconfianza en su deudor. Las relaciones contractuales principia la buena fe, y en los casos que mencionamos son claros reflejos en que el deudor se ha comportado de una manera contraria a ella, provocando entonces el legítimo derecho del acreedor en querer liberarse del contrato, lo que en definitiva significa el deseo del acreedor de no seguir ligado con aquel deudor al que ya no cree. Un deudor si ejecuta las prestaciones en forma indebida, estamos frente a un incumplimiento. Pero para que éste sea resolutorio, y el acreedor quiera resolverlo por la falta de confianza que le generó el incumplimiento, debe ser de tal carácter que realmente le provocan esa desconfianza. Los casos que señalamos, como si un deudor no paga varias cuotas, o no colabora o no se allana a cumplir alguna de las prestaciones debidas, o no ejecuta una obra material, son incumplimientos (en eso estamos claro), pero serían ejemplos razonables en que podríamos entender que al acreedor ya no cree en su deudor, y así resolver el contrato (en fin, otra vez estamos frente a que no todo incumplimiento es requisito de la facultad resolutoria).

²¹ ver más en MEJÍAS ALONSO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing Chile, Julio de 2011. p. 267 y ss.

²² Este artículo emplea la graduación de la culpa para hacer responsable al arrendatario de la obligación de conservación de la cosa. Podría pensarse, que se requiere entonces probar la culpa del arrendatario para la procedencia de la resolución (o terminación). Pero ello no es así, porque si se apunta al inciso segundo, nos damos cuenta que la referencia a la imputabilidad es para la procedencia de la indemnización de perjuicios, no para la resolución. Por algo dice, *“y aún tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento...”*; lo que está demostrando que la terminación la puede solicitar independientemente de la culpa, para lo contrario lo habría dicho expresamente. Probando el arrendador que el arrendatario no empleó el cuidado de un padre de familia en la conservación de la cosa arrendada, puede darlo por terminado

otro caso de incumplimiento grave o esencial, porque no conservando el arrendatario la cosa arrendada como un buen padre de familia, el arrendador puede pedir la terminación por la pérdida de confianza producida por el no prudente cuidado de la cosa arrendada.

La falta de confianza del acreedor, que tratamos aquí, es distinta al incumplimiento previsible o resolución por anticipación. En ésta última, es susceptible la resolución no por encontrarnos en casos de incumplimientos resolutorios, el deudor no ha incumplido, pero se permite porque la resolución está concebida como un beneficio al acreedor en el evento en el que el incumplimiento del deudor sea inminente. En el derecho comparado, como lo veremos en el capítulo siguiente, esta solución se encuentra consagrada expresamente. Nosotros trataremos de averiguar si existen disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico de las cuales podamos construir ésta interesante institución. Y podríamos decir que sí, ya que dentro del contrato de compraventa, el artículo 1.826,²³ que reconoce la condición resolutoria para en el evento que el vendedor no cumpla su obligación (inciso 2°), en su inciso final, da entender la existencia de la tesis que proponemos. Es obligado el vendedor a la entrega de la cosa vendida, inmediatamente después de celebrado el contrato o en plazo prefijado, sin embargo *si después del contrato hubiera menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega;* lo que se está queriendo decir es que el vendedor no cumplirá su propia obligación (la entrega), por el peligro inminente de no recibir la prestación que le corresponde (el precio), lo que podría entenderse como una resolución anticipada del contrato por anticipación o incumplimiento previsible.²⁴ Similar razonamiento

(ejerciendo la acción), sin que el arrendatario alegue ausencia del culpa, que solo serviría para eximirse de la indemnización de perjuicios, siguiendo la tendencia actual de incumplimiento objetivo en materia de resolución.

²³ Artículo 1.826 C.C. *“El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él.*

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistirse de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”.

²⁴ No lo dice expresamente el inciso final del artículo 1.826, pero si el vendedor no está obligado a la entrega de la cosa vendida por haber disminuido la fortuna del comprador, es por el efecto liberatorio y retroactivo de la resolución; al extinguirse el contrato, no habría por qué cumplir el vendedor con su propia obligación. Es más, por algo la parte final agrega *no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando*

encontramos en el artículo 147 del Código de Comercio.²⁵ En estos casos, no hay técnicamente incumplimiento por unas de las partes, pero por un hecho determinado (como la variación de la fortuna según el artículo 1.826), se le permite a la otra parte resolver anticipadamente. La pérdida de confianza se genera por conductas intencionales desplegadas por el deudor que lo transformaba en un verdadero incumplimiento, facultando entonces el ejercicio de la resolución. La diferencia con la resolución por anticipación es que no hay incumplimiento, se permite la resolución porque el simplemente incumplimiento es previsible (no se entendería que el acreedor deba esperar un cumplimiento de un plazo por ejemplo para resolver un contrato en que resulta inminente el incumplimiento del deudor).²⁶

Y podríamos seguir comentado artículos del Código Civil y de otros códigos, pero creemos con los ya analizados, nos bastan para asegurar hoy en día que no todo incumplimiento es apto para la procedencia de la resolución. A modo de resumir, digamos que el incumplimiento resolutorio es aquel que permite el ejercicio de la facultad resolutoria cuando las partes lo hayan estipulado expresamente en el contrato o se desprenda de él; cuando priva al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato; o por la pérdida de confianza del acreedor que provoca el deudor por la conducta desplegada en la ejecución de sus prestaciones.

2°) Incumplimiento objetivo

Ya hemos dejado de manifiesto que según las nuevas visiones en materia de incumplimiento resolutorio, es necesaria una cierta gravedad en el incumplimiento lo que apreciará el juez caso a caso, para la procedencia de la resolución. Ahora nos referiremos a la imputabilidad de este incumplimiento, esto es, si es necesario que se deba a dolo o culpa del deudor (o sus

el pago; esto quiere decir que si el comprador paga o asegura el pago, no habría incumplimiento previsible, por lo tanto obviamente no hay resolución y el vendedor estaría obligado a la entrega de la cosa.

²⁵ Artículo 147 C.CO. *“Si en el tiempo medio entre la fecha del contrato y el momento de la entrega hubieren decaído las facultades del comprador, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, aun cuando haya dado plazo para el pago del precio, si no se rindiere fianza que le dé una seguridad satisfactoria”.*

²⁶ Ver más en CONTADOR GONZÁLEZ, Juan Ignacio, *La resolución por anticipación o por incumplimiento previsible. intento de construcción a partir de los artículos 1826 del código civil y 147 del código de comercio*, Estudios de Derecho Civil VIII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, pp. 267-281.

agentes). En este punto, a diferencia del anterior, no hay un consenso claramente manifestado. Si bien la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que el incumplimiento del deudor se debe a su dolo o culpa, la postura contraria ha vendido ganando algunos adeptos. Partamos por la primera de estas tesis:

- El artículo 1.489, como hemos ido apreciando a lo largo de la investigación, es vago, solo se refiere a no cumplirse lo pactado por una de las partes. Se podría sostener que no requiere imputabilidad. Pero según esta tesis, como en el inciso segundo se le permite al acreedor el derecho a pedir o el cumplimiento o la resolución, y en ambos con indemnización de perjuicios, poniéndose en el caso entonces de solicitar la indemnización de perjuicios, y como para esto último se requiere la culpa o dolo del deudor, se concluye que el incumplimiento a que se refiere el 1.489 debe ser imputable a dolo o culpa del deudor. No habría razón para entender un tipo de incumplimiento diferente para la resolución o cumplimiento forzoso, y otro para la indemnización por daños según esta tesis. La resolución no procedería en caso de fuerza mayor o caso fortuito.²⁷ Esta posición agrega que la imputabilidad brota de los artículos 1.826 y 1.873 para el cumplimiento del vendedor y el comprador respectivamente, lo que reafirmaría aún más su postura.
- En cambio, para los que sostienen la otra tesis, entre los que se encuentra Vidal Olivares,²⁸ la imputabilidad es un requisito netamente de la indemnización de perjuicios. Si el acreedor quiere demandar un daño emergente, lucro cesante o daño moral, debe acreditar que el perjuicio sufrido por el incumplimiento contractual se debe a dolo o a culpa del deudor. Pero si lo que quiere es la resolución, no es necesario, bastando solo que el incumplimiento sea esencial en los términos ya abordados, procediendo incluso en eventos de casos fortuitos o fuerza mayor. ¿Por qué el acreedor no podrá ejercer la resolución del

²⁷ No debemos confundir aquí el dolo en cuanto imputabilidad, y al dolo como incumplimiento reiterado que provoca la desconfianza del acreedor para con su deudor. Lo último, es un criterio para determinar lo esencial del incumplimiento, ya que si no genera una pérdida de confianza, no procedería la resolución porque el incumplimiento no es resolutorio.

²⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro R., El incumplimiento resolutorio en el código civil, condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Universidad Diego Portales, Legal Publishing, p. 363 y ss.

contrato si el deudor incumplió su obligación? Y si incumplió aunque no por su culpa ¿por qué privársele de este remedio contractual? El argumento por el cual la indemnización de perjuicios está prevista para ambos casos de resolución o cumplimiento, no es argumento suficiente para sostener que se requiera imputabilidad en el incumplimiento para la resolución. Indemnización e incumplimiento son instituciones totalmente disímil, con algunos rasgos similares, pero con sus requisitos y campos de aplicación diferentes. Que se puedan ejercer en juicio conjuntamente es otra cosa.

El caso fortuito o fuerza mayor es *el imprevisto a que no es posible resistir* (artículo 45), y como imprevisto, el riesgo le corresponde al deudor por regla general. Salvo el caso del artículo 1.820, en que el riesgo, por la extinción de la obligación del vendedor por pérdida de la cosa que se debe, le corresponde al acreedor (comprador), debiendo seguir cumpliendo con su obligación. En este caso, no podría el comprador ejercer la resolución, porque hay una norma expresa que le obliga a asumir el riesgo.²⁹ En los otros tipos de obligaciones, la resolución, aun por caso fortuito o fuerza mayor sería plenamente procedente, porque el efecto que produce el caso fortuito por su esencia es, exoneración de responsabilidad, pero no extinción de la obligación. Además esta postura, controvierte a la tesis contraria, diciendo que si bien los artículos 1.826 y 1.873 hablan sobre dolo o culpa, lo hacen para el solo caso de la indemnización de perjuicios.³⁰

Creemos que hoy en día, la resolución es uno de los tantos remedios que posee el acreedor para satisfacer su interés, el cual merece reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Y este reconocimiento implica, la procedencia de la resolución incluso en los eventos fácticos de un caso fortuito, siempre y cuando el incumplimiento sea grave o esencial. La concepción objetiva de incumplimiento, está más acorde a la realidad de hoy en día, en la economía en que nos encontramos inmersos, procurando mejor la satisfacción del interés del acreedor y concepto de justicia. Esto se ve gratificado con el ejemplo que hemos venido comentando líneas atrás, el de la preparación de la fiesta de matrimonio. Pensemos que la organizadora del evento incumple por un

²⁹ Cuestión que se soluciona transfiriendo el riesgo al vendedor en una cláusula del contrato.

³⁰ Para reafirmar nuestra postura, repetimos lo dicho en nota al pie número 22, en el caso del artículo 1.939 del Código Civil.

hecho no imputable. Está claro que este acreedor no podría solicitar la indemnización de perjuicios (en términos generales según posturas tradicionales), pero ¿tampoco podría ejercer la resolución del contrato? ¿Estaría obligado a continuar con la prestación de sus obligaciones? Lo lógico, lo razonable, lo justo, es que se le conceda la facultad resolutoria. Es por esto que optamos por la tesis de incumplimiento objetivo.

B.- OTROS REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN

Acabamos de tratar el requisito de incumplimiento en materia de resolución. Sostuvimos que ella procederá cuando el incumplimiento sea esencial o resolutorio según lo ya visto. Dijimos también que la imputabilidad es manzana de otro canasto: la indemnización de perjuicios. Ahora, en este párrafo, continuaremos con los otros requisitos, donde quedará reflejada la procedencia de la resolución más allá de un contrato bilateral (1°); la eliminación del requisito de la mora purga a la mora, que según algunos ya no es un presupuesto de la resolución (2°); y la eliminación de la sentencia judicial para que produzca sus efectos (3°). A continuación veremos cada uno.

1°) Existencia de un contrato bilateral. Posibilidad de aplicación en contratos unilaterales u otros contratos

El acto o negocio jurídico bilateral es aquel que para su celebración requiere el consentimiento de ambas partes. Este acto jurídico bilateral también denominado convención puede ser unilateral o bilateral si es que una sola de las partes o ambas resultan obligadas. Es éste último caso, es decir, el contrato bilateral, (cuando ambas partes se obligan), al que se refiere el artículo 1.489. Típico contrato bilateral es la compraventa, así como el comprador puede pedir la resolución del contrato por la falta de entrega de la cosa o por no resguardar la posesión pacífica de ella,³¹ el vendedor podrá asimismo ejercer la resolución por el incumplimiento en el pago del precio (lo dejan de manifiesto los artículos 1.826 y 1.873 respectivamente). Hasta aquí, no hay

³¹ Recordemos, según la discusión doctrinaria de la obligación del vendedor, ya que algunos dicen que solo está obligado a amparar al comprador una posesión pacífica y tranquila de la cosa; y otros que la obligación del vendedor es mucho más amplia considerando además la entrega o tradición de la cosa.

duda alguna, además así lo establece expresamente el artículo 1.489. Pero parte de la doctrina moderna ha estimado aplicable la resolución no solo en casos de contratos bilaterales, sino que la han ido extendiendo a otros contratos como los unilaterales onerosos, a los sinalagmáticos imperfectos, los aleatorios, los preparatorios, de igual manera que a las obligaciones recíprocas no contractuales, y a los contratos relacionados, entre otros. Principalmente siguiendo al profesor Daniel Peñailillo,³² abordaremos a continuación algunos contratos u obligaciones a los cuales se extienden la acción resolutoria, y a otros que no.

Partamos por el contrato unilateral, aquel en el cual es solo una de las partes la que se obliga; ¿quién podrá pedir la resolución del contrato? ¿Será la parte que no se obliga contra quien se obligó e incumplió su obligación? ¿Y aquél que se obligó, podrá pedir la resolución por su propio incumplimiento? La doctrina y jurisprudencia mayoritaria niegan su aplicación a los contratos unilaterales. Pero quienes la sostienen, la reconocen como un derecho del acreedor de la obligación unitaria; lógicamente el propio deudor que incumple no podría pedir la resolución por incumplimiento de la contraria (que no se obliga, por ser un contrato unilateral). Veamos brevemente uno y otro caso.

Quienes la niegan, se fundamentan en el tenor literal del artículo 1.489, que la hace aplicable solo a los contratos bilaterales, norma que es de carácter excepcional, de interpretación restrictiva por consagrar una modalidad tácita (la regla general es que los actos sean puros y simples; si se establece una condición lo normal es que sean expresan no tácitas; y las modalidades en general las estipulan las propias partes, no la ley). Además porque el efecto que produce el incumplimiento en un contrato unilateral es otro, el de anticipar el cumplimiento de la obligación, una especie de caducidad legal del plazo que se extrae de diversas normas de contratos unilaterales; y no el de solicitar la resolución^{33 34}. Quienes apoyan la resolución en los

³² Ver PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Algunas reformas a la resolución por incumplimiento*, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°s 231-231 año LXXX, Enero-junio, julio-diciembre 2012, p. 9-12; y PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 403 y ss.

³³ Así en el comodante podrá pedir la restitución anticipada si el comodatario no emplea la cosa según el uso convenido u ordinario (art. 2.177); el deudor prendario podrá hacer lo mismo si el acreedor prendario abusa de la cosa empeñada (art. 2.396); en caso de renta vitalicia, la prohíbe expresamente en caso de no pago de la pensión, salvo pacto en contrario; y en el mutuo, no hay norma que la permite.

contratos unilaterales, se fundan en que el artículo 1.489 no quiere limitar su procedencia a los contratos bilaterales, sino tiene por objeto enunciar que la resolución operará normalmente en esos tipos de contratos, no existiendo problemas para que se aplique en otros; las normas del Código que establecen cumplimiento anticipado no son más que una verdadera resolución por incumplimiento³⁵; y si en la renta vitalicia se la niega, es porque la regla general es que se la admite. Por lo mismo el artículo 2.271 no es una norma prohibitiva ya que la permite si la pactan las partes.

Creemos que la última postura, debe ser la correcta, ya que concuerda con la característica de la resolución de ser una alternativa más del acreedor para satisfacer su crédito. Las distintas disposiciones del Código lo dejan claro, puesto que exigir el cumplimiento anticipado es la consecuencia de la resolución del contrato. Aunque el acreedor del contrato unilateral no contrae obligación alguna, es acreedor, y como acreedor no habría por qué limitar su derecho de ejercer la resolución del contrato. Derecho que por cierto tiene el acreedor, pero no quien se obligó, quien como dijimos no puede ejercerla. Claro que si luego éste deviene en acreedor tendrá derecho a pedirla. Lo último no es otra cosa que los contratos sinalagmáticos imperfectos, aquellos que siendo unilaterales, se transforman en bilaterales porque durante su ejecución surgió una obligación para la contraparte. Creemos que en este caso, es perfectamente aplicable la resolución, ya que si esta nueva obligación se incumple, la contraria tendría derecho a resolverla conforme las reglas generales.

En cuanto a los contratos a tractos sucesivos o de obligación duradera,³⁶ en que las prestaciones se ejecutan a través del tiempo, no existe resolución, sino terminación por la imposibilidad de las partes de retrotraer los efectos, manteniendo lo ya realizado y extinguiendo hacia el futuro sus obligaciones. Por lo tanto, también debemos entender que la resolución o

³⁴ En este sentido ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo I, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 414 y 415.

³⁵ Si en el comodato, el comodatario no emplea la cosa según el uso convenido, exigir la restitución anticipada como emplea el artículo 2.177 no es más que desprenderse de él, resolverlo, y producto del efecto de la resolución (o terminación si se quiere) exigir la restitución de la cosa; lo mismo en el depósito.

³⁶ No entraremos en la discusión doctrinaria acerca de la clasificación de este tipo de obligaciones; o si es una clasificación del contrato; el alcance de su concepto, o si la denominación "*terminación*" es pertinente o no, solo diremos que son aquellas que se ejecutan en el tiempo, y no de forma inmediata.

terminación es posible, independientemente que sus efectos serán diferente con respecto a un contrato de ejecución instantánea. En éstos, las partes deben retrotraerse de tal manera como si el contrato no hubiera existido,³⁷ y producto de este efecto, efectuar las restituciones correspondiente; en el primero, el efecto será hacia el futuro, sin que las partes deban volver al estado anterior. Típico contrato a tracto sucesivo es el arrendamiento. Producida la terminación, el arrendador podría restituir la renta recibida, pero el arrendatario no tendría forma alguna de “devolver” la posesión pacífica de la cosa arrendada.³⁸

En la partición, aún la efectuada de común de acuerdo se ha rechazado su aplicación, ante todo porque no es un contrato, sino un *“conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del causal poseído proindiviso en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos”*.³⁹ Además del carácter excepcional del artículo 1.489, al cual ya nos referimos. Al efecto declarativo de la partición (artículo 1.344) se opone a la resolución, ya que si el adjudicatario adquiere directamente del causante y no de los demás comuneros, no podrían estos resolver un acto entre el causante y uno de los comuneros (según la ficción). Además si el artículo 1.348 hace aplicable las reglas de la nulidad de los contratos a la partición, es porque justamente la ley no quiso que se aplicara a la resolución. Finalmente, la institución del a hipoteca legal del artículo 662 del Código de Procedimiento Civil, para garantizar el pago de los alcances, otro argumento en contra, porque dicha institución existe precisamente, porque la resolución es improcedente.

³⁷ Veremos que esto no es tan así, en el capítulo siguiente cuando analizaremos los efectos de la resolución en el derecho comparado. Ahí notaremos independiente de la resolución, no pueden desentenderse las partes que en algún momento estuvieron obligadas. Por lo mismo, que los cuerpos normativos que veremos, consagran dos efectos de la resolución, uno restitutorio y otro liberatorio.

³⁸ En el contrato de arrendamiento de un bien raíz urbano, consta con la particularidad que se discute la procedencia del pacto comisorio calificado (resolución expresa de pleno derecho) en caso del no pago de la renta, por la irrenunciabilidad de derechos que establece el art. 19 de la ley N° 18.101 a favor del arrendatario, debiendo entonces efectuar el arrendador las dos reconveniones legales que establece el art 10 de la ley 18.101 en relación con el art. 1.977 para constituirlo en mora. Según esto último, se debería demandar la terminación de igual manera, incluso con la existencia del pacto comisorio calificado. Problema que se subsana con peticiones subsidiarias de restitución y terminación respectivamente.

³⁹ Definición de la Corte Suprema, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 23 sección 1°, página 256.

Continuando nuestro análisis con la transacción, la controversia se da por el efecto de cosa juzgada que produce según el artículo 2.460.⁴⁰ Sin perjuicio de ciertos efectos de carácter procesal de la transacción, ésta es un contrato, en que ambas partes resultan obligadas. Siendo un contrato bilateral, entonces, no hay problema para la procedencia de la resolución. Sin embargo en este punto, hay que distinguir entre la excepción de transacción y su incumplimiento. Si las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, y una de ellas luego de celebrada la transacción pretenda hacer valer derechos en juicio, lo que procede aquí es la excepción de transacción; pero otra cosa distinta, es que en virtud de las concesiones recíprocas a que se obligaron las partes en virtud de la transacción celebrada, una de ellas las incumple, pues en tal caso es pertinente dejarla sin efecto mediante la resolución.

En las obligaciones recíprocas no contractuales, por ejemplo con fuente legal, no procede la resolución. Ejemplos de estas son las que emanan de las restituciones que las partes deben hacerse producto de la nulidad de un contrato, o de la misma resolución. En éstas, el contrato ya no existe, se resolvió, se extinguió. Por lo que las restituciones constituyen el efecto y no una nueva resolución. Su fuente está en la sentencia que impone la obligación de efectuar dichas restituciones, o si se quiere de la ley. Piénsese en un contrato de compraventa resuelto o declarado nulo, en que el vendedor debe devolver el precio, y el comprador a cosa vendida. Si algunos de ellos se niega, la solución no es la resolución, porque al haber una sentencia que es un título declarativo de derechos, la vía que tienen las partes es la ejecución de la sentencia, y no solicitar la resolución para pretender dejar sin efecto esta obligación recíproca no contractual, la que no tendría sentido.

Finalmente para terminar este acápite, nos referiremos a los contratos relacionados, que son aquellos que están vinculados o complementados entre sí, para la satisfacción de una determinada operación jurídica de carácter económica. Aludiendo al ejemplo del profesor Peñailillo, en un contrato de compraventa, se celebra entre el comprador y un tercero un mutuo con hipoteca

⁴⁰ Artículo 2.460. *“La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.*

para asegurar el cumplimiento del mutuo, además de varios mandatos y contratos de seguros;⁴¹ o en el derecho de consumo, se celebra una compraventa junto a un contrato de transporte para la entrega de mercaderías. El problema que se plantea aquí es el alcance de la resolución, es decir, si la resolución de un contrato acarrea la resolución de todos. No hay normas expresa, la solución tendrá que verse en cada caso. Para habrá que atender si lo resuelto es el contrato principal, o el primero se celebró, o el más importante, o como dice Peñailillo Arévalo, *“estimamos que debe examinarse la función (generalmente económica) que cumple cada contrato en el conjunto para proceder en consecuencia. Así, si la resolución por incumplimiento versa sobre un contrato que, por la función que cumple, altera sustancialmente o elimine la función de otros, esos otros deben perder también eficacia, hasta llegar a ser posible que el conjunto en su integridad devenguen en ineficaces. En otros término, el efecto expansivo de la resolución a los demás contratos se va produciendo en la medida en que pierden o distorsiona su función”*.⁴² Como ya lo hemos señalado al no estar resuelto en la ley, deberá el juez determinarlo en cada caso.

2°) Ya no es necesario que el acreedor haya cumplido o esté llano a hacerlo.

Incumplimientos recíprocos

Que el acreedor haya cumplido o esté llano a hacerlo es un requisito clásico de la doctrina y jurisprudencia tradicional que hoy está siendo abandonada. Se exige este presupuesto por aplicación del artículo 1.552, relacionado con que la mora purga la mora, pero sabemos que la mora del deudor es un requisito para la procedencia de la indemnización de perjuicios, pero no para la resolución del contrato. Porque justamente el mencionado artículo está relacionado con la regulación de la indemnización de perjuicios. Si el acreedor quiere que el deudor le resarza los daños sufridos, debe colocar en mora al deudor bajo las formas del artículo 1.551 y cumplir con el requisito de la mora purga a la mora, esto es haber cumplido su propia obligación o esté llano a hacerlo. Pero para ejercer la resolución (o el cumplimiento forzado), este requisito no es obligatorio,

⁴¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Algunas reformas a la resolución por incumplimiento*, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°s 231-231 año LXXX, Enero-junio, julio-diciembre 2012, p. 11.

⁴² PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, ob. cit. p. 12.

como ya lo han señalado autores contemporáneos como Aguad Adeik,⁴³ Alcalde Rodríguez,⁴⁴ Caprile Biermann⁴⁵ o la misma judicatura.

Existe un fallo que implicó un vuelco jurisprudencial importante en esta materia. Nos referimos a la sentencia de la Corte Suprema de 4 de diciembre de 2.003, en la causa “*Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Berríos Manuel Jesús*”.⁴⁶ Los hechos de la causa son los siguientes: Manuel Verdugo prometió ceder derechos hereditarios al Centro Médico y Dental por el monto de \$50.000.000, de los cuales \$2.000.000 se pagaron el momento de la promesa, obligándose a pagar lo restante al momento de la celebración del contrato prometido. Ambas partes incumplieron, el promitente vendedor no logró obtener la totalidad de derechos hereditarios (prometió ceder entonces cosa ajena) y el promitente comprador no obtuvo financiamiento para el pago del precio. Éste último, demandó la resolución del contrato, para obtener la devolución del pago de \$2.000.000. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda porque ambas partes habían incumplido. La Corte de Apelaciones de Concepción, confirmó la sentencia. Pero la Corte Suprema casó el fallo, dictó sentencia de reemplazo otorgando la resolución, pero rechazando la indemnización de perjuicios. Atiende la Corte Suprema al espíritu general de la legislación y a la equidad natural para fundamentar el fallo. En efecto, en el considerando 5º: *“no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que hecho aparece así ineficaz por la voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, es precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior,*

⁴³ AGUAD DEIK, Alejandra, *Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria*, Revista Chilena de Derecho Privado 6, 03 de julio de 2006.

⁴⁴ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral*, Revista Chilena de Derecho Vol. 31, N° 3, Sept.-Diciembre 2004.

⁴⁵ CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimientos recíprocos de los contratantes*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso – N° 39, Julio de 2012. p. 29-49.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema, 04 de diciembre de 2.003, Rol: 512-2003, partes: Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Berríos Manuel, N° LegalPublishing: 29114.

como si el contrato no hubiese existido". El fallo no se equivoca al rechazar la indemnización de perjuicios, porque claramente aquí entra en juego el requisito de la mora purga a la mora, y concede la resolución, por argumentos de justicia y equidad natural.

Nos llama la atención la resolución jurisprudencial, no por su decisión, sino por los fundamentos con los que llegó a formar su convicción. Creemos, que no era necesario recurrir a la equidad natural para argumentar la procedencia de la resolución, a pesar que el acreedor haya cumplido o esté llano a hacerlo. Basta simplemente con recurrir al artículo 1.489, porque solo exige incumplimiento. Es cierto que en el primer requisito que vimos, en caso de incumplimiento, si atendemos al solo tenor literal, procedería la resolución en caso de cualquier incumplimiento, incluso el más mínimo; pero como señalamos en el párrafo correspondiente, aquello no es así por aplicación de otros artículos del Código o principios de la razón y la lógica, y en atención a la economía y satisfacción del interés del acreedor. Entonces como argumentar a favor esta posible contradicción, ¿por qué para este punto específico podemos atender al tenor de la ley y en el anterior (incumplimiento) no lo hacemos? La razón es otra vez producto de la simplicidad. En efecto, el artículo 1.489, se refiere al incumplimiento, lo menciona, lo establece como un requisito de la acción resolutoria, lo que hace la doctrina es simplemente agravar esta exigencia; sin que exija además que el acreedor haya cumplido o esté llano a hacerlo. El ninguna parte del artículo 1.489 señala el legislador esta exigencia, simplemente no lo consagra, pues lo que no es un requisito de la acción resolutoria, aunque si para la indemnización de perjuicios. Por lo tanto, establecer este presupuesto para la resolución, es sencillamente ir más allá de la propia ley, puesto que el legislador en ningún momento estableció esta hipótesis, lo que concluimos que debiese eliminarse.

En este sentido, apunta el profesor Bruno Caprile Biermann. Sostiene lo siguiente: *...“en efecto, en una relectura, el artículo 1.489 C.C dispone que si una de las partes no cumple, la otra puede demandar la resolución, pero no exige que la demandante deba a su vez haber cumplido sus propias obligaciones para poder accionar. Es lógico que si una de las partes cumplió y la otra no, esta última no pueda demandar la resolución a la primera, prevaliéndose de su propio*

*incumplimiento, pues la demanda carecería de legitimación pasiva (no es la incumplidora). Sin embargo, es también lícito razonar que, si ambas partes incumplieron, cualquiera de ellos puede demandar la resolución y ambos están legitimados pasivamente para litigar, esto por aplicación del artículo 1.489 del C.C., en lugar de recurrir a una laguna legal”.*⁴⁷ Como dijimos, el argumento es simple, y lo encontramos en el solo texto del artículo 1.489.

Sin embargo, hay que tener presente que esta exigencia es diferente del adagio que sostiene que la mora purga a la mora, tratada en el artículo 1.552 del Código Civil. Es verdad que los fundamentos son los mismos, pero apuntan a situaciones distintas. La excepción de contrato no cumplido solo la puede oponer el deudor demandado de cumplimiento forzado, no así el que demandó la resolución. El presupuesto de la mora purga la mora debe abandonarse, de tal modo que incluso la facultad resolutoria sea susceptible de ejercerse en caso de incumplimientos recíprocos, como en el caso jurisprudencial antes vista. Bajo las posturas tradicionales, el contratante que solicitaba la resolución, pero que había incumplido o no estaba llano a hacerlo, se exponía a que el deudor opusiera la excepción de contrato no cumplido porque el acreedor también ha incumplido.⁴⁸ La profesora Alejandra Aguad Deik, es de opinión que la excepción de contrato no cumplido no puede oponerse a la resolución, pero si a la indemnización y al cumplimiento. Estamos parcialmente de acuerdo con ella. No cabe duda que puede oponerse al cumplimiento, pero no a la indemnización. Lo que procede en este último caso es alegar que la mora purga la mora, que es una cosa diferente. Enrique Alcalde Rodríguez, va más allá creyendo que no puede oponerse además de la resolución, al cumplimiento, puesto que la mora es solo un requisito para la indemnización. Sin embargo este autor confunde ambas hipótesis. En conclusión,

⁴⁷ CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimientos recíprocos de los contratantes*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso – N° 39, Julio de 2012.

⁴⁸ Un caso de incumplimiento recíproco, puede ser por ejemplo que el vendedor haya incumplido su obligación de la entrega de la cosa, y el comprador de pagar el saldo del precio en cuotas; ¿tendrá el comprador cumplir con todas sus pagos en las cuotas y plazos fijados, a un vendedor que ya incumplió su obligación, y esperar todo este tiempo para luego solicitar la resolución del contrato? O el caso de la sentencia judicial recién comentada, el promitente comprador ¿no tendrá derecho a exigir la devolución del anticipo pagado? Según la doctrina clásica, el deudor podría oponer a la resolución la excepción de contrato no cumplido al acreedor (en el ejemplo el comprador o el promitente vendedor respectivamente); de alguna otra manera según las concepciones tradicionales, le está diciendo al acreedor “si quieres resolver el contrato, cumple primero tu propia obligación”. Pero según el ejemplo expuesto, resultaría injusta la premisa recién dicha. La procedencia de la resolución, para evitar pagar todas las cuotas de un contrato en que el deudor ya no cumplió de la forma debida, sería la solución más loable para el caso expuesto.

lo que queda claro es que la acción resolutoria procede incluso en casos de incumplimientos recíprocos, ya que el requisito de la mora purga no mora es solo para efectos de la indemnización de perjuicios.

También se ha dicho que la resolución podría enervarla el deudor con una de las llamadas excepciones anómalas del artículo 310 del Código del Procedimiento Civil, esto es, la excepción de pago que se funde en un antecedente escrito, hasta la notificación de la sentencia definitiva en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda instancia. Estas excepciones anómalas y perentorias se pueden interponer en todo el juicio, es por esto que el deudor la puede ejercer, y enervar la resolución pagando. Pero hoy en día, hay que entender, como hemos adelantado, que la resolución del contrato es unos de los tantos remedios contractuales que posee el acreedor frente al incumplimiento de una de las obligaciones de la contraparte. Y es un derecho o facultad que tiene el acreedor el cuál no puede ser privado. Puede suceder, que el acreedor, frente al incumplimiento de una obligación esencial del contrato, o ante incumplimientos reiterados, sencillamente solicita la resolución para desvincularse con su actual deudor, efectuar las restituciones respectivas, y buscar cumplir las prestaciones, en el mercado a través de un tercero. Y si pretende una resolución, que es una facultad concebida en el art. 1.489 a *su arbitrio*, es razonable que ésta debe ser respetada, y por ende el deudor no puede enervarla pagando en cualquier etapa del juicio.

El art. 310 CPC señala que la excepción de pago se funde en antecedentes escritos, es decir, procede para aquellos sencillos casos en que el deudor pagó antes de la demanda de resolución y que no pudo demostrar en el probatorio. Sería injusto que si el deudor extinguió la obligación, pero por determinados motivos no pudo probar el cumplimiento de aquella en la etapa procesal correspondiente, no que pueda ejercer esta excepción en cualquier etapa del juicio para librarse de un segundo pago o una eventual resolución. Es así, como se le concede esta excepción al deudor diligente, no puede beneficiar al negligente que no pagó a tiempo, perjudicando al acreedor que con legítimos fundamentos prefiere una resolución del contrato y no un cumplimiento tardío de la obligación (generalmente el incumplimiento de las relaciones emanadas de un contrato

ocasiona un cierto grado de desconfianza a la parte diligente, por eso resulta lógico la posibilidad de resolver el contrato, y no aceptar un pago inoportuno de alguien que ya le incumplió, como ya vimos).

3°) Declaración judicial. Posibilidad de declaración extrajudicial

El artículo 1.489, tantas veces ya mencionado, en su inciso segundo señala que en tal caso podrá el otro contratante *pedir* a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Cuando en el precepto anterior, menciona la palabra *pedir*, es claro que requiere declaración por un juez competente, ya que si no fuese así sencillamente el legislador no la mencionaría. Una vez declarada mediante sentencia firme, produce los efectos que le son propios. Por lo tanto, la resolución no procede ipso facto o de pleno derecho, como si ocurre en otras legislaciones como en los principios de los derechos de los contratos en Europa y en la Convención de Viena de 1.980 sobre compraventa internacional de mercaderías que veremos en el capítulo siguiente.

Es natural que así sea, porque estamos hablando de una acción, es decir, requiere la interposición de una las partes para provocar la actividad jurisdiccional del Estado. El titular de la acción sería en principio aquel contratante que ha incumplido, pero también cualquiera, incluso aquella parte que ha incumplido sus obligaciones, porque como ya dijimos, la acción procede en casos de incumplimientos recíprocos. Obviamente el sujeto pasivo, la persona contra quien se dirige la acción, es aquella parte que ha incumplido. Incumplimiento que deber ser grave o esencial como se ya se dijo, que corresponderá probar al actor conforme a la norma general de prueba del artículo 1.698. El tribunal competente según las reglas generales, es el Juez de Letras en lo Civil del domicilio del deudor, bajo el procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil.

Pero sin perjuicio de lo que dispone el artículo 1.489, las partes pueden estipular una cosa distinta mediante el llamado pacto comisorio calificado. Lo que regula exactamente el artículo 1.489 es la condición resolutoria tácita, presente como elemento de la naturaleza en todo contrato

bilateral. Por lo mismo las partes la pueden excluir (como cualquier otro elemento de la naturaleza), como incluirla expresamente en las cláusulas contractuales. Esto último es el pacto comisorio, que es precisamente la condición resolutoria tácita, pero pactada. El pacto comisorio se clasifica en calificado o simple, según si opera de pleno derecho o no, y se encuentra regulado exclusivamente en el contrato de compraventa y solo para la obligación del comprador de pagar el precio, en los artículos 1.877 y siguientes del Código. Esto sí, cuenta con la particularidad que si se pacta que se resolverá ipso facto el contrato (de compraventa en el caso de la obligación de pagar el precio), éste, no se resolvería de pleno derecho, porque es necesario ejercer la correspondiente acción resolutoria, ya que artículo 1.879⁴⁹ señala que el deudor dentro las 24 horas siguientes contados desde la notificación de la demanda, podrá pagar el precio. Si la norma faculta al deudor a pagar dentro de este plazo, significa que la resolución no operaría de pleno derecho, debiendo interponer la respectiva acción.

Luego hay que determinar en qué momento se producen los efectos propios de la resolución, si es desde el momento del transcurso de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, como han sostenido algunos,⁵⁰ o según otros desde la notificación de la sentencia definitiva. No se ve explicación alguna de esto último, esperar a que termine el juicio y que se notifique la sentencia definitiva no concuerda para nada con la norma que consagra la resolución de ipso iure o pacto comisorio calificado ¿Por qué el legislador contemplaría una resolución de pleno derecho si habría que esperar igualmente la conclusión del conflicto mediante sentencia firme? Creemos que los efectos de la resolución operará desde el momento de transcurrido las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, que tiene el comprador para pagar el precio, afirmando entonces el efecto ipso iure, con la salvedad que el legislador otorgó en un breve plazo al comprador para enervarla. El pago dentro del término mencionado, no perjudicaría al acreedor, ya que él lo que pretende es el pago del precio. Lo importante como hemos recalcado a lo largo de esta investigación, es satisfacer el interés del acreedor, y en este caso específico, el legislador cree

⁴⁹ Artículo 1.879. C.C. “*Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda*”.

⁵⁰ Así por ejemplo ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Resolución, pacto comisorio y excepción de pago*, Mercurio Legal, 04 de julio de 2014.

que un pago dentro de las 24 horas de notificada la demanda, no es perjudicial a su interés; pero no así un pago posterior a ese término; y como el legislador no quiere perjudicarlo, y habiendo establecido expresamente las partes un pacto comisorio calificado, la resolución producirá el efecto deseado por ellas, extinguido el plazo indicado. No así en el ejemplo que propusimos en el párrafo primero de este capítulo, la promotora de eventos no podría pagar (efectuar la prestación de organizar el matrimonio) dentro de las 24 horas, porque uno, se trata de una obligación de hacer, y es más, no se trata de una compraventa; y dos, por lo insatisfactorio del cumplimiento tardío para el acreedor, como vimos. Por algo la posibilidad de enervar la resolución de pleno derecho, la ley lo establece muy restringidamente. Por tanto, para dejar en claro, el caso regulado en el artículo 1.879, si bien es cierto que se necesita el ejercicio de la acción resolutoria, la resolución operará de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, al momento de expirar el plazo de 24 horas de notificada la demanda.

El pacto comisorio, sin perjuicio de su regulación en la compraventa, es perfectamente aplicable para la obligación del vendedor de entrega o posesión pacífica de la cosa, y además ampliamente a todo otro tipo de contrato bilateral. Por consiguiente, en estos casos en que se estipula el pacto comisorio calificado, no se requiere la acción judicial, sino que simplemente la resolución procede de pleno derecho o ipso facto sin necesidad de sentencia del juez. La actividad del juez aquí, se provocaría por las necesidades de las partes de hacer cumplir los efectos que produce la resolución (ejemplo, existiendo pacto comisorio calificado y el comprador incumple, el vendedor no demanda la resolución, sino simplemente tiene que ejercer las acciones restitutorias para recuperar la cosa de su propiedad).

Como hemos venido adelantando, veremos en el capítulo siguiente el alcance de la resolución en el derecho comparado, específicamente en los nuevos principios de la contratación en Europa y en la Convención de Viena de 1.980. Nos daremos cuenta que en ellos, no es propiamente acertado hablar de acción resolutoria, porque tiene la particularidad que la resolución proceda no por la declaración del juez, sino por una declaración extrajudicial y recepticia que realiza unas de las partes a la otra. El efecto de resolver el contrato se produce, o al momento de

la declaración; o luego de vencido el plazo otorgado en la comunicación para que el deudor cumpla.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen manifestaciones de esta institución. Precisamente, saldremos del Código Civil para detallar en algunas normas del Código de Comercio.

- Dentro del Libro III del Código de Comercio, de la Navegación y Comercio Marítimo, encontramos una norma que consagra la resolución por la sola declaración extrajudicial. El artículo 942 expresa: *“El fletante puede dar por terminado el contrato, transcurridos siete días contados desde la fecha en que el fletador debió pagar el flete o la parte de éste que se hubiere devengado. La terminación se producirá por la sola declaración del fletante que comunicará por escrito al fletador y que también se hará saber al capitán de la nave. Formulada esta declaración, el flete se devengará hasta la restitución de la nave (inciso 1°). Todo lo anterior es sin perjuicio de los demás derechos que el contrato otorgue al fletante para el caso de no pago del flete”* (inciso 2°). El artículo ocupa la expresión *terminado*, esto porque es el nombre que recibe la resolución en aquellos casos de contratos con obligación de ejecución duradera o a tracto sucesivo, como el contrato de fletamento. En la primera parte de la norma, encontramos otra manifestación de incumplimiento resolutorio, la terminación solo procedería luego de 7 días desde la fecha que se debió pagar el flete, pero no antes. Pero, en lo que nos interesa, por lo menos en éste párrafo, es con respecto a la segunda parte del inciso primero, *“la terminación se producirá por la sola declaración del fletante que comunicará por escrito al fletador y que también se hará al capitán de la nave...”*. Es decir, no es necesario que el fletante demande la terminación antes los tribunales de justicia, sino simplemente lo puede dar por terminado el contrato, por la sola declaración por escrito que efectúa al fletador. Aunque podría pensarse que para que se entienda terminado el fletamento se requiere comunicación al fletador y también al capitán de la nave, según la norma basta al primero, imponiendo igualmente la obligación de dirigir la comunicación al capitán de la nave para

que éste concluya con el o los viajes que esté realizando (la norma es clara, no merece dudas).

- También dentro del contrato de fletamento, el artículo 951 del Código de Comercio dispone: *“Si el fletante no pone la nave a disposición del fletador en las condiciones, época y lugar convenidos, éste podrá resolver el contrato mediante comunicación por escrito al fletante (inciso 1°). Sin perjuicio de lo anterior, el fletador puede dejar sin efecto el contrato antes que la nave comience a cargar, en cuyo caso pagará al fletante una indemnización equivalente a la mitad del flete convenido, o superior, si el fletante probare que los perjuicios ocasionados son mayores que esa cantidad, pero sin que exceda a la totalidad de dicho flete (inciso 2°).* En este caso consagra la posibilidad de terminación del fletamento al fletador, otorgando además en el inciso segundo, la facultad de terminar el contrato por su sola voluntad antes que la nave comience a cargar, lo que se denomina en el derecho continental como resolución unilateral del contrato. Particularidad que también se encuentra en el artículo 169 del mismo Código,⁵¹ para el contrato de transporte terrestre.

Vemos manifestaciones de la declaración extrajudicial. Estas son las nuevas tendencias, es lo que se viene hoy en día. Y dejar de manifiesto normas del contrato de transporte tanto terrestre como una especie del marítimo y especialmente en este último, no es mera casualidad, ya que el legislador estableció un nuevo Libro III, y lo publicó inspirándose directamente en las normas establecida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, que recogen la práctica comercial internacional y las reglas sobre resolución o terminación de carácter extrajudicial.⁵²

⁵¹ Art. 169 C.CO. *“El transporte es rescindible, a voluntad del cargador, antes o después de comenzado el viaje. En el primer caso, el cargador pagará al porteador la mitad, y en el segundo la totalidad del porte estipulado”*. Sin bien la norma emplea la expresión *rescindible*, se debe a un error de redacción debiéndose entenderse como terminación.

⁵² El Libro III del Código de Comercio, de la Navegación y el Comercio Marítimo, fue incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 18.680 de 11 de enero de 1988. Demuestra con ello que el legislador, pretende aplicar las nuevas visiones del derecho comparado en la legislación nacional.

CAPÍTULO II.- EL ALCANCE DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA EN EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y EN LA CONVENCION DE VIENA DE 1.980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

El estudio del derecho comparado, puede dar luces a los problemas que anteriormente venimos reflejando sobre la acción resolutoria, y así poder corroborar si es necesario cambios en nuestra legislación para una correcta aplicación de este remedio contractual. Las nuevas tendencias de la doctrina nacional que conocimos en capítulo anterior, se basan fundamentalmente en los cuerpos normativos del derecho extranjero, a saber: la Convención de Viena, los principios europeos de los contratos, los principios de los contratos mercantiles internacionales (Unidroit); la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español; el derecho anglosajón o del Common Law, entre otros. Abordaremos solo los dos primeros, en forma separada, detallando el campo de aplicación de la resolución, su ejercicio, efectos, para luego en la parte final de esta obra efectuar las conclusiones pertinentes. Así, Para un mejor análisis, afrontaremos primero el ejercicio de la facultad resolutoria concebido en los principios del derecho europeo de los contratos (A), y en seguida la resolución en la Convención de Viena de 1.980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (B).

A.- EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA PRESENTE EN LOS PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS EUROPEOS DE LOS CONTRATOS

Como una forma de unificar el derecho de los contratos en los distintos países de Europa, la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos en el año 2.000, presidida por el profesor Ole Lando, elaboró una serie de principios y articulados en materia de derecho contractual, inspirándose preponderantemente en la Convención de Viena de 1.980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Principios que son necesarios difundir, y que sirven de ilustre para analizar las nuevas tendencias en acción resolutoria y refrescar las teorías clásicas sobre ésta.

En Chile, como se viene diciendo, ya parece claro, que unos de los requisitos para solicitar la acción resolutoria, es el incumplimiento de unas de las obligaciones por unas de las partes, pero no cualquier tipo de incumplimiento, sino uno esencial, como lo ha expresado la doctrina y la

jurisprudencia. En los principios europeos de los contratos, se aplica expresamente lo último: no todo incumplimiento de las obligaciones del contrato es requisito de la resolución, sino que debe cumplir con ciertas exigencias para notificar al deudor el deseo de dar por resuelto el contrato.⁵³ Es por lo anterior, que en nuestro estudio, abordaremos sobre lo que se entiende por incumplimiento esencial en los PECL⁵⁴ (1°). Luego, se verá acerca de otro tipo de incumplimiento que autoriza la resolución, pero sin ser esencial, esto es el retraso en la obligación (2°). Pero además, en caso de cumplimiento fraccionable se puede declarar resuelto el contrato parcialmente (3°). Se verá también cómo se ejerce la facultad resolutoria, con la particularidad que basta una comunicación extrajudicial (4°); y para terminar este acápite, se darán breves pinceladas sobre los efectos de la resolución (5).

1°) Incumplimiento esencial

Los PECL trata de dos tipos de incumplimientos: uno esencial y otro es el retraso que no es necesariamente esencial (como lo expresa el art. 9:301 de los PECL). Esto quiere decir, que no todo tipo de incumplimiento en las prestaciones contraídas por las partes, otorga la facultad de resolver el contrato en cuestión, sino requiere cumplir con ciertos y determinados requisitos presente en el artículo 8:103,⁵⁵ que a continuación pasamos a detallar (sigue la misma lógica del art. 25 de la Convención de Viena, que luego veremos):

- El incumplimiento será de ésta índole según el carácter esencial de la obligación incumplida que se le atribuye en el contrato. Puede ser en forma expresa, o incluso tácita,

⁵³ Como ya lo hemos manifestado, y lo que se verá más adelante, no se solicita judicialmente la resolución, sino que solo se notifica al deudor mediante una declaración recepticia.

⁵⁴ En adelante PECL por su abreviación en inglés: *Principles of European Contract Law*.

⁵⁵ Artículo 8:103 PECL: *"Incumplimiento esencial*.

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".

si las circunstancias que rodean la celebración del contrato se desprende que tal o tales obligaciones son imprescindibles para su ejecución, o también si las partes han estipulado una condición resolutoria.

- También será esencial según las consecuencias que provoca aquel incumplimiento, en virtud a lo que tenía derecho a esperar el acreedor,⁵⁶ a no ser que el deudor no haya previsto o no haya podido razonablemente prever este resultado (en lo último, prima el interés del deudor sobre el del acreedor, ya que si el deudor no pudo prever el incumplimiento, no da derecho al acreedor para resolver el contrato, conforme a esta norma).
- Y por último, por la falta de confianza ocasionado por incumplimiento intencional del deudor. Es lógico que si el deudor ha dejado de cumplir una obligación, que sin ser esencial, de ésta pudiera devenir en la falta de confianza por parte del acreedor que se seguirá cumpliendo debidamente las prestaciones correspondientes. De ahí, el derecho a resolver el contrato.

En Chile, sin perjuicios de los esfuerzos doctrinarios por establecer cuando un incumplimiento es resolutorio,⁵⁷ sería más simple incluir hipótesis de incumplimientos para que proceda la resolución, ya que el artículo 1.489 del Código Civil solo habla de incumplimiento, no especificando su gravedad, pudiendo entonces bajo el texto legal deducir la acción resolutoria por

⁵⁶ Seguiremos el ejemplo propuesto por Díez Picaso, Roca Trias y A.M. Morales: *“por ejemplo C tiene que construir a B una nave en la que éste ha de guardar objetos de valor, durante una exposición. C construye y entrega la nave dentro de plazo, pero no se ajusta a su sistema de cierre de puertas, esto priva a B del uso de la nave durante el tiempo de duración de la exposición”*. DÍEZ PICASO, Luis – ROCA TRIAS, E. – MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de los contratos*, p. 352. En el ejemplo expuesto, no se podría resolver por la primera causal del incumplimiento esencial (esto es, que el incumplimiento de que hablamos, las partes lo hayan estipulado expresamente o se desprende tácitamente), ya que C construyó la nave y la entregó dentro de plazo. Pero como no ajustó el sistema de seguridad, no la puede usar durante la exposición, privando al acreedor sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, es decir, guardar objetos de valor durante la exposición, concediéndose entonces la facultad resolutoria más por las consecuencias del incumplimiento que por la gravedad del mismo.

⁵⁷ Recordar, para un mayor análisis, ver MEJÍAS ALONSO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing Chile, Julio de 2011. 312 p.

cualquier incumplimiento. Pero como ya vimos, en nuestro Código Civil existen normas para dar a la exigencia de incumplimiento con cierta entidad para resolver el contrato.⁵⁸

Retomando la idea, agrega los PECL, si el incumplimiento es previsible, es decir, aquel en virtud del cual aún no se ha producido, se equipara al incumplimiento esencial. Esto significa, estando vigente el contrato, el deudor aún niquiera está en mora de cumplir con sus obligaciones, pero su incumplimiento resulta inminente. Así lo expresa el artículo 9:304 PECL, que constituye lo que se denomina como resolución por incumplimiento anticipado. En este caso el acreedor en vez de esperar a que termine el plazo estipulado en el contrato sin el debido cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, puede resolverlo antes, si el incumplimiento, como se dijo, es previsible y además esencial.

También, si una de las partes, no ha cumplido, debiendo la otra cumplir, ésta última, puede suspender el cumplimiento de su propia prestación, como lo dice el art. 9:201 PECL.⁵⁹ Estas últimas normas (resolución por anticipación y suspensión de prestaciones), se podrían aplicar en Chile, para no hacer exigible el requisito de la acción resolutoria consistente en que el acreedor haya cumplido o esté llano hacerlo. Esto porque, el deudor no podría oponer excepción de cumplimiento, ya que una disposición legal, le permitiría al acreedor suspender la ejecución de su

⁵⁸ A pesar de lo dicho, y del citado artículo 1.489 del Código Civil, la doctrina y jurisprudencia nacional hoy en día entiende que no cualquier incumplimiento es requisito para la procedencia de la acción resolutoria, como no nos cansaremos de manifestarlo. Recordemos a Vidal Olivares, que como dijimos, pretende dar una interpretación amplia al artículo 1.926 del C.C. sobre contrato de arrendamiento. Como dijimos en su oportunidad, si por causa del retardo disminuye notablemente la utilidad del contrato, por deterioro de la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, puede el arrendatario *desistir* del contrato (que vendría siendo una resolución); Esto es muy parecido a la norma de incumplimiento esencial de los PECL (en específico el artículo 8:103 letra b de los PECL) y del art. 25 de la Convención de Viena que luego veremos; porque si el arrendatario puede terminar el contrato porque disminuyó notablemente su utilidad, no es otra cosa que decir que el incumplimiento lo está privando sustancialmente de lo que legítimamente podía esperar del contrato. Con esta comparación, no puede quedar más claro la tesis que propugna parte de la doctrina de incumplimiento resolutorio. Ver más en VIDAL OLIVARES, Álvaro R., *El incumplimiento resolutorio en el código civil, condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*, Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Universidad Diego Portales, Legal Publishing, p. 355 y ss.

⁵⁹ Artículo 9:201 PECL: "*Derecho a suspender la ejecución de la prestación.*

(1) *La parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias.*

(2) *Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma.*

propia prestación, y si resulta inminente el incumplimiento, le daría derecho a resolver el contrato aún antes de terminado el plazo para su ejecución.⁶⁰

2°) Retraso

El otro caso de incumplimiento que según los PECL se puede resolver el contrato, es el de retraso de una de las obligaciones de éste (art. 9:301 N° 2). Para que en virtud del retraso se pueda resolver el contrato, no es necesario que el incumplimiento sea esencial, porque si es así se resolverá de acuerdo a las normas recién expuestas. Por consiguiente, en caso de retraso, hay que observar las siguientes consideraciones (art. 8:106 N° 3):

- Al deudor se le debe otorgar un plazo razonable para poder cumplir. En este caso los PECL no deja de lado la situación del deudor, que frente a un retraso que se dio por cualquier eventualidad, pueda evitar una posible resolución cumpliendo dentro de éste plazo razonable.⁶¹ Si incumple luego de este plazo, se podrá resolver el contrato en cuestión, o se resolverá automáticamente si así lo señaló el acreedor en su notificación.
- EL retraso a que se refiere los PECL, no es cualquiera, sino dice relación con la falta de cumplimiento, más específicamente con la falta de entrega, y no por entrega defectuosa (como lo concibe de igual manera la Convención de Viena de 1.980 sobre compraventa internacional de mercaderías, de la cual es su antecesor e inspirador jurídico inmediato). Aquí estamos en presencia en que no cualquier incumplimiento que cause retraso en la obligación supone la resolución del contrato, sino se refiere a uno que debió realizarse conforme a lo establecido en el contrato, específicamente a la falta de entrega. En caso de

⁶⁰ Con estas normas, mediante una modificación legislativa, se evitaría la discusión del requisito de la mora purga la mora. Si bien es cierto, que parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que éste es un requisito para la indemnización de perjuicios (art. 1552 C.C.) y no para la resolución, aun así, existen fallos que exigen al acreedor para solicitar la resolución cumplir su propia obligación o esté llano a hacerlo.

⁶¹ En el mismo sentido, el art. 63 Borrador del Anteproyecto de la Ley de Modificación del Código de Comercio Español en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad: *“los contratos mercantiles la parte que no haya cumplido su prestación en el plazo establecido, o lo haya hecho defectuosamente, siempre que ello no implique un incumplimiento esencial del contrato, podrá subsanar a su costa el incumplimiento si lo hace en plazo razonable”*.

entrega defectuosa, para resolver el contrato, ha de estarse si tal incumplimiento es esencial conforme a las normas anteriores, o concederle un plazo razonable para que el deudor cumpla de manera idónea. Pero, sin perjuicio de lo último, como en la resolución operan criterios objetivos, no habiendo el deudor entregado o cumplido la obligación en tiempo oportuno, éste carece de justificación para oponerse a una eventual resolución. Los motivos del retraso son indiferentes.

- Como se dijo, el acreedor debe notificar al deudor su intención de resolver el contrato. En este punto, difiere totalmente de la resolución concebida en nuestro ordenamiento jurídico, en la cual se debe ejercer judicialmente la acción resolutoria (salvo en aquellos caso en que opera de pleno derecho a través de un pacto comisorio calificado).
- En cuanto al ejercicio de la resolución, el acreedor tiene dos formas de efectuarla: puede en su notificación conceder un plazo razonable, señalándole que si no cumple dentro de éste tiempo, se producirá la resolución; o de antemano en su comunicación informar la resolución para ejercerla al final del plazo.
- El plazo razonable, es una cuestión de hecho, que entraría a resolver al juez en cada caso, según las dudas que surjan en su aplicación (como la resolución se ejercita mediante una comunicación extrajudicial, si el deudor no está de acuerdo con el plazo señalado por su acreedor para que cumpla, sería necesario recurrir al juez).

3°) Resolución parcial

La resolución parcial, ocurre en aquellos casos de cumplimientos fraccionables, dicho de manera muy simple, cuando el deudor cumplió solo una parte de la prestación, dejando de cumplir lo restante, o solo cumplió una u unas obligaciones incumpliendo las restantes. En estos casos se puede resolver el contrato en aquellas partes inconclusas, si el incumplimiento parcial resulta esencial. Así lo manifiesta el art. 9:302.

Pero si aquello que se dejó de cumplir, resulta ser esencial para todo el contrato, se puede resolver en su totalidad, justamente por la importancia que reviste aquella parte del contrato al acreedor, o por lo establecido por las partes, o por la falta de confianza que generó el incumplimiento parcial en el acreedor, a pesar que el deudor haya cumplido alguna partes de sus obligaciones.

Por consiguiente, para resolver el contrato en forma parcial hay que cumplir los siguientes requisitos:

- que existan prestaciones divisibles y además incumplimiento esencial que afecte solo a una parte de éstas prestaciones.
- correspondencia entre la prestación parcial que es afectada por el incumplimiento esencial y una parte de la contraprestación (el art. 9:302 dispone “...*respecto de la que pueda determinarse el porcentaje de contraprestación a que afecta dicho incumplimiento*”).

Ejemplo de casos de resolución parcial, son los de incumplimientos fraccionados que se conceden en el tiempo, como puede ser la entrega de determinadas de mercaderías cada quince días, y si hubo falta de entrega que constituye incumplimiento esencial, se resuelve sobre aquello, quedando vigente en lo demás el contrato para las entregas futuras.

4º) Ejercicio de la facultad resolutoria

En este tema, resulta particularmente interesante analizar, porque la forma en cómo se ejerce la resolución en los PECL, difiere de los modos en que debe realizarse según la legislación nacional. Como hemos dicho, se realizará en forma extrajudicial, sin necesidad de intervención del juez, mediante una notificación o declaración recepticia que efectúa el acreedor a su deudor, y que deberá ejercerla dentro de un plazo razonable. Así lo dispone el art. 9:303 N° 1. Resulta evidente la diferencia con lo establecido por nuestro Código Civil. La acción resolutoria concebida en el artículo 1.489 del Código Civil, se debe ejecutar provocando la actividad jurisdiccional del Estado a través de la correspondiente acción resolutoria en los tribunales competentes según los casos. Es el juez, en definitiva, quien examinado los requisitos de aquella, la declara mediante sentencia firme, y luego de esto produce los efectos propios de toda resolución, como lo es principalmente el de liberarse del contrato para poder obtener su ejecución en el mercado a través de un tercero, y que conllevará también la de efectuar las restituciones recíprocas entre las partes producto de la resolución. Salvo en aquellos casos en que las partes celebren pactos comisorios calificados, esto es, que la resolución opere de pleno derecho, no sería necesario el ejercicio de una acción resolutoria, como ya lo dejamos en claro.

Pero en cambio, en los PECL, la resolución es más sencilla y expedita. Porque no requiere demandar la resolución en los tribunales de justicia, sino como venimos diciendo, procede a través de la simple comunicación del acreedor al deudor de resolver el contrato. Notificación, que deberá ejercerla dentro de un plazo razonable. Esto último resulta lógico, ya que si pasa un largo espacio de tiempo sin que se haya efectuado el debido aviso, el deudor podría pensar que el acreedor está conforme con las prestaciones que hasta ese momento hubieren sido ejecutadas. Esta notificación, se deberá ejercer dentro de este término razonable, o si no perderá su derecho a ejercerla (art. 9:303 N° 2). Pérdida de la facultad resolutoria que se produce en caso de incumplimiento defectuoso o tardío. Pero si el incumplimiento es esencial, no tiene este plazo el acreedor para notificar.

En cuanto al ejercicio de la resolución en caso de retraso, tienen normas particulares, que ya acotamos anteriormente (el acreedor concede plazo señalándole al deudor que ejercerá la resolución al final del plazo, o que se producirá automáticamente sino cumple).⁶²

Además, en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, el contrato se resolverá automáticamente sin notificación al momento del impedimento, que debe ser total y permanente (art. 9:303 N° 4 en relación con el art. 8:108). Nótese lo novedoso. Para nuestro espectro reducido de la resolución, ya resulta llamativo el derecho que tiene el acreedor ejercerla sin necesidad de acción judicial. Y resulta aún más interesante, este caso expresamente regulado en los PECL, de resolución sin necesidad siquiera de declaración extrajudicial, en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Con esta norma, el deudor podría eximirse no solo de la indemnización de perjuicios, sino de las prestaciones mismas del contrato.

Sin perjuicios de lo novedoso de los PECL, hay que hacer algunos reparos. El ejercicio de la resolución quedaría al mero arbitrio del acreedor. Sería él, en definitiva, quien estaría evaluando cuando hubo incumplimiento, si este fue esencial o no, si le privó sustancialmente a lo que tenía derecho a esperar, o si le provocó una pérdida de confianza producto del incumplimiento. También estaría el propio acreedor imponiendo el plazo razonable que le concede al deudor para que cumpla. En estos casos, si el deudor no está de acuerdo, igualmente concurrirá a tribunales para que declare lo contrario. Las reglas expuestas, tratan de evitar un posible juicio con una declaración extrajudicial, pero igualmente se llegaría a uno, debiendo el juez resolver cada caso en particular. Los PECL, no señala que acción tiene el deudor para que el juez resuelva éstas situaciones. Antes de una modificación legislativa en este aspecto, habrá que también enfrentar

⁶² Además tener presente los señalado en el art. 9:303 N° 3 PECL:

“(a) Si llegado el vencimiento de la obligación no ha habido ofrecimiento de pago, la parte perjudicada no necesita comunicar que resuelve el contrato antes de que se produzca un ofrecimiento en tal sentido. Si posteriormente se produce un ofrecimiento, la parte perjudicada perderá su facultad resolutoria si no ejercita su acción comunicándolo en un plazo razonable desde que haya tenido noticia del ofrecimiento o hubiera debido tenerla.

(b) Sin embargo, si la parte perjudicada sabe o tiene motivos para saber que la otra parte todavía tiene intención de ofrecer el pago en un plazo razonable y así ocurre, aquélla perderá su derecho de resolución del contrato cuando sin motivo hubiera dejado de comunicar a la otra parte que ya no aceptaría el pago”.

todas estas situaciones y darle una solución práctica al respecto, como sería una posibilidad de responder esta comunicación el deudor, o concederle una acción judicial para que en definitiva el juez resuelva las prevenciones señaladas. Al final, estas soluciones conllevan a un futuro juicio. Es ahí donde la doctrina nacional debe plantearse si en estas normas de resolución extrajudicial deben primar el interés del acreedor o del deudor, o dicho de otra forma la protección del crédito o la preservación del contrato.

5°) Efectos de la resolución

Los PECL, obviamente también regula los efectos de la resolución, y es en este capítulo que queremos pronunciarnos por sus efectos, ya que lo que nos interesa son las nuevas tendencias, y tanto en los PECL como en la Convención de Viena, dan a la resolución un tratamiento distinto al de una condición como se concibe en Chile, sino como un remedio contractual más que posee el acreedor.⁶³ Específicamente en los PECL, brevemente apuntaremos líneas de sus efectos, los cuales son dos:

- Un primer efecto liberatorio, en razón a la pérdida de eficacia que afecta a la relación contractual. Liberarse del contrato es justamente lo que busca el acreedor, por la falta de cumplimiento en las obligaciones por parte del deudor, le provoca un desinterés en la continuación del contrato. De la serie de remedios contractuales que consagra los PECL, como el derecho al cumplimiento, la reducción del precio, o la indemnización de daños, el acreedor está en su derecho de resolver el contrato (de ahí de que se hable de “facultad resolutoria”) ya que no tiene interés en ejercer el cumplimiento de la prestación por un deudor que ya incumplió esencialmente o está en mora de hacerlo. Por eso puede preferir liberarse de ambas partes de las obligaciones y de recibir cumplimientos futuros, para pretender obtener aquello que esperaba en virtud del contrato, de la forma que estime más adecuada (generalmente celebrando otro contrato con un tercero). Resolución que es

⁶³ Para ver en detalle los efectos de la resolución en Chile, ver PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 446 y ss.

incompatible con el cumplimiento y la reducción del precio, pero que es perfectamente compatible con la indemnización de daños. Por tanto, según este efecto, el contrato pierde eficacia tanto de las obligaciones a cumplir como de recibir las prestaciones futuras.

- Y un segundo efecto restitutorio, que dice relación con devolver las prestaciones realizadas. No hay una regla general en los PECL en cuanto al efecto retroactivo. No necesariamente con la resolución se producirá la retroacción, porque en los PECL los efectos de la resolución se proyectan hacia el futuro, constituyendo una excepción, a como se concibe los efectos de la resolución en Chile, según las reglas generales de los artículos 1488, 1.490 y 1.491 del C.C. Por tanto, el efecto liberatorio de los contratantes se produce hacia el futuro, sin alterar las prestaciones ya realizadas. Este principio tiene algunas excepciones (aquí entonces entra en juego este segundo efecto restitutorio), en caso de bienes cuyo valor han disminuido; de la restitución de sumas de dineros; y restitución de bienes cuya devolución sea posible, consagradas en los arts. 9:306 a 9:309.⁶⁴ Ahondaremos un mayor análisis de los efectos de la resolución dentro del capítulo siguiente.

⁶⁴ Artículo 9:306 PECL. *“Bienes cuyo valor ha disminuido: La parte que resuelve un contrato puede devolver aquellos bienes que hubiera recibido de la otra parte con anterioridad cuando su valor para la primera parte se hubiera visto sensiblemente reducido como consecuencia del incumplimiento”.*

Artículo 9:307 PECL. *“Restitución de sumas de dinero: Al resolver el contrato, las partes tienen derecho a recuperar el dinero pagado por una prestación que no recibieron o que legítimamente se negaron a aceptar”.*

Artículo 9:308 PECL. *“Restitución de bienes: Al resolver el contrato, aquella parte que hubiera suministrado o entregado bienes cuya devolución sea posible y por los que no que no haya recibido pago u otra contraprestación, puede recuperar su propiedad”.*

B.- LA RESOLUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1.980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Luego de haber visto cómo es concebida la resolución en los principios de los derechos europeos de los contratos, conviene precisar en su antecesor jurídico inmediato, es decir, la Convención de Viena de 1.980 sobre compraventa internacional de mercaderías, que conforme al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son leyes de la república.⁶⁵ Esta Convención, tiene por objeto principalmente regular las compraventas de mercaderías entre partes que tengan su establecimiento en Estados diferentes (art. 1°). De estas normas, podemos obtener luces a lo que en esta investigación respecta: la resolución del contrato.

Las normas de la Convención, prevén hipótesis para que opere la resolución ya sea en caso de incumplimientos de las obligaciones del vendedor, como para el caso inverso, esto es, que el comprador no cumpla sus obligaciones contractuales en la forma debida, dejando la posibilidad tanto para el comprador como el vendedor de utilizar esta circunstancia como causa para declarar la resolución del contrato. No obstante, hay que señalar, que no cualquier incumplimiento autoriza a utilizar este remedio contractual. La resolución del contrato es considerada, más bien, una medida última ratio, por aplicación de los principios presentes de la convención: la conservación del contrato y la buena fe objetiva. Es por aquello que veremos los tipos de incumplimiento que autoriza el ejercicio de la resolución (1°). Como hemos abordado aspectos de la resolución en los PECL, nos limitaremos a hacer una referencia a la noción de no conformidad que plantea la Convención (2°); para luego hablar acerca del ejercicio de la resolución (3°); y efectuando un detalle más preciso en sus efectos (4°).

⁶⁵ La Convención fue suscrita por los Estados Partes el 11 de abril de 1.980, y ratificada por Chile mediante Decreto N° 544 del Ministerio de Relaciones Exteriores en fecha 05 de octubre de 1.990, entrando en vigencia el 01 de marzo de 1.991, con reserva en el artículo 96.

1º) Incumplimiento esencial

Ya dijimos que no todo incumplimiento es requisito para que opere la resolución, sino es necesario que éste sea esencial. Incumplimiento que opera cuando las obligaciones no fueron prestadas conforme al contrato. Así lo dispone el artículo 25 de la CVCIM,⁶⁶ que define cuando un incumplimiento tendrá este carácter: *“el incumplimiento del contrato de una de las partes será esencial cuando causa a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”*.⁶⁷ Resolución, que tiene derecho tanto el comprador, en caso que el vendedor no entregue las mercaderías conforme al contrato, o éste último, cuando el comprador no ha pagado el precio en la forma debida. Veamos cada caso.

El comprador según el artículo 49 N° 1 letra a),⁶⁸ podrá declarar resuelto el contrato si el incumplimiento del vendedor resulta esencial. Esto es, si la falta de entrega de las mercaderías, resultan esencial conforme a lo estipulado en el contrato (a lo que tenía derecho a esperar según el artículo 25). Así, la falta de entrega, un retardo o una entrega defectuosa pueden dar lugar a una resolución siempre y cuando se cumplan los requisitos para que estos incumplimientos sean esencial, pero un retraso insignificante o un simple incumplimiento no licencia al comprador para

⁶⁶ En adelante CVCIM por su abreviación es español, se referirá de esta manera a la Convención de Viena de 1.980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

⁶⁷ De la misma manera del art. 25 CVCIM, y el art. art. 8:103 PECL, los principios Unidroit establecen en el art. 7.3.1 el derecho a resolver el contrato, en caso de incumplimiento esencial de la siguiente forma:

“(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”. Vemos con los principios Unidroit, agregan otros supuestos de incumplimiento esencial.

Además, también prevé esta misma norma, la resolución en caso de retraso: *“(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5”*. Queda de manifiesto las similitudes que existen entre los principios Unidroit, la CVCIM, y los PECL.

⁶⁸ Artículo 49 CVCIM. 1) *“El comprador podrá declarar resuelto el contrato:*

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”.

dar por resuelto el contrato. Sin embargo, la Convención en el artículo 47 N° 1, consagra la posibilidad para que el comprador puede declarar resuelto el contrato cuando se le otorga un plazo suplementario de duración razonable al vendedor para la entrega de las mercaderías. Si no cumple el vendedor no cumple dentro de este plazo o declara que no efectuará la entrega dentro del término señalado, en este caso, sin ser esencial el incumplimiento, se puede resolver el contrato (art. 49 N° 1 letra b,⁶⁹ en relación con el artículo 47 N° 1). Es decir, luego de otorgado este plazo para que el vendedor pueda cumplir y no lo hace, la falta de entrega se equipara a incumplimiento resolutorio. Vemos en estas normas manifestaciones del principio de la conservación del negocio jurídico, como la protección del interés del deudor. Incluso, existiendo incumplimiento esencial, no ha lugar a la resolución, si el incumplimiento el deudor no lo hubiera razonablemente previsto.

En la vereda opuesta, el vendedor podrá declarar resuelto el contrato si el no pago constituye un incumplimiento esencial (art. 64 N° 1° letra a).⁷⁰ Será incumplimiento esencial en los términos del artículo 25. Hay que advertir, que la falta de pago generalmente no constituye un incumplimiento esencial, porque los errores de apreciación corren a riesgo del vendedor. Como la falta de pago, entonces, no constituye siempre un incumplimiento esencial (y por lo mismo no se podría declarar resuelto el contrato), el art. 63 N° 1 otorga al vendedor la posibilidad de liberarse del contrato a través de la resolución por medio de la concesión de un plazo suplementario para el pago. Por lo mismo, el vendedor podrá declarar resuelto el contrato si ha vencido aquel plazo suplementario otorgado al comprador sin haberse producido el pago, o bien cuando el comprador ha declarado en forma expresa su intención de no pagar en dicho término (art. 64 N° 1 letra b,⁷¹ en relación con el art. 63 N° 1).

⁶⁹ Artículo 49 CVCIM. 1) *“El comprador podrá declarar resuelto el contrato:*

b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado”.

⁷⁰ Artículo 64 CVCIM. 1) *“El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:*

a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”.

⁷¹ Artículo 64 CVCIM. 1) *“El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:*

b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado”.

Las reglas antes expuestas están previstas en diferentes capítulos en la Convención (tanto desde el punto de vista del comprador como del vendedor), pero se advierte desde ya la similitud en este aspecto para declarar la resolución, tanto desde el punto de vista del comprador como del vendedor.

Conviene recordar, que la facultad resolutoria, es uno de los tantos remedios que puede optar la parte que se ve infringida en sus derechos, así como el cumplimiento, la rebaja del precio o la indemnización por daños. Cuando se cumplan los requisitos para resolver el contrato o para optar por algún otro remedio, es necesario hacerlo dentro de un plazo razonable. Esto porque la Convención, opta por dar a la resolución el carácter de residual, al consagrar normas de pérdidas del derecho a resolver el contrato. En la misma idea, si el acreedor no comunica la resolución dentro de este término razonable conforme a las disposiciones de los art. 49 N° 2 y 64 N° 2, (plazo que las mismas partes podrían prever estipulando aquel tiempo, o en su defecto será labor del juez resolver en cada caso), no podrán resolver el contrato. Según las normas recién citadas, el acreedor perderá el derecho a resolver el contrato en caso de cumplimiento tardío, dentro de un plazo razonable, después de que tenga conocimiento de que se ha efectuado la entrega; o en caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío dentro de un plazo razonable: a) después de que el acreedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; b) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador o el vendedor que contempla el art. 47 N° 1 y el art. 63 N° 1 respectivamente, o después de que haya declarado el deudor que no cumplirá con las obligaciones dentro de ese plazo; c) y por último, sólo aplicable al comprador, después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al art. 48 N° 2,⁷² o después que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento. Volvemos a ilustrar reglas que se sitúan en beneficio del deudor y en pos del principio de la conservación del contrato.

⁷² Art. 48 CVCIM. 2) *“Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban”.*

En las hipótesis recién expuestas de la pérdida del derecho de resolver el contrato, cuenta con una particularidad especial, ya que los art. 47 N° 2 y 63 N° 2 señalan que estando pendiente este plazo razonable que se le concede al deudor para que cumpla con sus obligaciones, el acreedor no podrá ejercer ningún remedio contractual o ejercitar acción alguna por el cumplimiento del contrato, salvo que el deudor haya comunicado que no cumplirá dentro de éste término. Esta regla tiene una excepción, ya que no le priva al acreedor solicitar dentro del plazo mencionado, la indemnización de los daños y perjuicios por la demora en el cumplimiento.

También hay que agregar normas que contienen disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador (Capítulo V). Es así como el art. 72 CVCIM,⁷³ acota que si antes del vencimiento del plazo suplementario, resulta evidente que una de las partes no podrá asumir de manera alguna con sus obligaciones, la otra podrá declarar resuelto el contrato. Para lo anterior, es necesario que la falta de cumplimiento constituya un incumplimiento esencial. Lo último es lo que se denomina resolución por incumplimiento anticipado. En este caso, la resolución anticipada procede en forma directa, sin que el deudor tenga la posibilidad de evitarla. Pero si unas de las partes cree o teme razonablemente que la otra incurrirá en incumplimiento, la operativa es distinta, ya que la resolución procederá siempre y cuando el deudor no ofrece garantías suficientes de cumplimiento (art. 71 CVCIM)

Resumiendo, cada una de las partes, ya sea comprador o vendedor, podrá declarar resuelto el contrato por falta de cumplimiento conforme el contrato, cuando:

- El incumplimiento sea esencial (según el art. 25).
- Se le otorga un plazo al deudor para que cumpla y no lo hace o manifiesta que no lo hará dentro de éste término.

⁷³ Artículo 72 CVCIM.

"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".

- O cuando antes de la fecha de cumplimiento, fuera patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial.

Y por último, queda agregar, como así se dijo en el capítulo anterior sobre los principios europeos de los derechos de los contratos, se consigna la posibilidad de resolución parcial del contrato. El art. 51 N° 1 CVCIM señala que si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías, se podrá resolver sobre aquello que falte (si es esencial). Y si aquello que falta, es decir la parte que no se cumplió del contrato resulta esencial para todo el contrato, se podrá resolver en su totalidad (art. 51 N°2 CVCIM). Por lo tanto, es una regla que concede la facultad por resolución parcial al comprador.⁷⁴

2°) La falta de conformidad⁷⁵

Mención aparte merece lo que se entiende por falta de conformidad en la Convención de Viena. El artículo 36 N° 1 prescribe que *“el vendedor será responsable, conforme al contrato y la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta solo sea manifiesta después de ese momento”*. Deber que comprende la conformidad material como la jurídica. La primera, como se desprende del artículo 35 N° 1 de la CVCIM *“el vendedor deberá entregar mercaderías cuya entidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasados o embalados en la forma*

⁷⁴ De la misma manera como hemos ido reflejando, la propuesta de modernización del código civil español, consagra hipótesis similares para la procedencia de la resolución. Ejemplo de aquello es el artículo 1.999: *“cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida a su finalidad, haya de considerarse como esencial.*

La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte. Y también el artículo 1.200: *“En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad.*

También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto. La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones”.

⁷⁵ En este punto, seguimos lo dicho por el profesor Caprile, en CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error substancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad (Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y Directiva Europea 1999/44/CE)*. Estudios de Derecho Civil II, Código Civil y principios generales, nuevos problemas, nuevas soluciones, LexisNexis, 2007, párrafo N° 56 y ss., p. 629 y ss.

fijada en el contrato”, que dice relación a que la mercaderías serán conforme a lo que la partes expresaron en el contrato. Pero a falta de estipulación, la entrega de las mercaderías será conforme según los usos ordinarios de las cosas (letra a del párrafo 2° del art. 35) o según los usos especiales (letra b del párrafo 2° art. 35). La conformidad jurídica, según el art. 41 CVCIM dice más bien con la obligación del vendedor de transferir la o las cosas vendidas libre de cualesquiera derechos o pretensiones de terceros.⁷⁶ No bastaría entonces con entregar las mercaderías conforme al contrato, pues si bien éstas fueron entregadas según las cláusulas contractuales o según sus usos ordinarios o especiales, pero el vendedor no transfirió el dominio (ejemplo no era dueño de la mercaderías) o no la entregó libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, significa que esa entrega no fue conforme, es decir, incumplió la obligación, otorgando al comprador la facultad de ejercer algunos de los remedios contractuales consagrados por la Convención según el art. 45 (cumplimiento forzado en sus modalidades de sustitución o reparación, la resolución y la reducción del precio, además de la indemnización de perjuicios), pudiendo resolver el contrato si la falta de conformidad, constituye un incumplimiento esencial (art. 51 N° 2). Si la falta de conformidad es esencial solo en una parte del contrato, se podrá resolver sobre aquella parte en que no es conforme (art. 51 N° 1).

Desde el punto de vista de las obligaciones del comprador, éste también debe cumplir sus obligaciones conforme al contrato o a la Convención según lo expresa el art 61 N° 1. Si no las efectúa de esta forma, el mismo artículo consagra el derecho del vendedor de ejercer los remedios contractuales que ofrece la Convención, como por ejemplo, la resolución.⁷⁷

⁷⁶ Artículo 41 CVCIM. *“El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones”.*

⁷⁷ Muy similar al deber de conformidad que establece la Convención, es la doctrina española del *“aliud pro alio”* que ha ido acogiendo el Tribunal Supremo. La doctrina del aliud pro alio consiste en una ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no sólo cuando pone en poder y disposición del comprador un bien materialmente distinto al vendido (aspecto material), sino también cuando la cosa que se le entrega es absolutamente inútil para el fin al que se la destina (aspecto funcional), por carecer de las cualidades previstas en el contrato o presupuestadas por la partes al tiempo de su celebración. Entonces si el vendedor entrega la cosa objeto del contrato, podríamos decir que cumple con su obligación a pesar de padecer de vicios que lo hagan disfuncionalmente a los fines que se establecieron en el contrato. Pero para la doctrina en comento, ello no es así, significa que incumple, y como incumplimiento que es del vendedor, podría el comprador ampliar el espectro de sus remedios contractuales ejerciendo porque no, una resolución.

3°) Declaración extrajudicial

En la Convención de Viena, la resolución se realiza mediante una comunicación que efectúa el acreedor al deudor, como ya se dijo en el párrafo anterior sobre los principios europeos de los contratos, la cual la Convención es su antecesor jurídico inmediato. Por lo cual, hacemos referencia a lo antedicho. Sin perjuicio de lo último, cabe hacer presente, que la declaración extrajudicial, es otra muestra más del principio de la conservación del negocio jurídico. Porque conforme al artículo 26 CVCIM: *“la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte”*. No produce el efecto que opere de pleno derecho o *ipso facto* como lo contemplaba la Convención de La Haya de 1.964. Ahora es necesario, una notificación escrita o por cualquier otro medio de comunicación, produciendo sus efectos desde el momento mismo de la declaración. Si bajo la anterior Convención, se podía resolver de pleno derecho, es decir por el solo incumplimiento, y bajo la nueva, esto no es posible de realizar, significa la importancia de que el contrato siga produciendo sus efectos, es decir, manifestación del principio de la conservación del acto jurídico. Además, como hemos señalado, en caso de incumplimiento esencial, la declaración producirá efectos inmediatos desde su remisión. Pero si no es esencial, hay que otorgar un plazo razonable para que pueda cumplir el deudor, y esperar éste para resolver el contrato (salvo en caso que el deudor declara que no cumplirá).

La competencia de los tribunales de justicia quedará sometida a los posibles conflictos entre las partes según las normas de su derecho interno y del derecho internacional privado. Así por ejemplo, podrán los jueces resolver acerca si el incumplimiento es esencial o no, si el plazo concedido es razonable o no, sobre la transferencia del riesgo, la excesiva onerosidad, o para hacer cumplir los efectos propios de la resolución, entre otros. Pero no le corresponderá declarar la resolución, ya que esta se efectúa por una simple comunicación entre las partes. Como hemos venido reflejando, en Chile no ocurre lo mismo, ya que se requiere el ejercicio de una acción resolutoria. Someter la resolución a una declaración judicial es impedir su ejecución en forma oportuna. Lo retardatario y dilatorio que puede llegar a hacer un procedimiento judicial hacen estancar transacciones que se efectúan en el mercado impidiendo el normal desarrollo de la

economía. Es por esto, que es dable que las partes en las mismas estipulaciones contractuales, prevean esta forma de resolución (principio de la autonomía de la voluntad) o mejor aún, una modificación legislativa al respecto, sería pertinente para así seguir las nuevas tendencias comparadas que hemos expuesto. Sin perjuicio de lo último, hacemos alcance de las prevenciones ya realizadas en el párrafo anterior.

4°) Efectos

La Convención de Viena, regula los efectos de la resolución en los arts. 81 y siguientes, dentro del capítulo quinto que establece disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador. La Convención establece de manera general el efecto liberatorio hacia el futuro de las obligaciones de las partes emanadas del contrato. Además, prevé los casos en que las partes hayan cumplido partes de las obligaciones antes de efectuarse la resolución. Veamos uno y otro caso.

- Efecto Liberatorio: el art. 81 N° 1 dispone: *“La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida”*. Esto significa, que la norma consagra que el hecho de resolver el contrato, ocasiona la extinción de las obligaciones de ambas partes. Tanto el acreedor como el deudor desde que se ejercita la resolución, quedan dispensados de cumplir hacia el futuro con sus obligaciones. Recordemos, la resolución se ejercita mediante la correspondiente comunicación (art. 26). Estamos entonces, en presencia, de un efecto liberatorio como regla general, que se produce entre las partes, no afectando las prestaciones ya cumplidas, salvo el deber de restitución. En cuanto a las relaciones con terceras personas, en principio, la resolución tampoco les afecta. Y decimos en principio, porque en esta materia, la resolución se rige por las normas del derecho interno. Es así, como en Chile o en los derechos continentales, está presente el problema de la retroactividad de la resolución (*ex tunc*), en el cual, el efecto hacia el pasado implica que las partes, por una ficción legal, se deben colocar en un estado de cosas, en la situación misma que se encontraban como si el contrato nunca hubiera existido. El efecto hacia el futuro, se

produce en aquellas obligaciones de trato sucesivo o de ejecución duradera en la cual la resolución toma el nombre de terminación, por la imposibilidad de las partes de volver al estado anterior. No sucede lo mismo en el Common Law, donde los efectos son hacia el futuro (*ex nunc*). Por lo tanto en Chile, toman importancia en esta materia los arts. 1.490 y 1.491, donde es muy importante la buena o mala fe del tercero para saber si la resolución les afecta o no.

El efecto retroactivo de la resolución, consagrado en Chile, no puede ser aplicado en su exactitud, pretendiendo borrar bajo todo respecto lo que alguna vez existió, es decir, una relación contractual entre las partes. Es así, a pesar que las partes deben situarse en un estado anterior como si el contrato nunca hubiera existido, no se puede desconocer la ocurrencia de hechos en el tiempo intermedio, que dan lugar a derechos que podrían solicitar las partes. Así es, por ejemplo, si el comprador, además de la resolución, quiere demandar los daños y perjuicios por la falta de entrega de las mercaderías por parte del vendedor, no podría hacerlo, si se entiende que el contrato nunca ha existido. Por esto mismo, el artículo comentado (art. 81), deja a salvo a las partes la facultad de demandar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación. Y esto es plenamente concordante con nuestra resolución, ya que el art. 1.489 del Código Civil, hacen plenamente compatibles ambos remedios. No ocurre lo mismo en Alemania, en que el BGB⁷⁸ hace incompatibles la resolución con la indemnización por daños. Además el art. 81 prevé otras dos situaciones: “...la resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución”. Manifestación del efecto liberatorio hacia el futuro, presente en la Convención, que deja a salvo las estipulaciones del contrato sobre solución de controversias (como cláusulas de arbitrajes o negociación), o las que regulen los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución (como cláusulas penales, de evaluación del daño, o de limitación o exoneración de responsabilidad).

⁷⁸ Sigla referente al *Bürgerliches Gesetzbuch*, el Código Civil Alemán.

- Efecto restitutorio: el segundo efecto de la resolución en la Convención, es el efecto restitutorio, que ocurre cuando las partes han cumplido en todo o parte las obligaciones emanadas de las cláusulas contractuales. Lo consagra el art. 81 N° 2 CVCIM, que señala que *“la parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente”*. Como venimos diciendo, el efecto liberatorio, que ocurre hacia el futuro y que deja a salvo las prestaciones ya ejecutadas, constituye la regla general. Sin embargo, la resolución, de igual manera produce efectos hacia el pasado, en el caso que las partes hayan cumplido algunas o todas sus obligaciones antes de ejercitarse la resolución. Igual que el efecto anterior, la Convención, frente a los problemas que pueda enfrentarse, se remite al derecho interno. En Chile, como dijimos, se aplican los arts. 1.490 y 1.491 del Código Civil. Es así, si el comprador, producto de la resolución, tiene que restituir la cosa comprada al vendedor, bajo las normas de nuestra legislación, el vendedor ejercerá una acción resolutoria, para que recién se le declare su derecho, y consiguientemente con aquello, se le restituya la cosa vendida. En cambio, bajo el amparo de una compraventa internacional, solo comunicará la resolución al comprador, y luego de esto, debería ejercer una acción de restitución (por la referencia a las reglas de derecho interno), ya que la acción resolutoria sería innecesaria. Vemos otra vez, como las normas de la CVCIM hacen más expedito el camino hacia la resolución. Nada obsta a que las mismas partes establezcan en estipulaciones contractuales, acuerdos en materia de restitución. El artículo citado, además señala, que si ambas partes han suministrado o pagado conforme al contrato (en cumplimiento de lo convenido), es decir, ambas están obligadas a realizar las restituciones correspondientes, éstas se efectuarán simultáneamente. Tanto el comprador deberá restituir la cosa comprada, como el vendedor el precio por la cosa vendida.

Los efectos de la resolución, reconoce una limitación general a todas las hipótesis de resolución. Así lo establece el artículo 82 de la Convención: *“el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido”*. Norma en protección al interés del deudor, en este caso, el vendedor. Sin perjuicio de esto, el comprador no es privado del derecho a ejercer otras acciones (art. 83). Hay excepciones señaladas en el párrafo segundo de la misma norma.⁷⁹ Y por último el art. 84 se coloca situaciones específicas de restitución. Así si el vendedor está obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago. Y por el otro lado, el comprador deberá abonar el importe de todos los beneficios que haya obtenido de toda o una parte de las mercaderías, en los casos en que deba restituirla, como cuando le sea imposible restituirla; o restituirla en una estado idéntico a aquel que las hubiera recibido; o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.

Para concluir, vemos de manifiesto en los PECL y la CVCIM una forma distinta de operar la resolución de lo que conocemos en Chile. Establecer expresamente causales de incumplimiento esencial, significa que no basta cualquier tipo de incumplimiento para que opere la resolución.

Resumiendo, el incumplimiento esencial será de esta índole según lo establecido en el contrato, o cuando prive sustancialmente al acreedor a lo que tenía derecho esperar en virtud del contrato, y cuando el no cumplimiento intencional del deudor provoque una desconfianza al acreedor en querer continuar con la ejecución del contrato. Fuera de estos casos, no se puede declarar resuelto el contrato, a no ser que se le otorgue un plazo razonable al deudor para que

⁷⁹ Art. 82 CVCIM. 2) *“El párrafo precedente no se aplicará:*

a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste;

b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38; o

c) si el comprador, antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal”.

cumpla. Serán en caso de retrasos, o cumplimientos defectuosos. O conforme a la Convención de Viena, si las obligaciones no fueron cumplidas conforme al contrato, da derecho a resolverlo.

Además estos ordenamientos, consagra la posibilidad de resolución parcial, la resolución por incumplimiento anticipado, o la resolución automática por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Lo más interesante, es la forma en que debe ejercerse, ya que no requiere una declaración judicial, bastando una comunicación del acreedor al deudor. Si se incluye una modificación legislativa en este punto, transformaría este remedio contractual en más eficaz, al evitar los a veces largos y dilatorios procedimientos judiciales. Enmienda legislativa, que debe colocarse en aquellos aspectos que no lo hacen los PECL y la CVCIM, como la posibilidad del deudor de alegar hechos diferentes a lo señalado por el acreedor en su comunicación. Es así como proponemos que el deudor comunique sus prevenciones al acreedor o que se le conceda una acción judicial en este sentido.

Y es más, establecen los efectos de la resolución, uno en el cual las partes quedan liberadas de efectuar prestaciones hacia el futuro, como regla general, y otro, y siempre cuando las partes hayan cumplido en todo o en parte sus obligaciones, consagran el efecto restitutorio.

CONCLUSIONES

Nos hemos dado cuenta a lo largo de la investigación las nuevas tendencias en acción resolutoria, tanto lo dicho por la doctrina nacional como lo visto en el derecho comparado. Quedó en claro, los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción resolutoria, como el incumplimiento resolutorio, su aplicación más allá de los contratos bilaterales, la eliminación del requisito de la mora purga la mora, como entre otras cosas analizadas. Además, profundizamos sobre instituciones interesantes del derecho europeo de los contratos y de la Convención de Viena de 1.980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, como la resolución por incumplimiento anticipado, o la declaración de la resolución en forma extrajudicial. Ahora es dable relacionar toda la información proporcionada, y establecer si estas nuevas visiones son susceptibles de aplicarse en Chile; o y si será necesario modificación legislativa al respecto. Veamos a continuación las conclusiones de esta investigación:

1°. La resolución, tratada como una condición resolutoria tácita, envuelta en todo contrato bilateral en caso de no cumplimiento por unas de las partes lo pactado, en la actualidad, no debiese ser concebida de tal manera. La resolución tiene que ser considerada, como unos de los tantos remedios contractuales que posee el acreedor para satisfacer su crédito. Así como el acreedor tiene el cumplimiento forzado, la indemnización de perjuicios, la nulidad, la acción pauliana, la acción subrogatoria, las acciones emanadas del derecho de consumo, la prescripción, en fin; debe poseer además la acción resolutoria, es decir, una acción con el objeto de liberarse de la obligación con su deudor y cumplir la prestación correspondiente a través de las diversas maneras que le ofrece el mercado, por los legítimos derechos del acreedor para no preferir la ejecución forzada u otras.

2°. La resolución debe ser tratada por ende, dentro de los efectos de las obligaciones, no como hoy se concibe dentro del título IV del Libro Cuarto del Código "*De las obligaciones condicionales y modales*". No es necesario un artículo 1.489 poniéndose en el evento de una condición de no cumplirse lo pactado para que proceda la resolución. Sino un artículo preciso, que consagre la acción de resolutoria cuando exista incumplimiento que amerite el ejercicio de la resolución, para

que en su ejecución, no se apliquen las normas sobre los efectos de las condiciones. Así para regular de mejor forma los efectos de la resolución: una regla general, consagrando un efecto liberatorio entre las partes hacia el futuro, y como excepción el efecto retroactivo cuando las partes han ejecutado partes de sus prestaciones. Se debe mantener además, la regulación que hace el código acerca de la condición ordinaria, como aplicar el pacto comisorio tanto simple como calificado, no solo en el caso de específico de la obligación de pagar el precio en el contrato de compraventa, sino también para la obligación del vendedor de entrega de la cosa, como a otros contratos.

3°. Sin embargo de considerar a la resolución como unas de las tantas vías que tiene el acreedor para satisfacer su interés, su procedencia debe ser residual, es decir, deben preferirse otros remedios contractuales antes de la resolución. Esto, porque en el ejercicio de la resolución convergen dos intereses contrapuestos, uno el del acreedor de satisfacer su crédito; y otro el de la conservación del contrato que implica la continuación del tráfico de bienes y/o de la prestación de servicios. Es decir, la resolución debe preferirse por ejemplo al cumplimiento forzado, solo cuando realmente éste, u otro remedio contractual no satisfaga las pretensiones que busca obtener el acreedor. Para esto, será necesario establecer causales de incumplimiento resolutorio.

4°. La resolución requiere la procedencia de determinados requisitos para su ejercicio. Requisitos clásicos que deben reconsiderarse hoy en día para establecer cuáles son realmente los necesarios para su aplicación. En cuanto al incumplimiento resolutorio, debe quedar enérgicamente claro que en la actualidad, no todo incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato, es prepuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. Así lo ha dicho la doctrina nacional, la jurisprudencia, y como también se ha regulado expresamente en el derecho comparado.

- 4° a. La doctrina nacional moderna, encabezada principalmente por Vidal Olivares, Mejías Alonso, Peñailillo Arévalo, entre otros, han elaborado esfuerzos para conceptualizar cuando estamos frente a un incumplimiento resolutorio. Así, dando una relectura a normas de nuestro Código Civil, llegan a la conclusión que no siempre un incumplimiento es causal de la acción resolutoria, sino es necesario que deba revestir una cierta entidad o gravedad.

Se desprenden de los artículos 1.926 y 1.928 en arrendamiento; los artículos 1.868 y 1.858 en compraventa; o el artículo 1.590, que se refiere al incumplimiento imperfecto de una obligación de dar una cosa específica, imputable al deudor; entre otras normas. Si ya del redactor (del año 1.855), se desprendían estas hipótesis de limitar la resolución, hoy en día no cabe duda que debemos seguir la misma idea.

- 4° b. Se relacionan estas reglas del Código Civil, con las causales expresas de incumplimiento esencial del derecho comparado, como el artículo 25 de la Convención de Viena de 1.980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y el artículo 8:103 de los Principios Europeos de los Contratos. De complementar estas normas, llegamos a la conclusión que un incumplimiento será esencial principalmente cuando: las partes lo hayan previsto expresamente en el contrato, o se desprende tácitamente de él; cuando prive sustancialmente al acreedor lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato; y también cuando el incumplimiento intencional del deudor provoque una desconfianza al acreedor en el cumplimiento de las prestaciones futuras. Además, se podrá resolver el contrato según estos ordenamientos jurídicos en caso de incumplimiento parcial (resolución parcial), de incumplimiento previsible (resolución por incumplimiento anticipado) o también en caso de falta de conformidad como ya lo vimos, o también cuando se le otorgue un plazo al deudor para que cumpla y no lo hace dentro de éste término.
- 4° c. Sin perjuicio de lo dicho en la doctrinal nacional, es conveniente regular expresamente estas causales de incumplimiento resolutorio, como lo hacen los principios de derechos europeos o la Convención de Viena. Mediante un precepto legal, darán seguridad a las partes para saber cuándo realmente un incumplimiento tendrá el carácter esencial que permita el ejercicio de la resolución.

5°. Otra arista del incumplimiento, es que este debe ser objetivo. No debe quedar duda alguna que la imputabilidad no debe exigirse en resolución. Que el incumplimiento se deba a dolo o culpa del

deudor es requisito de la indemnización de perjuicios por regla general, pero no de la acción resolutoria, porque el artículo 1.489 no lo menciona, como lo indicamos en su oportunidad.

6°. Siguiendo en los requisitos, la resolución no es solo aplicable a los contratos bilaterales según el tenor del artículo 1.489, sino también hay que extenderlo a los contratos unilaterales, los sinalagmáticos imperfectos, los contratos relacionados, entre otros. No hay razón alguna de limitar este remedio contractual del acreedor. El problema es que bajo el artículo 1.489, solo procedería en contratos bilaterales. Podemos apreciar, que el por el solo tenor literal del artículo 1.489 restringe el ejercicio de la resolución a los contratos bilaterales, por lo que es necesario modificación legislativa al respecto para ampliarlo a otros contratos..

7°. Ya está claro que debe eliminarse el requisito de la mora purga a la mora. No es necesario para la aplicación de la resolución que el acreedor haya cumplido o esté llano hacerlo. Esto es requisito de la indemnización de perjuicios, porque el artículo 1.552 lo concibe solo para ésta última; y enseguida, porque el artículo 1.489 no lo menciona para la resolución. Por lo mismo, procede la resolución en casos de incumplimientos recíprocos.

8°. Además, si el acreedor decide ejercer la resolución, el deudor no la puede enervar con las excepciones anómalas del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil. Si el acreedor decide ejercer este remedio contractual, el deudor debe respetarlo. La excepción de pago que se funde en un antecedente escrito es solo para el caso que la obligación se haya cumplido de esta manera antes de la mora del deudor, pero no para después. Salvo el caso del artículo 1.879 para la obligación de pagar el precio que se puede enervar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda. Transcurrido este breve plazo, la resolución se resuelve de pleno derecho, sin necesidad de esperar la sentencia firme o ejecutoriada.

9°. También es necesario en Chile, demandar en los tribunales de justicia la resolución mediante la acción resolutoria. En el derecho comparado, esto no es obligatorio, ya que se realiza mediante una declaración que efectúa el acreedor al deudor por dar resuelto el contrato. Y vimos en normas del Código de Comercio en que se pueden ver casos de resolución extrajudicial, pero que no bastan para dar una regla general en esta materia. Podría ser una interesante forma de evitar el

juicio si la regulamos en Chile, pero para aquello hay que ponerse en todos los casos, ya que como dijimos, quedaría al solo arbitrio del acreedor establecer cuando hubo incumplimiento que exija resolución. Creemos que es conveniente insertar esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, pero sólo cuando las partes lo haya establecido expresamente, u otorgándole al deudor un plazo para que cumpla, bajo el apercibimiento que si no lo hace se entenderá resuelto el contrato. Sin perjuicio igualmente las partes podrán recurrir a la judicatura para resolver las controversias que se originen.

10°. Por lo tanto, debemos resolver las dudas que nos planteamos al comienzo. De los requisitos clásicos, dícese existencia de un contrato bilateral; incumplimiento; que el acreedor haya cumplido o este llano a hacerlo; y declaración extrajudicial; hay que reducirlo solo a dos. Como ya dijimos, se puede sostener hoy en día la aplicación de la resolución más allá de un contrato bilateral, y la mora purga la mora es cuestión de la indemnización de perjuicios. Por lo tanto los requisitos solo son dos, primero, es que estemos en presencia de incumplimiento resolutorio y objetivo; y segundo, se requiere declaración judicial. Incluso, con las nuevas tendencias en derecho extranjero, en que no es necesario el ejercicio de la acción, el presupuesto necesario es solo que exista incumplimiento esencial. Pero como aún existe jurisprudencia o doctrina que aplica los requisitos clásicos ya dichos, es conveniente, la recomendable modificación orgánica a este remedio contractual en el Código Civil.

Con esta breve investigación, hemos informado acerca de las nuevas tendencias en acción resolutoria, tanto en el derecho nacional como en el derecho extranjero. Estas nuevas visiones es lo que está latente hoy en día, lo que muchos autores han escrito, lo que debiese incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico. Del vago artículo 1.489, ha sido la doctrina la que ha tenido que interpretarlo de una forma más conveniente a las necesidades de nuestra economía, o ha sido la jurisprudencia que la ha canalizado mediante la equidad natural. Con una regulación orgánica y detalla en el Código se solucionan los problemas. Porque claramente, la resolución debe ser aplicaba como otro remedio contractual más del acreedor, y no como una simple condición resolutoria tácita; y por lo mismo, incorporar las instituciones de incumplimiento resolutorio,

resolución extrajudicial, la resolución parcial, la resolución por incumplimiento anticipado como otras vistas, mejoraría notablemente el panorama del acreedor para satisfacer su legítimo derecho al crédito, ejerciendo una resolución, que no lo obtiene con las normas que hoy en día existen en el Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo I, cuarta edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. 528 p. ISBN: 9561013525.

AGUAD DEIK, Alejandra, *Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria*, Revista Chilena de Derecho Privado N° 6, 03 de julio de 2006. p. 9-28. ISSN: 0718-0233.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, N° 3, Septiembre - Diciembre 2004. p. 565-573. ISSN: 0716-0747.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Resolución, pacto comisorio y excepción de pago*, Mercurio Legal, 04 de julio de 2014.

BURGHARD PILTZ, *Compraventa internacional: Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 1998. 194 p. ISBN: 9505085044.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimientos recíprocos de los contratantes*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 39, Julio de 2012. p. 29-49. ISSN: 0716-0747

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error substancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad (Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y Directiva Europea 1999/44/CE)*. Estudios de Derecho Civil II, Código Civil y principios generales, nuevos problemas, nuevas soluciones, LexisNexis, 2007, p. 629 y ss.

CONTADOR GONZÁLEZ, Juan Ignacio, *La resolución por anticipación o por incumplimiento previsible. intento de construcción a partir de los artículos 1826 del código civil y 147 del código de comercio*, Estudios de Derecho Civil VIII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, pp. 267-281.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *¿Puede el deudor enervar la acción resolutoria pagando durante el juicio?*, Mercurio Legal, 06 de junio de 2014.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *La resolución ya no es lo que era*, Mercurio Legal, 09 de enero de 2014.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, ROCA TRIAS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Los principios del derecho europeo de los contratos*, 1º edición, Madrid, Editorial Civitas S.A., 529 p. ISBN: 844701780X.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La compraventa internacional de mercaderías, comentario de la Convención de Viena*, 1º edición, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990, 768 p. ISBN: 978-84-470-1001-1.

FENOY PICÓN, Nieves, *La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión general de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*, Anuario de Derecho Civil - Núm. LXIV-IV, Octubre 2011, p. 1481-1684; y en Iñigo de la Maza Gazmuri, *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis jurídico, colección de Derecho privado, VII, ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, p.107-170.

MEJÍAS ALONSO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing Chile, Julio de 2011, p. 312. ISBN: 9789563460384.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Algunas reformas a la resolución por incumplimiento*, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N^os 231-231 año LXXX, Enero-junio, julio-diciembre 2012, p. 7-60. ISSN: 0303-9986.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La Reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno*, Revista de Derecho Universidad de Concepción N°s 225-226, 2009, p. 7-44. ISSN: 0303-9986.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 502 p. ISBN: 9561015110.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del "código civil" sobre incumplimiento*, El Código Civil de Chile (1855-2005) trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación, Santiago, 3 al 6 de octubre de 2005, Santiago, Editorial, 2007, p. 44.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento resolutorio en el código civil, condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*, Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008. Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Universidad Diego Portales, Legal Publishing, p. 347-368.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 16, julio de 2011, p. 243-304. ISSN: 0718-0233.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 32, 2009, Semestre I, pp. 221-258. ISSN: 0716-1883.

VIGURI PEREA, Agustín, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convención de Viena)*, Madrid, Editorial Colegio de Registradores, Centros de Estudios. 302 p. ISBN: 9788496782013.