



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Vidal Olivares, Álvaro R.

La noción de incumplimiento esencial en el "código civil"

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXII, 2009, pp. 221-258

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613293006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://www.redalyc.org)

[redalyc.org](http://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN EL “CÓDIGO CIVIL”*

[“The Concept of Fundamental Breach of Contract in the “Civil Code””]

ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La procedencia de la resolución no se vincula necesariamente a los incumplimientos definitivos, sea por imposibilidad de la prestación o porque el interés del acreedor ha decaído a consecuencia del incumplimiento. Atendido el modelo de obligación, por regla general, cuando el acreedor resuelve, éste persigue la realización de su interés en naturaleza ya no del deudor, sino de un tercero. La infracción contractual que autoriza la resolución es el incumplimiento esencial: i) sea porque priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando ese resultado sea previsible para el deudor al tiempo de contratar; ii) sea

ABSTRACT

The merits of the resolution are not necessarily bound to definite breaches whether because the provision cannot be performed or because the creditor's interest has decreased due to the breach. In view of the obligation model, as a general rule, when the creditor resolves, he or she aims at carrying out his or her interest not as debtor, but in that of a third-party. The breach of the contract authorizing the resolution is the fundamental breach of contract: i) whether because it substantially prevents the creditor from what he or she had the right to expect under the contract, as long as that result can be foreseen by the debtor when undertaking the contract, ii) or because the creditor

* Trabajo elaborado en el marco de ejecución del Proyecto FONDECYT N° 1085264.

** Profesor Titular de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.vidal@ucv.cl; web. www.alvarovidal.cl.

porque el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento futuro de su deudor, atendida la conducta o actitud de este último; iii) sea por voluntad de las partes, ellas así lo acordaron concreta y específicamente.

PALABRAS CLAVE: Contrato – Resolución – Incumplimiento esencial.

does not have any reasons to trust the future compliance of his or her debtor, in view of his or her conduct or attitude; iii) or by will of the parties, they expressly and specifically agreed so.

KEYWORDS: Contract – Resolution – Fundamental breach of contract.

I. INTRODUCCIÓN

En las Jornadas de Derecho civil recién pasadas presenté una ponencia sobre las condiciones de procedencia de la resolución por inejecución, en esta ocasión profundizaré en una de ellas, la que determina la opción a favor del acreedor afectado y que justifica la resolución del contrato: el incumplimiento esencial del contrato¹.

La facultad resolutoria debe examinarse desde la perspectiva del interés del acreedor. Producido el incumplimiento de un contrato bilateral el acreedor tiene la facultad de resolver el contrato, facultad que a pesar de la ubicación de su régimen –el título de las obligaciones condicionales–, debe considerársela un remedio del acreedor afectado por el incumplimiento².

¹ La ponencia presentada se titula *El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento* y aparecerá publicada en *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, Legal Publishing, en prensa).

² El profesor Fueyo Laneri tempranamente abandona la idea de la condición resolutoria tácita y en su lugar considera a la resolución como una acción por incumplimiento de contrato. El autor expresa: “El derecho de resolución, que nace del incumplimiento, tiene vida y causa propias que lo distinguen substancialmente de la condición resolutoria tácita”. Y añade en otro sitio: “la acción resolutoria de artículo 1489 CC. –a pesar de sus términos– no nace de la voluntad sino de la ley, o, más exactamente, del diseño estatutario que la ley ha dispuesto para ciertas figuras contractuales”. FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* [actualizado por Figueroa Yáñez, Gonzalo] (Santiago, 2004)³, p. 314-315. Recientemente, Barros Bourie afirma que la resolución debe ser entendida como un remedio funcionalmente alternativo a la ejecución forzosa, porque es altamente probable que ante el incumplimiento del deudor prefiera poner término a la relación contractual en vez de persistir en el cumplimiento. Y en otro sitio asevera que la resolución es un remedio contractual que protege el interés del acreedor insatisfecho en no persistir en la relación contractual o como una especie de sanción al deudor incumplidor. BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de los remedios contractuales*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008), pp. 406-408, pp. 420-421. En otro sitio, afirmo que es más propio hablar de

Y entre los remedios de que dispone el acreedor esta facultad es la que le confiere una mayor protección al autorizarle a aniquilar el contrato dada la gravedad del incumplimiento reflejada en el impacto que produce en tal interés³.

Como apunta Clemente Meoro, el fundamento de la resolución por incumplimiento sólo cabe encontrarlo en su concepción como "medio de tutela frente a la inejecución (o defectuosa, o tardía ejecución) de la prestación. Ante el riesgo de pérdida de la contraprestación el ordenamiento faculta al contratante no incumplidor para desligarse de un vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía, de forma de que pueda acudir al mercado y buscar formas más adecuadas y convenientes para satisfacer sus intereses"⁴. La resolución permite al acreedor obtener la satisfacción de su interés, ya no del deudor incumplidor, sino del mercado⁵.

Si concurren las condiciones para que proceda la resolución, la opción de resolver el contrato pertenece al acreedor y la facultad resolutoria constituye un derecho meramente potestativo, esto sí, de ejercicio judicial, bastando la demanda de resolución para entender que el acreedor ha decidido resolver, al punto que sólo podrá rechazarse si el acreedor falla en acreditar tales condiciones. Por consiguiente, ejercitada que sea la facultad resolutoria, el pago posterior no tiene la virtud de enervar la acción resolutoria; ese pago es ineficaz, el acreedor ya se inclinó por la destrucción del negocio.

Adquiere especial relieve el supuesto de hecho de la resolución. Todos

facultad resolutoria y estimarla como uno de los remedios de que dispone el acreedor que le permite la satisfacción de su interés recurriendo al mercado. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del código civil sobre incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación* (Santiago, 2007), p. 532.

³ La Corte de Apelaciones de Talca en sentencia de 12 de noviembre de 1920, declara que debe decidirse la resolución del contrato, según sean las circunstancias de la causa y según la mayor o menor influencia de las obligaciones no cumplidas, que pueden hacer presumir que aún sin ellas se habría celebrado el contrato. Elgueta Ortiz sostiene que para decidir qué incumplimiento hace procedente la resolución debe precisarse si las obligaciones correlativas mantienen o no su presupuesto y conforme a ello si el contratante puede obtener el resultado previsto en la convención. ELGUETA ORTIZ, Augusto, *La resolución y el incumplimiento recíproco* (Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago, 1942), pp. 121-122.

⁴ CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia, 1998), p. 89.

⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II: *Las relaciones obligatorias* (6ª edición, Madrid, 2008), p. 817.

los remedios contractuales se articulan a partir del incumplimiento⁶, sin embargo hace falta fijar las condiciones particulares que, unidas al incumplimiento, autorizan la resolución del contrato y configuran su supuesto de hecho, que en este caso se reduce al incumplimiento esencial.

Se observa que el acreedor generalmente resuelve el contrato con el fin de desligarse de su deudor y así celebrar un negocio de reemplazo con un tercero y, excepcionalmente, lo hace porque se ha producido la definitiva insatisfacción de su interés, o porque ya no le resulta útil una posterior ejecución de la prestación, o su corrección, si se trata de un cumplimiento imperfecto. Sin embargo, la doctrina tiende a identificar el supuesto de la resolución con incumplimientos definitivos, sea por vencimiento de un término esencial, sea por imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor. Según esta posición, el acreedor resolvería, o porque aunque posible, la prestación ya no le interesa en lo absoluto, o porque el cumplimiento, independientemente de su interés, se ha hecho imposible⁷. Esta limitada visión de la resolución que restringe su ámbito obedece a que la doctrina, al examinar los efectos del incumplimiento, toma como modelo relevante el de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto —obligaciones con un objeto específico— que admiten una sola posibilidad de satisfacción, aquella proveniente del deudor; y las hipótesis de incumplimiento que maneja son, la falta de entrega, o la entrega tardía; tipología extraída de las normas sobre la pérdida de la cosa debida imputable al deudor⁸. Llama la atención la preterición del cumplimiento imperfecto, sobre todo si se considera que la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno al artículo 1489 CC. refiere precisamente a esta clase de incumplimiento; a

⁶ Existe cierto consenso en la moderna doctrina nacional que el incumplimiento constituye un elemento articulador de una serie de remedios entre los que el acreedor puede optar libremente. Entre ellos, la pretensión de cumplimiento, la resolución, la excepción de contrato no cumplido, la reducción del precio generalizada a los cumplimientos imperfectos y la indemnización de daños. Véase: PIZARRO WILSON, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008), pp. 397-398; BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 2), pp. 406-408; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de derecho civil III* (Santiago, 2008), pp. 430-435.

⁷ Con una visión más amplia, vinculando a la resolución con la pérdida de la confianza por parte del acreedor y con la idea de la subsistencia del interés del acreedor, véase: BARROS BOURIE, Enrique, cit. (n. 2).

⁸ Así se recoge en: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible*, cit. (n. 2), pp. 499 - 502. En este mismo sentido: PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 6), pp. 399-400.

supuestos en que hay una actividad del deudor, pero imperfecta, surgiendo la interrogante sobre la procedencia, o no, de la resolución⁹.

El modelo de obligación imperante en el tráfico difiere de aquél del codificador. En el tráfico actual prevalecen las obligaciones sinalagmáticas con objeto fungible —de dar o hacer— las que, por definición, admiten tantas posibilidades de satisfacción como las disponibles en el mercado. El desajuste denunciado lleva a revisar la noción de incumplimiento resolutorio, con especial atención a los casos de actividad imperfecta del deudor, y la misma finalidad de la resolución como remedio del acreedor.

Por esta razón interesa dilucidar el supuesto de procedencia de la resolución, que se reduce a que el deudor haya incurrido en un incumplimiento lo suficientemente grave como para justificar la aniquilación del contrato, al que he denominado en otros sitios "incumplimiento esencial", denominación que se mantiene. Se supera la exigencia de la imputabilidad o de otra forma, la improcedencia de la resolución cuando el incumplimiento se deba a un caso fortuito o de fuerza mayor; y también la necesidad de que el acreedor que resuelve haya cumplido o esté llano a cumplir con su parte en el contrato¹⁰. El caso fortuito o de fuerza mayor y el incumplimiento de la parte que pide la resolución inciden únicamente en la indemnización de daños y si se quiere, por vía de consecuencia, en la pretensión de cumplimiento específico.

⁹ Sobre el olvido por parte de la doctrina de los cumplimientos imperfectos: MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El incumplimiento contractual y sus modalidades*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008), pp. 476-477.

¹⁰ ELGUETA ORTIZ, Augusto, cit (n. 3), pp. 94-96. Para este autor la excepción de contrato no cumplido no justifica rechazar la acción resolutoria ante el incumplimiento mutuo, porque se impondría una exigencia impropia consistente en dejar la facultad de impetrar la resolución a la condición de haber cumplido las propias obligaciones. Somarriva acepta la resolución basándose en el principio de la equidad, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* (Santiago, 1939), p. 19. El profesor Peñailillo Arévalo estima que hay un vacío en el artículo 1489 y que debe resolverse en el sentido de admitir la resolución y agrega como fundamento el carácter temporal de la obligación PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones: teoría general y clasificaciones, la resolución por incumplimiento* (Santiago, 2003), pp. 414-415. La profesora Aguad Deik sostiene que la inexecución recíproca de las obligaciones impide o suspende el cumplimiento forzado y la indemnización de daños, no tiene, en cambio, la virtualidad de enervar la acción resolutoria. AGUAD DEIK, Alejandra, *Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6 (2006), p. 28. Con una posición más extrema, admitiendo incluso la ejecución forzada: ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, en *Actualidad Jurídica* 8 (2003), p. 84.

Entonces, es preciso dar claridad sobre la noción de incumplimiento esencial, que va más allá de los incumplimientos definitivos o de insatisfacción irreversible del interés del acreedor. La respuesta a la interrogante exige considerar tres de las ideas claves en que se apoya el derecho del incumplimiento contractual en su actual configuración: la comprensión del contrato; el modelo de obligación imperante en el tráfico; y la noción unitaria de incumplimiento.

Para este objeto el presente trabajo se divide en dos partes. En la primera me referiré a estas tres ideas claves y en la segunda, de una mayor extensión, al incumplimiento esencial que hace procedente la resolución. Terminaré con unas conclusiones.

II. TRES IDEAS CLAVES PARA LA COMPRENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN Y EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

En esta primera parte me limitaré a expresar las ideas claves que permiten una aproximación a la resolución desde la perspectiva de la protección del interés del acreedor y una adecuada fijación de su ámbito de aplicación, afectado por el incumplimiento. Tres son tales ideas: la comprensión del contrato; el modelo de obligación imperante en el tráfico; y la noción unitaria de incumplimiento.

1. *La comprensión del contrato.*

El contrato deja de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones (artículo 1438 CC.); hoy se impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes¹¹. Como apunta Morales Moreno, el contrato debe ser entendido no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio para organizar los particulares sus propios intereses¹². Efectivamente, el contrato, primero que

¹¹ Morales Moreno ha destacado que este enfoque realista es el único que permite rescatar el propio concepto de negocio jurídico de los peligros de una excesiva abstracción. MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, en EL MISMO, *Modernización del Derecho de obligaciones* (Madrid, 2006), pp. 323, 326 [antes publicado en *Anuario de Derecho Civil* 36 (1983) 4]. En Chile: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La construcción de la regla contractual en el Derecho civil de los contratos*, en *RDUCV*. 21 (2000), pp. 209-212; y recientemente: ALCALDE SILVA, Jaime, *La causa de la relación obligatoria*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008), pp. 342-358.

¹² *Ibíd.*

todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes¹³. Las partes, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que alcanzarán a través de la ejecución del contrato, propósito que interesa en la medida que se hubiere incorporado, explícita o implícitamente, a la regla contractual¹⁴. De este modo, se entiende que De Castro defina el negocio jurídico —el contrato entre nosotros— como “la declaración o acuerdo de voluntades, con la que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos”¹⁵.

El intérprete —juez o árbitro— al definir este propósito práctico lo conectará necesariamente con la causa ocasional, o concreta, del contrato y que la define el inciso segundo del artículo 1467 CC.¹⁶, ya no para medir la moralidad o legalidad del acto, sino sus efectos, principalmente, como se dirá, los derivados del incumplimiento¹⁷.

¹³ MESSINEO, Francesco, *Il contratto* II. *Diritto privato, teoria generale*, en *Ej.* (1968) IX, p. 813.

¹⁴ Para Federico DE CASTRO el propósito práctico que ha sido materia de consentimiento o se da por consentido permite desentrañar de mejor manera la voluntad de las partes, hace plausible los motivos que ellas han incorporado al contrato y que aspiran alcanzar o satisfacer con su cumplimiento fiel y oportuno. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (1985, reimp. Madrid, 2002), pp. 29, 228-229. El jurista vincula el propósito práctico con lo que él denomina causa concreta, de forma que la causa concreta es aquello que las partes persiguen conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico. En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *El concepto de causa en el negocio jurídico*, en *Anuario de Derecho Civil* 16 (1963) 1, p. 32.

¹⁵ MORALES MORENO, Antonio, Manuel, voz “Causa”, en *Enciclopedia Jurídica* 2 (1995).

¹⁶ Morales Moreno sostiene que la causa puede ser entendida en sentido subjetivo, siendo un instrumento para verificar la realización del fin del negocio al servicio de la autonomía de la voluntad. La efectiva realización de la causa subjetiva, aquellos motivos incorporados a la causa, dependerá unas veces de la conducta de alguna de las partes lo que permite aplicar a la falta de efectiva realización de la causa a la solución a los problemas de incumplimiento de deberes impuestos por el contrato, desplazándose el problema de falta de realización de la causa a los de incumplimiento. Cfr. MORALES MORENO, Antonio, Manuel, Voz “Causa”, cit. (n. 15), pp. 961-962.

¹⁷ Como afirma CAPITANT: “todo el que consiente en obligarse hacia otro, lo hace por la consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación. La obligación de quien contrae está siempre y necesariamente dominada por el deseo de alcanzar un fin que él ha previsto. Obligar sin tendencia a un fin es acto propio de locos”: CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux, legs* (1923, trad.cast. Madrid, 1930), p. 9. En Chile, para Alcalde Silva el artículo 1467 se refiere al motivo determinante de la voluntad contractual, a su razón

Al mismo tiempo, tal propósito práctico integrado al contrato permite al intérprete dibujar, para cada caso particular, el interés del acreedor, al que se le denomina “interés contractual” y que el contrato hace objeto de su protección.

En nuestra jurisprudencia se encuentran algunos fallos que recogen esta noción realista de contrato al atender a la finalidad o propósito de las partes al contratar, al definir los efectos del incumplimiento. Se destacan dos sentencias. En la primera, el tribunal, conociendo de una acción de resolución de una compraventa de derechos de aprovechamiento de aguas, resuelve: “La entrega legal del dominio o la posesión con la inscripción en el registro del conservador de bienes raíces, a nombre del adquirente, no es suficiente para transferir al comprador ambos derechos en toda su amplitud, pues la inscripción por sí sola, no realiza uno de los objetos principales que llevan al comprador a celebrar el contrato, cual es la de gozar la cosa comprada y disponer de ella. Por ello si el vendedor se limita simplemente a hacer la simple entrega legal de la cosa y no hace la material, no ha cumplido su obligación”¹⁸. Y, la segunda, se pronuncia sobre la terminación de un contrato de arrendamiento, en los términos que siguen: “de conformidad al contrato suscrito por las partes el destino del inmueble sería exclusivamente la instalación, manejo y desarrollo de un mini golf y sus instalaciones complementarias y adicionales relacionadas con la operación del negocio con sujeción estricta a los permisos y autorizaciones municipales u otras pertinentes que regulan la actividad de la arrendataria. Por tanto, esa es la finalidad que daría al predio, la cual tuvieron en vista las partes al momento de contratar, y siendo tal fin conocido y aceptado por ambos contratantes, se elevó a la categoría de elemento esencial del contrato celebrado por las partes”¹⁹. En este último fallo se reconoce importancia al

impulsante, en suma, al propósito perseguido por las partes al celebrar el negocio. Añade el autor que la expresión *m o t i v o* s empleada por el legislador debe entenderse como aquello que mueve o tiene eficacia o virtud de mover; o bien la razón que mueve para algo, lo que extrapolado al contrato designaría a la finalidad última que las partes quieren alcanzar o satisfacer con el contrato. ALCALDE SILVA, Jaime, cit. (n. 11), pp. 368-369. Sobre el respaldo histórico de esta forma de entender la expresión motivos del artículo 1467 CC., véase: Guzmán Brito, Alejandro, *La doctrina de la “consideration” en Blackstone y su relación con la “causa” del “ius commune”*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), p. 383; EL MISMO, *Causa del contrato, y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (2001), pp. 209-225.

¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 31 mayo 2005, en *Fallos del Mes* 533 (2005-2006), pp. 853-866.

¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, en www.LegalPublishing.cl N° 39372.

propósito práctico incorporado al contrato, en este caso, expresamente. Se volverá sobre esta sentencia más adelante.

Desde esta perspectiva, el fin del contrato²⁰ es la satisfacción del interés contractual del acreedor, que, como se dijo, precisamente se dibuja, caso a caso, a partir del propósito práctico incorporado al contrato. Tal fin se realizará naturalmente con la ejecución de la prestación prometida, siendo razonable sostener que la prestación idealmente prometida constituye el medio necesario para que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés.

Dentro de esta aproximación realista, el objeto del contrato que más interesa está representado por lo que debe ser o cómo debe ser (objeto ideal) por encima de aquél que se identifica con lo que es (objeto real). El acreedor alcanzará la satisfacción de su interés en la medida que el objeto real – la cosa o el hecho tal como es – coincida con el objeto ideal representado por el programa inicial de prestación.

Si no se da tal coincidencia, produciéndose la insatisfacción del interés acreedor, cobra importancia el contrato como regla, que hasta ese minuto había pasado desapercibida. Pasa a importar la ley del contrato del artículo 1545 CC., resultante de la realización de dos operaciones, la interpretación y la integración de la declaración de voluntad. La regla contractual así construida permitirá al juez, o árbitro, resolver el conflicto entre partes en torno al cumplimiento e incumplimiento. El artículo 1545 CC. es, al mismo tiempo, regla para el cumplimiento, como para el incumplimiento del contrato.

La concepción realista implica considerar el propósito práctico de las partes, fundamental para distinguir un contrato de otro según sean los efectos de su incumplimiento. Así, no es igual el incumplimiento que priva a un consumidor de las mercaderías que aquél que incide en el negocio de un comerciante; en ambos casos difiere el propósito práctico y, seguidamente, también, los efectos del incumplimiento; así, en un caso claramente procede la indemnización del lucro cesante y en el otro es improcedente. Podría afirmarse que si el contrato se cumple y el acreedor satisface su interés el propósito se desvanece al haberse alcanzado; sin embargo, si el deudor incumple tal propósito cobra toda su importancia al hacer posible medir los efectos que ese incumplimiento produce, modelando los remedios disponibles para el acreedor.

De lo explicado se extrae que la comprensión realista del contrato no excluye aquélla que le entiende como mero instrumento creador de efectos

²⁰ Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, "Prólogo" a ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato* (Madrid, 1968), pp.10 -11.

jurídicos, como una regla de conducta. Muy por el contrario, cuando surge un conflicto entre las partes la regla permite dirimirlo con justicia.

2. *El modelo de obligación imperante en el tráfico.*

A la época de emisión del *Código Civil*, el modelo de obligación imperante era la obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto, ello como una consecuencia de la realidad de la economía de ese tiempo. En tal modelo, la satisfacción del interés del acreedor, que es el fin del contrato según se ha explicado, se logra sólo con la entrega de esa especie y no otra, simplemente porque no la había. Esta circunstancia explica la preeminencia del cumplimiento específico como remedio primario y la indemnización como secundario, o la satisfacción se producía *in natura* o en equivalente, es que no había otra posibilidad²¹.

Sin embargo, hoy el tráfico tiene por objeto bienes en masa constitutivos de géneros cada vez más diversificados; y, también, nuevos servicios determinantes para pasar del sector industrial al sector terciario. Estos bienes y servicios son, por regla general, fungibles²². No quiere decir que las obligaciones con objeto específico hayan desaparecido; ellas subsisten; sin embargo, son cada vez más escasas.

Hay un desajuste entre el fenómeno del tráfico actual y las normas dispositivas del *Código Civil* en materia de obligaciones y la interpretación que de ellas se ha hecho. Hoy el modelo relevante es el de las obligaciones de dar una cosa genérica y de hacer, o bien en general las obligaciones con un objeto fungible²³.

La fungibilidad puede referir a la cosa o actividad constitutivas de su objeto y la denominación atiende a la función económica que cumple dentro del tráfico jurídico. En esta clase de obligaciones el interés del acreedor queda satisfecho con cualquier cosa o actividad coincidente con el objeto ideal²⁴. Tal carácter denota la sustituibilidad o intercambiabilidad recíproca de la cosa o la actividad de cuya entrega o realización depende

²¹ Sobre las consecuencias que se siguen de la adopción del modelo en el plano de la dogmática de derecho civil, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible*, cit. (n. 2), pp. 500-506.

²² Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos, Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 5), p. 292. El autor se refiere a las obligaciones de dar.

²³ Sobre las actuales condiciones del tráfico y su desajuste con el modelo del codificador, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible*, cit. (n. 2), pp. 508-512. También: PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 6), pp. 397-398.

²⁴ No se emplea la expresión en el sentido —criticable por lo demás— que se emplea en el *Código* en materia de derechos reales al definir las cosas corporales muebles fungibles (artículo 575 CC.)

la satisfacción del interés del acreedor. Y la satisfacción ocurrirá cuando el objeto real—cosa o actividad concretas— reúna las características descritas *in abstracto* inicialmente (objeto ideal). Entonces, una obligación será fungible cuando su objeto sea recíprocamente sustituible o intercambiable por otro, sin lesionar la efectiva satisfacción del interés del acreedor. La posibilidad de satisfacción no es única, sino hay tantas como las disponibles en el mercado. De este modo, si el deudor incumple, el acreedor podrá obtener la satisfacción de su interés, ya no sólo de su deudor, sino también del mercado, adquiriendo relieve la resolución y las denominadas operaciones de reemplazo que celebra el acreedor afectado con un tercero.

Las obligaciones con objeto fungible envuelven a las de dar genéricas²⁵ y a las de hacer no personalísimas o fungibles²⁶.

El *Código Civil* reconoce implícitamente el carácter fungible de las obligaciones de hacer, al ser en ellas, en principio, indiferente para el interés del acreedor la persona que las ejecute. Así, según el artículo 1455 CC., por regla general, el error en la persona no vicia el consentimiento. Se suma a lo anterior, el artículo 1553 que confiere al acreedor afectado por el incumplimiento la opción de pedir al juez que le autorice para que un tercero realice la actividad prometida a costa del deudor.

Finalmente, cabe consignar que el derecho uniforme de la contratación recoge esta realidad del tráfico, adoptando como modelo a esta clase de obligaciones, proporcionando un régimen tan amplio como para dar so-

²⁵ Refiriéndose a las obligaciones genéricas, a su carácter fungible y a su particular régimen normativo: DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*, cit. (n. 5), pp. 291-294; y FENOY PICÓN, Nieves, *El sistema de protección del comprador* (Madrid, 2006), pp. 26 ss.; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1978), p. 347, afirma que en las obligaciones de género cada uno de los individuos comprendidos en el género, del cual hay que sacar una cosa debida, está *in facultate solutionis*, pero no *in obligatione*. Consecuentemente, en la obligación de género, según el artículo 1509 CC., el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género con tal que sea de una calidad a lo menos mediana.

²⁶ El mismo DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit. (n. 5), p. 331, de un extremo, extiende la clase de obligaciones genéricas a las obligaciones de hacer; y, de otro, distingue dos tipos de obligaciones de hacer, las fungibles y las infungibles, utilizando como criterio la circunstancia de si el interés del acreedor queda satisfecho cuando la actividad sea llevada a cabo en su favor, quienes quieran que sean las personas que la realicen, o si el interés del acreedor sólo pueda quedar satisfecho por la persona que realice la actividad comprometida, que ha de ser el propio deudor (Ibíd. p. 244). En la doctrina nacional, Abeliuk emplea la expresión de obligación de hacer fungible para referirse a aquellas obligaciones de hacer cuyo objeto puede realizarse por otra persona en lugar del deudor. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (4ª edición, Santiago, 2001), p. 661.

luciones adecuadas, no sólo a éstas, sino también a las de dar una especie o cuerpo cierto o de hacer personalísimas. Como manifestaciones de la adopción de este modelo puede mencionarse el remedio de la sustitución o reemplazo de la prestación no conforme (artículo 46 (2) de la “Convención de Viena” [= CV.])²⁷, la misma operación de reemplazo cuando el acreedor resuelve y lo hace dentro del plazo razonable (artículo 75 CV.)²⁸; y la regla de exoneración que lleva al deudor incluso a cumplir mediante un sustituto comercialmente razonable (artículo 79 (1) CV.)²⁹.

3. *Un concepto unitario de incumplimiento*³⁰.

El incumplimiento se entiende como un hecho amplio y objetivo cuyo efecto inmediato es la insatisfacción del interés del acreedor, al punto que se sostiene —a partir del concepto realista de contrato arriba examinado— que para comprender los problemas de cumplimiento e incumplimiento

²⁷ Véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil* (Valparaíso, 2006), pp. 74-78. Sobre la procedencia de la sustitución de la prestación imperfecta en el Derecho civil chileno, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ, Sara (editores), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, 2007), pp. 517-538.

²⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador*, cit. (n. 27), pp. 133-140.

²⁹ Véase, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena*, en *Revista de Derecho* 18 (Valdivia, 2005) 1, pp. 82-83, nota 65.

³⁰ En la doctrina española el primero en plantear la necesidad de construir un concepto unitario de incumplimiento —una noción amplia y objetiva— fue Pantaleón Prieto quien afirma que: “La primera premisa de un derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste la evicción y las cargas, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados “vicios ruínógenos” en el contrato de obra”: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993) 4, pp. 1720-1721. Le siguen, en España: MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Modernización* cit. (n. 11), pp. 32-33; en Chile: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 1, pp. 48 ss.; PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 6), pp. 399-400; y MEJÍAS ALONZO, Claudia, cit. (n. 9), pp. 459-478.

de contrato éstos deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del mencionado interés³¹.

Los efectos que produzca el incumplimiento dependen directamente del impacto que produzca en el citado interés, efectos a los que se denomina remedios y que tienen por objeto común permitir al acreedor que, a pesar del incumplimiento, alcance su satisfacción. Cada remedio tiene su propio supuesto de hecho o condiciones de procedencia y la opción por uno u otro pertenece al acreedor³².

Es un hecho amplio puesto que para establecerlo basta la simple constatación de la falta de coincidencia entre el objeto ideal –lo idealmente prometido por el deudor– y el objeto real –lo efectivamente ejecutado por el deudor–; cualquiera desviación respecto del objeto ideal implica el incumplimiento del deudor. De forma que el deudor no incumple una, o más, obligaciones aisladas, sino el contrato todo, siendo indiferente, en principio, la clase o tipo de obligación incumplida. Y es objetivo porque prescinde de su causa, de la valoración de la conducta del deudor, no interesa si se debió o no a un caso fortuito, únicamente que el deudor no ejecutó lo prometido y aquello provocó la insatisfacción del acreedor. Ese incumplimiento que tuvo por causa un caso fortuito permite, igualmente, al acreedor disponer de alguno de los remedios.

El derecho uniforme de la contratación, pienso en la Convención de Viena, en los *Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales* –en lo que sigue PCCL– y los *Principios europeos de derecho de contratos* –en adelante los PECL– instala una noción unitaria de incumplimiento, amplia y objetiva, que encierra toda manifestación de incumplimiento, sin interesar que el deudor se halle exonerado de responsabilidad³³. Se prescinde del estándar del buen padre de familia y de la culpa, sin embargo, igualmente la conducta del deudor se aprecia conforme un estándar de conducta más exigente, el de la persona razonable³⁴. Así los artículos 45

³¹ En este sentido MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Modernización* cit. (n. 11), p. 19: “[...] Hoy podemos afirmar que la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación”; más adelante agrega: “(...) que la culpabilidad no tiene que ser un ingrediente necesario del propio concepto de incumplimiento, sino que éste consiste, lisa y llanamente, en la falta de ejecución (o falta de realización) de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor”.

³² Para la justificación de la opción a favor del acreedor, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento*, cit. (n. 27), pp. 522-528.

³³ FENOY PICON, Nieves, cit. (n. 25), p. 200.

³⁴ Véase, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La noción de persona razonable en la compraventa internacional*, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (editor), *Estudios Jurídicos en*

y 61 CV. articulan los remedios del acreedor afectado a partir del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le incumben al deudor; el artículo 25 CV. define el incumplimiento esencial del contrato; y el artículo 79 (5) expresamente limita el ámbito de aplicación de la causa de exoneración (impedimento ajeno al razonable control del deudor) a la indemnización de daños, pudiendo el acreedor hacer uso de los restantes remedios, como la resolución, la reparación o la rebaja del precio. Hay incumplimiento independientemente de si el deudor está amparado en la causa de exoneración del citado artículo 79 (1) CV. Sin embargo, la CV. no ofrece una definición de incumplimiento, a diferencia de lo que sí sucede en los principios aludidos. En efecto, el artículo 7.1.1. PCCI. indica que el incumplimiento “*consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío*”³⁵. El concepto es simplificador y aglutinador de las distintas modalidades del incumplimiento³⁶. Por su parte, el artículo 1:301 (4) PECL. define el incumplimiento en términos de denotar “*cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificada, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos*”³⁷. El incumplimiento comprende cualquier desviación del cumplimiento, desde la total inactividad del deudor hasta cualquiera falta de conformidad³⁸. Es

Homenaje al profesor Díez-Picazo y Ponce de León (Madrid, 2003), II.

³⁵ Los PCCI. prescinden de la noción de culpa, sin embargo igualmente se prevé, como sucede en CV., una causa de exoneración. Si el deudor acredita la concurrencia de esta causa, igualmente habrá incumplimiento y el acreedor puede hacer uso de cualquier remedio distinto a la indemnización de daños o el cumplimiento específico. Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICA CENTRO MEXICANO, *Comentario al artículo 7.1.1 Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales 2004*, en www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2488, p. 200. PAES DE BARROS LEÃES, Luis, *Notas sobre la inexecução*, en BONELL, M. JOACHIM, *Principi per i contratti commerciali internazionalli e il sistema giuridico latinoamericano* (Milano, 1996), pp. 279 – 280; BONELL, Michael J., *I Principi Unidroit nella pratica. Casistica e bibliografia riguardanti i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali* (Milano, 2002), pp. 326-327.

³⁶ Cfr. FENOY PICÓN, Nieves, cit. (n. 25), pp.183- 187, 222.

³⁷ El MCR., al definir el “non-performance” no se refiere al contrato sino a la obligación; el artículo 1:101 (3) establece “*Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation*”.

³⁸ LANDO, Ole – HUGH, Beale, *Principios de Derecho contractual Europeo. Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo* (Madrid, 2003), p. 163. Esta noción de incumplimiento, como pone de manifiesto Morales Moreno, comprende

un concepto claramente unificador que equipara jurídicamente todas las manifestaciones del incumplimiento³⁹.

En síntesis, el derecho uniforme de la contratación acoge una noción amplia y objetiva de incumplimiento, aglutinadora de cualquier infracción de la regla contractual, siendo indiferente si el deudor está o no exonerado de responsabilidad.

En el derecho civil chileno este concepto amplio de incumplimiento se obtiene de una interpretación a contrario *sensu* de las normas sobre la fuerza obligatoria del contrato (artículo 1545 CC.) y del medio de extinción de las obligaciones, el pago (artículos 1567 CC. y concordantes)⁴⁰. De estas disposiciones se induce que el incumplimiento consiste en la no realización de la prestación, sin interesar si ello ocurrió por culpa o dolo, o caso fortuito o de fuerza mayor⁴¹. Los conflictos de incumplimiento lo son también de cumplimiento, cada una de las partes defenderá su posición: el acreedor, que el deudor incumplió y el deudor lo inverso. Se produce una tensión entre cumplimiento e incumplimiento que desaparece con la decisión del

incluso los casos de imposibilidad inicial, porque el incumplimiento no se predica de la conducta debida del deudor (en cuyo caso podría pensarse: "*impossibilium nulla obligatio est*"), sino del contrato: es la falta de realización del mismo. El incumplimiento pone de manifiesto el problema de insatisfacción del interés del acreedor y abre el camino a la respuesta del ordenamiento, orientada al reparto de ese riesgo entre los contratantes, a través del sistema de remedios que integran el contenido de la responsabilidad contractual (en el sentido amplio que él emplea), Cfr. MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, 2006), p. 26.

³⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis - ROCA TRÍAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos* (Madrid, 2002), p. 317.

⁴⁰ Véase: MEJÍAS ALONZO, Claudia, cit. (n. 9), pp. 476-477.

⁴¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento*, cit. (n. 2), pp. 501-502, quien afirma que ineludiblemente, las normas del pago deben leerse conjuntamente con aquellas sobre incumplimiento y sus efectos. Reconocen la vinculación entre las nociones de cumplimiento e incumplimiento en nuestra doctrina: BARAONA GÓNZALEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, 1998), p. 89; ABELIUK MANASEVICH, René, cit. (n. 26), p. 506; PIZARRO WILSON, Carlos, cit. (n. 6), p. 400. En un sentido similar, Díez-Picazo expresa que el cumplimiento e incumplimiento son dos grandes alternativas en que puede desembocar el vínculo dinámico en que la obligación consiste. El autor precisa que en la doctrina y jurisprudencia española es usual contraponer los conceptos de cumplimiento e incumplimiento Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos*, cit. (n. 5), pp. 541 ss. Genicón sostiene que el incumplimiento es definido de mejor manera en sentido negativo, como el no cumplimiento de una obligación impuesta por el acuerdo de las partes, siendo erróneo ligar sistemáticamente la noción de incumplimiento con la de culpa. GENICÓN, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution* (Paris, 2007), pp. 206-207.

juez fundada en la ley del contrato. Cobra importancia el artículo 1569 que prevé el principio de la identidad del pago⁴². Si el pago no se efectúa bajo todo respecto según el tenor de la obligación, hay incumplimiento y éste producirá sus efectos. Es suficiente la discordancia entre el objeto ideal y el real para afirmar que el deudor ha incumplido. El pago no produce su efecto normal, cuál es, la extinción de las obligaciones sino que da paso a los efectos del incumplimiento, a los remedios del acreedor, cuya justificación última se explica en la subsistencia de la obligación⁴³.

La Corte de Apelaciones de Concepción acoge un concepto amplio de incumplimiento apoyándose en las normas del pago aplicadas a un contrato de compraventa. Del fallo se extrae la idea en torno a que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que impone el contrato acarrea los efectos propios y generales del incumplimiento, inclusive si tal obligación incumplida posee un régimen especial de incumplimiento. El Tribunal sostiene que el *Código Civil* impone al vendedor la obligación de entrega de la cosa vendida y la de garantía de que ella no contiene vicios ocultos, así como la de responder de su evicción, según los artículos 1824 y 1837 CC. Por su parte, la obligación de entregar implica, tanto la de hacer la tradición, como la de pasar materialmente la cosa a poder del comprador. Pero lo que el vendedor ha de entregar es la misma cosa que se individualiza en el contrato y esa obligación sólo se cumple si lo entregado es la cosa tal y como ha sido convenida, de forma que, faltándole alguna parte o afectándole algún derecho en favor de un tercero que pueda producir su evicción, el vendedor no ha cumplido cabalmente su obligación. Más adelante agrega que esta obligación del vendedor de entregar lo que reza el contrato y que hace de la obligación de entregar no solamente un paso material y jurídico de la cosa, sino también comprende

⁴² Entendiendo que este principio presupone la interpretación e integración del contrato: FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n. 2), p. 126; VODANOVIC, Antonio, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga* (Santiago, 2004), p. 291; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho civil* (9^a edición, Santiago, 2002), p. 342. En contra, limitándolo al tenor literal de la declaración de voluntad: ABELIUK MANASEVICH, René, cit. (n. 26), pp.393 ss.

⁴³ En este sentido Díez-Picazo sostiene que “para que el pago sea regular y produzca plenos efectos liberatorios, es necesario que el deber de prestación aparezca perfectamente cumplido y que el interés del acreedor quede satisfecho. Decidir en qué medida debe entenderse que ha quedado cumplido el deber de prestación mediante el acto solutorio realizado por el deudor exige un juicio de confrontación o de contraste entre la prefiguración ideal de la prestación (programa de prestación prometido) y la realización efectiva de la misma. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos*, cit. (n. 5), pp. 572.

en ella, una identidad entre aquello que forma el objeto de la obligación y lo efectivamente entregado, puesto que, en definitiva, no se trata sino de la particularización de la regla general del artículo 1569 que impone como requisito objetivo del cumplimiento la exactitud, identidad e integridad de la prestación, pues guarda aún vigencia la fórmula del Derecho Romano "*aliud pro alio, invito creditori solvi non potest*"⁴⁴.

Se pone de relieve una modalidad de incumplimiento más bien preterida por nuestra doctrina y jurisprudencia, la del cumplimiento imperfecto. Los conflictos de incumplimiento generalmente se refieren a esta clase de incumplimientos y ella permite apreciar el fenómeno del incumplimiento y sus efectos en toda su dimensión.

Este incumplimiento, entendido como hecho amplio y objetivo, permite articular una serie de remedios de que dispone el acreedor entre los cuales optará libremente, siempre que concurran sus concretas condiciones⁴⁵. Estos remedios tienen en común su objeto: permitir al acreedor la satisfacción de su interés a pesar del incumplimiento. Uno de ellos es la resolución, debiendo preguntarnos ahora sobre su supuesto de procedencia: el incumplimiento esencial.

III. EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN EL DERECHO CIVIL

1. *La gravedad o entidad del incumplimiento como límite a la procedencia de la resolución.*

La resolución del contrato requiere de un incumplimiento que sea lo suficientemente grave o, lo que es igual, que tenga el carácter de esencial. La cuestión es cuándo el incumplimiento satisface esta exigencia.

A pesar del tenor literal del artículo 1489 CC. hoy es inaceptable sostener que cualquier incumplimiento, por insignificante, sea apto para hacer procedente la resolución⁴⁶. La doctrina y la jurisprudencia limitan el

⁴⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 1 diciembre de 1993, rol N° 1171-1992, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador 22097.

⁴⁵ Por su parte Tallon destaca que la presentación global del sistema de remedios —como el que ofrece el "Common Law"— proporciona una visión coherente y clara de la situación del acreedor víctima del incumplimiento, permite una construcción unitaria del derecho de los contratos —raramente producida en la doctrina francesa—, faculta también la elección libre por el acreedor, una vez que se dan sus presupuestos, del remedio adecuado para la satisfacción de su interés lesionado. Cfr. TALLON, *La inexécution du contrat*, en *en Revue Trimestrelle de Droit Civil* (1994), pp. 231-235.

⁴⁶ Un sector de la doctrina tradicional ha sostenido que como el artículo 1489 no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, de forma que cualquier incumplimiento sería suficiente para pedir la resolución. Así se recoge: MEZA BARROS, Ramón, cit. (n. 43), p. 90; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, cit. (n. 10), p. 18; ALESSANDRI RO-

ejercicio de la facultad resolutoria a aquellos incumplimientos que inciden en obligaciones esenciales del contrato o cuando el incumplimiento es, en sí mismo, grave. No obstante haber acuerdo con relación a esta limitación, no lo hay en lo que refiere al criterio o criterios que determinarían la gravedad del incumplimiento. Algunos atienden a la clase de obligación incumplida, distinguiendo las obligaciones principales de las accesorias, según se trate, o no, de una obligación recíproca constitutiva de la bilateralidad del contrato⁴⁷; o bien si la obligación incumplida se identifica con la esencia del contrato, con lo pactado⁴⁸. También, recurriendo a la disposición del artículo 1444 CC., se diferencian las obligaciones de la

DRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones* (Santiago, 1930), pp. 180 - 181; VERA, Robustiano, *Código civil de la República de Chile comentado i explicado* 5 (Santiago, 1896), p. 72. Fuera del argumento meramente literal, se sostiene que dado el carácter indivisible del pago, sea que el deudor incumpla toda la obligación o una parte de ella, hay incumplimiento de lo pactado y consiguientemente procede el ejercicio de la acción de resolución. Así, en una primera etapa FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, IV: *De las obligaciones* (Santiago, 1958), 1, pp. 124-126; y VÍO VÁSQUEZ, Efraín, *Las obligaciones condicionales* (Memoria de Licenciatura, Universidad de Concepción, 1945), pp. 270-271. También se recurre al artículo 1873 del Código civil que no distingue si el incumplimiento de la obligación de pagar el precio es total o parcial; y el mismo artículo 1875 que prevé sobre los efectos restitutorios, los que no tendrían justificación alguna si la resolución procediere sólo cuando hay incumplimiento total. VÍO VÁSQUEZ, Efraín, cit. ibi., p. 271. En la jurisprudencia destacan dos sentencias que dan lugar a la resolución frente a cualquier incumplimiento. Se sostiene que la ley otorga la acción resolutoria al vendedor por cualquier cuota del precio, grande o pequeña, que el comprador esté en mora de pagar, sea que las demás cuotas hayan sido pagadas voluntariamente o por resolución judicial, pues sólo el pago íntegro elimina la condición resolutoria, extinguiendo la acción consiguiente. Véase: Sentencia de Corte Suprema, 13 de enero de 1920, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 18, sec. 1^a, pp. 355 ss.; y sentencia Corte Suprema de 26 de septiembre de 1924, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 24, sec. 1^a, pp. 716 ss.

⁴⁷ ABELIUK MANASEVICH, René, cit. (n.16), I, p. 344.

⁴⁸ CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 25), pp. 190 -193. El autor sostiene que atendido el tenor del artículo 1489 CC habría que concluir que la resolución siempre debe ser pronunciada “pero en una materia regida más bien por la equidad que por el rigor del derecho, esta solución podría ser demasiado absoluta, puesto que algunas obligaciones comprendidas en lo pactado por los contratantes pueden no tener sino un efecto relativo e insignificante y su inexecución no causar al otro contratante perjuicios apreciables”. Termina sosteniendo que no resulta admisible la opinión que no admite distinción alguna entre la inexecución total o parcial de una obligación principal y una obligación accesorio o secundaria y opina que para que se declare la resolución el juez debe definir si no se ha cumplido lo pactado, es decir, lo que constituye el contrato en sí mismo y ante las estipulaciones de las partes que no habrían seguramente contratado de no ejecutarse por el demandado lo que estaba obligado a prestar.

esencia y de la naturaleza de aquellas accidentales⁴⁹. Como se quiera, según este criterio la resolución queda reservada para el incumplimiento de las obligaciones principales o esenciales. Otros, en cambio, atienden a la significancia o importancia del incumplimiento en sí mismo, más que a la clase de obligación incumplida⁵⁰ o a la finalidad o interés del acreedor que le determinó contratar, que se ve frustrada por el incumplimiento. Elgueta Ortiz sostiene que la resolución procederá si el incumplimiento destruye el interés que determinó al acreedor a contratar, esto es, si cree que ya no le será posible obtener el pago de la prestación o estima que no le servirá el cumplimiento tardío para llenar la finalidad a la que aspiraba⁵¹.

A mi juicio más que considerar la, o las, obligaciones incumplidas —si son o no principales o accesorias: de la esencia o accidentales— lo que

⁴⁹ Larraín Ríos entiende que sólo la infracción de las obligaciones de la esencia y de la naturaleza da lugar a la resolución, no así las que tengan el carácter de accidentales. LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría de las obligaciones* (Santiago, 2003), p. 86. Rodríguez Grez sostiene que para la procedencia de la resolución debe distinguirse entre prestaciones esenciales y prestaciones secundarias, dando lugar a la resolución sólo cuando se incumplen las primeras; y para averiguar si la prestación es esencial, o no, deberá estarse a las circunstancias del caso y determinar si la obligación incumplida es de tal entidad que sin ella las partes no habrían contratado. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción de contrato no cumplido*, en *Actualidad Jurídica* 9 (2004), p. 122. En la misma dirección: ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, cit. (n. 10), p. 74. El autor diferencia entre los contratos típicos y los atípicos y para estos últimos afirma que deberá considerarse la voluntad de los contratantes y así definir si se trata de una obligación de tal entidad que sin ella no habrían contratado. En el caso de los típicos ha procedido directamente, fijando tanto sus elementos como efectos esenciales y naturales e indica que cuando el legislador ha querido que el incumplimiento de obligaciones secundarias dé lugar a la resolución lo ha previsto expresamente, como es el caso de la evicción parcial o los vicios redhibitorios (artículo 1852, inciso 4º y 1868). Para Krebs Poulsen las obligaciones esenciales son aquellas que permanente e invariablemente caracterizan el contrato haciéndolo ser lo que es y entiende que la reciprocidad es el aspecto propio y característico de esta clase de obligaciones. Agrega que junto a estas obligaciones esenciales están aquellas que lo son por consentimiento expreso o tácito de las partes, en este último caso se trataría de obligaciones que constituyen el motivo principal de unas partes para contratar, siendo conocida esta circunstancia por la otra. KREBS POULSEN, Claus, *La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita*, en *Revista Chilena de Derecho* 26 (1999) 4, pp. 851 ss.; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, cit. ibi, p. 122.

⁵⁰ ELGUETA ANGUITA, Augusto, *Resolución de contratos y excepción de pago* (Santiago, 1981), p. 37; y PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n. 10), pp. 393-395.

⁵¹ ELGUETA ORTIZ, Augusto, cit. (n. 3), pp. 121-124. Para el autor el requisito para dar lugar a la resolución es que al incumplimiento sobrevenga la imposibilidad o la inutilidad de la prestación para el acreedor atendiendo el interés que le determinó a contratar.

verdaderamente importa, y así se dirá, es el incumplimiento en sí mismo y su impacto en el interés del acreedor, cuestión que —como afirma Fueyo Laneri⁵²— el juez deberá examinar caso a caso según el contenido del contrato y su economía⁵³; y, también, la posible vulneración del principio de la buena fe objetiva⁵⁴.

Como se quiera, hace falta claridad acerca de cuándo se entiende que el incumplimiento es grave e intentar —en la medida de lo razonable— una tipología de los incumplimientos resolutorios a los que denominaré “esenciales”.

2. *Una mirada al nuevo derecho de la contratación: incumplimiento esencial o “fundamental breach” como presupuesto de la resolución.*

Resulta útil dar cuenta del incumplimiento resolutorio en el nuevo derecho de la contratación⁵⁵, comprendiendo desde la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*⁵⁶ hasta la reciente propuesta de *Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos*⁵⁷.

Este derecho sigue principalmente el modelo del “Common Law”⁵⁸,

⁵² FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n. 2), p. 313.

⁵³ El profesor Peñailillo Arévalo propone ciertos factores que sirven al juez para determinar la trascendencia del incumplimiento, entre ellos: el valor del negocio (la naturaleza de ese valor dependerá del negocio que generalmente será económica); la función que por su naturaleza cumple el contrato (considerado en abstracto); y la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor víctima del incumplimiento. El autor concluye apuntando que el examen sobre la importancia del incumplimiento implica la interpretación del contrato y que los factores debidamente probados deben ser ponderados a la luz de la buena fe que ha de presidir las diversas etapas del trayecto contractual. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n. 10), p. 410.

⁵⁴ Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Contratos: parte general* (Santiago, 1998), p. 564.

⁵⁵ Representado por la Convención de Viena, por los PCCI. y los PECL. y si se quiere, los principios contenidos en el Marco Común de Referencia (MCR) sobre el derecho europeo de las obligaciones. Al mismo tiempo se suma la experiencia de ordenamientos internos que siguiendo el modelo de este nuevo derecho, o ha modificado, o intenta modificar su derecho contractual, como el alemán y el español, respectivamente.

⁵⁶ Acerca del régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código civil véase VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador*, cit. (n. 27).

⁵⁷ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* (Boletín de Información, Año LXIII, Gobierno de España, Ministerio de Justicia, enero de 2009).

⁵⁸ Sobre la resolución en el derecho inglés véase: TREITEL, G.H., *The Law of Contract* (Londres, 2007), pp. 869-906; EL MISMO, *Remedies for Breach of Contract*.

haciendo procedente la resolución o terminación del contrato cuando el deudor incurre en incumplimiento esencial (“fundamental breach or substantial failure in performance”); categoría que comprende distintas hipótesis y una de ellas, la más importante, refiere al incumplimiento que priva al acreedor sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando, tal resultado hubiere sido razonablemente previsible para el deudor al momento de su celebración.

El artículo 25 CV. dispone que: “*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de 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*”⁵⁹. Sin embargo, en la CV. la resolución no sólo procede cuando el deudor incurre en el incumplimiento definido por su artículo 25; sino, también, cuando el acreedor hubiere concedido al deudor un plazo adicional para que cumpla y no lo hace o bien declara que no lo hará dentro del mencionado plazo⁶⁰ (“Nachfrist”)⁶¹.

A Comparative Account (Oxford, 1988), pp. 349-381; STEPHEN, A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract* (Oxford, 2005), pp. 196-207. En el derecho norteamericano, FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts* (Nueva York, 2004), pp. 560-593. En general, el derecho a terminar el contrato surge en tres situaciones: renuncia o repudiación del deudor, imposibilidad de cumplimiento e incumplimiento material o sustancial. El deudor repudia el contrato cuando evidencia un claro y absoluto rechazo a cumplir. La imposibilidad refiere a la situación cuando una parte por su propia conducta o falta queda incapacitado de cumplir con el contrato. Tanto la repudiación, como la imposibilidad sobrevienen durante el plazo fijado para el cumplimiento y en tales casos será el Tribunal el que decidirá, si aquello a lo que se niega el deudor o no puede ejecutar es suficientemente serio como para justificar la terminación del contrato. En los casos de incumplimiento ya consumado, se requiere que el deudor haya incurrido en un incumplimiento sustancial, y lo será generalmente cuando incida en una “condition” o en un “intermediate terms”, que produzca consecuencias graves para el acreedor, privándole de lo que tiene derecho en virtud del contrato.

⁵⁹ Dos son los elementos que deben concurrir para que el incumplimiento del contrato sea calificado de “esencial”: el perjuicio o detrimento que se manifiesta en la privación sustancial de lo que tiene derecho a esperar el acreedor en virtud del contrato, lo que implica averiguar acerca de la finalidad o propósito práctico que perseguía al contratar; y, la razonable previsibilidad del tal resultado para el deudor al momento de contratar. Véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador*, cit. (n. 27), pp. 101-101, y notas 266-270.

⁶⁰ Artículo 49 número 1 b) para la falta de entrega de las mercaderías por el vendedor; y 64 número 1 b) para la falta de pago del precio o no recepción de las mercaderías por el comprador.

⁶¹ La CV. prevé la resolución anticipada por incumplimiento esencial previsible.

La doctrina ha criticado la regulación contenida en la CV. sobre los incumplimientos esenciales, en tanto ésta sería ambigua e incompleta, siendo necesaria su integración mediante el recurso de los principios generales en que se basa la Convención de acuerdo a su artículo 7 (2); y para estos efectos se recurre a los PCCI. como manifestación de un principio subyacente en Viena⁶². Concretamente, al artículo 7.3.1 PCCI.

El precepto citado faculta a una de las partes a terminar (resolver) el contrato si la falta de cumplimiento de una de las partes constituye un incumplimiento esencial, y para determinar ello 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*⁶³; (b) *el cumplimiento estricto de la obligación era esencial dentro del contrato*⁶⁴; (c) *el incumplimiento fue intencional o temerario*; (d) *el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte*⁶⁵; (e) *la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento*”. Y se agrega en el párrafo (3) otra causa de procedencia, que refiere al caso del plazo suplementario de la CV., al

En efecto, el artículo 72 (1) dispone: “*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*”.

⁶² Para un detenido estudio sobre el incumplimiento esencial en la CV. y su relación con los PCCI., véase por todos: KOCH, Robert, *The Concept of Fundamental Breach of Contract Under United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, en *PRCISG.*, (1999), pp. 177-354; y EL MISMO, *Remarks on Whether the Unidroit Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG*, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-25.html>. En Chile, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador*, cit. (n. 27), pp. 99-109.

⁶³ En los comentarios al artículo 7.3.1. se ofrece el siguiente ejemplo “2. El 1º de mayo “A” contrata la entrega a “B” de software estándar antes del 15 de mayo. “B” ha solicitado que la entrega se efectúe rápidamente. Si “A” ofrece la entrega para el 15 de junio, “B” podrá rechazarla y dar por terminado el contrato”. UNIDROIT, *Principios sobre contratos comerciales internacionales* (Roma, 1995), p. 198.

⁶⁴ En los comentarios se lee: “El inciso (2) (b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial”, UNIDROIT, cit. (n. 63), p. 198.

⁶⁵ En los comentarios al artículo 7.3.1. se ofrece el siguiente ejemplo “4. “A”, que es mandatario de “B”, presenta recibos falsos a “B” para solicitar el reembolso de supuestos gastos. Aunque la suma solicitada por “A” en concepto de reembolso sea insignificante, “B” puede considerar el comportamiento de “A” como incumplimiento esencial y dar por terminado el contrato de mandato”, *ibid*, p. 199.

disponer: "En caso de demora, la parte perjudicada podrá dar por terminado el contrato si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el artículo 7.1.5".

Por su parte, el artículo de los 8:103 PECL.⁶⁶ dispone que: "El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forme parte de la esencia 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 razonablemente 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"⁶⁷.

Seguidamente, al incumplimiento esencial que implica la privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar el acreedor, deben añadirse otros dos supuestos de incumplimiento que no atienden al impacto que el incumplimiento produce en la finalidad o propósito del acreedor, sino a otras razones, a saber: i) al pacto entre las partes en orden a que el cumplimiento estricto de tal o cual obligación es esencial y, por tanto, si no se produce el acreedor tiene la facultad de resolver el contrato; y ii) la conducta reticente o rebelde del deudor que produce la pérdida de la confianza del acreedor en torno a que cumplirá en el futuro; el acreedor ya no tiene motivos para confiar en su deudor y es esa pérdida de confianza la que justifica la resolución del contrato.

La última hipótesis envuelve dos casos, el de los incumplimientos dolosos o con fraude del deudor; y aquel en que el acreedor afectado por el incumplimiento otorga al deudor un plazo adicional, de duración razonable, para que cumpla o bien corrija su prestación defectuosa y el deudor, o no cumple dentro del plazo o lisamente declara que no cumplirá. El criterio es subjetivo e implica valorar la conducta del deudor, sea al momento del incumplimiento (dolo o fraude) o con posterioridad a él (plazo adicional). Aquí, la resolución prescinde del efecto o impacto que

⁶⁶ Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis - ROCA TRÍAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio Manuel, cit. (n. 39), pp.83-84.

⁶⁷ Muy de cerca de los PECL., el artículo 3:502 MCR.. "Termination for fundamental non-performance". *Termination for fundamental non-performance.* (1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental. (2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on".

produce en la finalidad del acreedor y se perfila como un reforzamiento de la protección de su interés por haber perdido la legítima confianza de obtener la prestación de su deudor.

En el caso alemán, tras la reforma del año 2001 –la gran solución⁶⁸– la resolución queda desvinculada completamente de la culpa del deudor y la regla consiste que ella procede siempre y cuando el acreedor hubiere concedido un plazo adicional al deudor para que ejecute la prestación infringida. La excepción viene dada por aquellos supuestos en los que el acreedor puede resolver directamente. En efecto, cuando se trata de un incumplimiento que no tiene por causa la imposibilidad de la prestación, el acreedor tiene la facultad de resolver el contrato conforme los § 323 o 324 BGB. Como afirma Zimmermann, el BGB. Distingue: i) la situación en la que el deudor no cumple o lo hace imperfectamente; y ii) la situación en la que el deudor infringe deberes accesorios que no afectan a la prestación en sí misma considerada. En este último supuesto sólo tiene lugar la resolución si razonablemente ya no puede esperarse que al acreedor acepte la prestación. En cambio, en todos los casos que cubre el primer supuesto, que es la regla, el acreedor sólo puede resolver si ha fijado un plazo razonable de cumplimiento, o para corregir el cumplimiento imperfecto y siempre que el plazo hubiere transcurrido sin que la prestación se cumpla o corrija. Sin embargo, el mismo § 323 enumera los casos en los que el acreedor puede resolver sin necesidad de fijación de plazo adicional⁶⁹. Según el párrafo II, la fijación del plazo no es necesaria cuando el incumplimiento es en sí mismo grave⁷⁰, reemplazándose el plazo por una intimación al deudor (párrafo III). El párrafo V del precepto establece un principio que se extiende a todos los casos: la resolución del contrato, o de una parte del mismo, no

⁶⁸ Véase: ALBIEZ, Klaus, *La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado*, en RDP. (2002), pp. 187-206; LAMARCA MARQUÉS, Albert, *La modernización del Derecho alemán de obligaciones: la reforma al BGB.*, en Indret (2001); EBERS, M., *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB. tras la ley de modernización del Derecho de obligaciones*, en *Anuario de Derecho Civil* 56 (Madrid, 2003) 4, pp. 1575-1608.

⁶⁹ ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Obligations Law, Historical and Comparative Perspectives*, pp. 70-71. El jurista alemán junto con estudiar los requerimientos para la resolución, compara el régimen del BGB. con el de los PECL. (pp. 72-74).

⁷⁰ El § 323, II, dispone que la fijación del plazo no será necesaria si: i) el deudor deniega seria y definitivamente la prestación; ii) El deudor no cumple la prestación en el tiempo fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a su ejecución oportuna; iii) Existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución ponderando los intereses de ambas partes.

procede si la violación de la prestación es irrelevante, aunque se trate del supuesto de la fijación del plazo adicional⁷¹.

Siguiendo muy de cerca el modelo de la CV., pero con normas de aplicación general, la propuesta española de modificación del *Código Civil* declara procedente la resolución, según su artículo 1199, cuando el incumplimiento, atendida la finalidad del contrato, haya de considerarse esencial. Igualmente reconoce al acreedor la facultad resolutoria cuando habiéndole conferido al deudor un plazo adicional de duración razonable, éste no cumpliera o declarare que no cumplirá sus obligaciones. Al igual que en Viena se prevé también la resolución anticipada del contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial (artículo 1200 CC.)⁷².

En síntesis, en el nuevo derecho de la contratación el supuesto de hecho de la resolución es el incumplimiento esencial y la infracción contractual es esencial por tres motivos diversos: i) porque las partes así lo quisieron previendo expresamente la resolución para un determinado incumplimiento; ii) porque el incumplimiento lesiona sustancialmente la finalidad del acreedor, en la medida que tal resultado hubiere sido previsible para el deudor al contratar; y iii) porque producido el incumplimiento el acreedor no tiene razones para confiar en el futuro cumplimiento o subsanación por parte de su deudor, sin que sea razonable forzarlo a conservar el negocio.

3. Tipología de incumplimientos esenciales en el derecho civil chileno.

La cuestión es: ¿puede construirse una tipología similar a la del nuevo derecho de la contratación en el derecho civil? ¿Se cuenta con argumentos suficientes? La respuesta es afirmativa. Para este objeto se recurrirá a las propias normas del *Código Civil* y a la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el incumplimiento que hace procedente la resolución.

a) Disposiciones aisladas del *Código Civil*. Primero que todo, de algunas disposiciones aisladas del *Código Civil* es posible inducir que el legislador reserva la resolución para los incumplimientos importantes o graves; o, en otros términos, de tales preceptos fluye que no todo incumplimiento autoriza al acreedor para extinguir la relación contractual

⁷¹ El § 323, V, dispone que si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver el contrato entero si no tiene ningún interés en la prestación parcial; y agrega que si el deudor no ha ejecutado la prestación según el contrato, el acreedor no puede resolverlo si la violación de un deber es irrelevante.

⁷² Sobre el incumplimiento resolutorio en España, véase: CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit. (n. 4), pp. 237-470; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit. (n. 5), pp. 821-871; y EL MISMO, *Los incumplimientos resolutorios* (Pamplona, 2005).

quedando, en algunas ocasiones, forzado a conservar una prestación inexacta, no obstante su derecho a exigir su corrección o la indemnización de daños⁷³.

Entre estas disposiciones, la más destacada, ciertamente, es la del artículo 1926 sobre arrendamiento⁷⁴.

El precepto permite engarzar la noción de incumplimiento esencial con la idea de propósito práctico o finalidad económica del acreedor, de guisa que el problema de los incumplimientos resolutorios pasa a ser uno de interpretación de la regla contractual. En efecto, de acuerdo al precepto el ejercicio de la facultad resolutoria queda limitada a aquellos incumplimientos (en particular el retardo) que hagan disminuir 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 celebración⁷⁵. La norma considera los motivos que inducen a las partes a la celebración del contrato, ya no para el control de la validez del contrato (artículo 1467 CC.), sino para definir los efectos del incumplimiento; motivos que –como se ha dicho en la primera parte– son relevantes en la medida que hayan sido incorporados expresa o tácitamente al contrato, de tal forma que razonablemente hubiere sido previsible para el deudor, al momento del contrato, que de su incumplimiento se seguiría

⁷³ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n.10), p. 410.

⁷⁴ Otras disposiciones que son manifestación del mismo principio: i) El artículo 1590 –que trata sobre el cumplimiento imperfecto de una obligación de dar una cosa específica, imputable al deudor– reconociendo al acreedor afectado el derecho a la indemnización de daños, salvo que el deterioro pareciera de importancia, porque en ese caso podrá optar entre la indemnización y la resolución del contrato.; ii) El artículo 1858 exige que el vicio oculto sea importante y lo será –según el mismo precepto– cuando la cosa no sirva para su uso natural o sólo lo haga imperfectamente. Si concurre este requisito el acreedor tiene la opción de resolver el contrato (rescisión) o reducir el precio. El artículo 1868 dispone para el caso que el vicio no revista dicha importancia, obligando al comprador a conservar la cosa, a pesar del vicio, no obstante su derecho a la rebaja del precio; y iii) En materia de arrendamiento, según el artículo 1928 si al arrendatario se le priva del goce de tan grande parte de la cosa, queda facultado para resolver el contrato o pedir la rebaja de la renta. Ahora, si no es tan grande la parte afectada, el arrendatario debe soportar la perturbación, con derecho únicamente a la rebaja de la renta.

⁷⁵ Destacando la importancia del precepto para la definición de los incumplimientos resolutorios, Galván Bernabeu, sostiene: “la consideración del interés del acreedor es posible vincularlo con la idea de utilidad del contrato y que el Código Civil acoge en algunas disposiciones aisladas, como por ej. en materia de arrendamiento el inciso 2° del artículo 1926”: GALVÁN BERNABEU, José Antonio, *Conferencia Inaugural del II Congreso Chileno de Derecho Privado*, en RDUCV. 19 (1998), p. 15.

como resultado la privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar el acreedor en virtud de ese contrato.

Tal como he sostenido en otro sitio⁷⁶, estimo que pese a que el artículo 1926 esté ubicado en el título del contrato de arrendamiento –principio de la especialidad–, al no entrar en contradicción con el precepto general del artículo 1489 CC., podría perfectamente integrarlo, llenando el vacío de que adolece en torno a los incumplimientos que hacen procedente la resolución, y así delimitar su ámbito de aplicación⁷⁷.

Entonces, del examen de las disposiciones del *Código Civil* aparece la resolución como un remedio limitado a ciertos incumplimientos, aquellos que revistan una cierta importancia. De no llenar esta exigencia, el acreedor afectado por el incumplimiento (cumplimiento parcial o imperfecto) debe conservar la prestación, no obstante su derecho a la subsanación del incumplimiento o a la indemnización de daños.

b) El incumplimiento y la resolución en la jurisprudencia. Existe una serie de sentencias que limitan la procedencia de la resolución a ciertos incumplimientos⁷⁸, declarando que la ley impone al juez la apreciación de si tal incumplimiento es o no lo suficientemente grave como para justificar la destrucción completa del contrato⁷⁹. Significativa resulta la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 4 de octubre 2007⁸⁰; en ella se lee: *"En consecuencia, y a pesar de los términos absolutos en que aparece redactado el artículo 1489 del Código Civil, su correcta interpretación en el contexto del cuerpo legal en que se encuentra inserto, conduce a estimar que el incumplimiento de obligaciones de escasa entidad o importancia, que ninguna o nula influencia pueden tener en la normalidad del cumplimiento de las obligaciones principales, no puede autorizar a la resolución de un contrato; ello implica un ejercicio abusivo de un derecho al afectar la equidad natural y la buena fe, que exige que los contratos se cumplan de un modo que alcancen la finalidad que ambas partes tuvieron a la vista al celebrarlo, objetivo que se*

⁷⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones y los remedios del acreedor*, cit. (n. 2), p. 535.

⁷⁷ Cfr. GALVÁN BERNABEU, José Antonio, cit. (n. 75). El autor propone asumir con proyecciones de generalidad el precepto del inciso segundo del artículo 1926.

⁷⁸ La Corte Suprema, en sentencia de 13 de enero de 1920, declara que no infringe ninguna disposición legal la sentencia que declara resuelto el contrato por no haberse cumplido una estipulación del contrato. Las disposiciones de los artículos 1489 y 1824, agrega el sentenciador, no establecen distinción entre inobservancia total o parcial.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de julio de 2007, disponible en www.legalpublishing.cl, identificador 36.693.

⁸⁰ Véase sentencia disponible en www.legalpublishing.cl, identificador N° 37.415

*frustraría de aceptarse que las minucias tengan más trascendencia que aquello que es sustancial en la relación contractual, poniéndose de una manera en jaque el principio de la ley del contrato (artículo 1545 del Código Civil) y, por ende, el normal desenvolvimiento de los negocios jurídicos*⁸¹.

No son pocas las sentencias que al definir si el incumplimiento es, o no, lo suficientemente grave, más que atender a la obligación incumplida, utilizan el criterio de la repercusión, o impacto, que el incumplimiento produce en la finalidad económica que llevó a las partes a contratar.

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca del año 1920 rechaza la demanda, declarando que debe decidirse la resolución, o negar lugar a ella, según sean las circunstancias de la causa, circunstancias que en el caso inducen a negar lugar a la acción resolutoria en razón de que habida consideración a la poca, o ninguna, influencia de esas obligaciones en los fines prácticos del contrato, es de presumir que aún sin ellas el comprador lo habría celebrado⁸².

La Corte de Apelaciones de Santiago revoca la sentencia de primera instancia y niega lugar a la resolución fundándose en que en el caso se trata de una industria casera y de temporada que, tanto por las instalaciones y útiles que se emplean en ella, cuanto por la naturaleza de la labor que efectúan, las operaciones y los lugares en que la realizan, no constituyen una infracción a las reglas del artículo 1938 CC., que autorice al arrendador para reclamar la terminación del arrendamiento con indemnización de perjuicios puesto que el establecimiento de una industria de las características enunciadas no importa dar a la cosa arrendada una destinación diferente

⁸¹ Cfr. la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de 12 de noviembre de 1920. Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago vincula las obligaciones de la esencia del contrato al objeto que llevó a contratar a las partes y declara improcedente la acción resolutoria al entender que la obligación incumplida no es esencial. En la sentencia se declara que de la sola lectura del contrato de arrendamiento resulta que el destino para el cual fue arrendada la propiedad no fue en esencia, o exclusivamente, el de bodega, sino que se arrendó para ser destinada a la habitación y, además, para servir de bodega; por lo que la obligación que el apelante alega como incumplida (ser apta para bodega), aún en el caso de ser efectiva su ocurrencia, es una cosa accidental del contrato. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de julio de 2008, rol N° 721 -2006, disponible en www.puntolex.cl.

⁸² El incumplimiento refiere a un contrato de compraventa de un vehículo motorizado y la resolución se demanda fundada en la falta de entrega de algunas piezas sueltas de herramientas y accesorios necesarios para el uso y funcionamiento del automóvil, como ser un embudo, un cable de unión, una bomba de motor para inflar las cámaras, un espejo, dos desmontadores, dos desatornilladores, un alicate, dos llaves de punta, dos neumáticos para cambiar dos que vinieron vulcanizados y un acumulador en reemplazo del que había. Corte de Apelaciones de Talca, *Ibíd.*

de aquella a que ha debido aplicarse según los términos o el espíritu del contrato. Se declara que de la prueba rendida fluyen presunciones, que reúnen los requisitos legales, para establecer que la demandante conoció la instalación de la industria sobre la preparación de castañas confitadas desde la entrada en vigencia del arrendamiento, o por lo menos, desde una época muy anterior a la interposición de la demanda y esta circunstancia refuerza la conclusión sentada en el sentido de que dicha industria casera no constituye una destinación de la cosa arrendada que contraría el espíritu del contrato en términos de justificar la acción entablada⁸³.

Una sentencia del año 2003, de la Corte de Apelaciones de Santiago, da lugar a la terminación de un contrato de arriendo fundado en que el inmueble no era apto para el uso previsto por las partes al carecer de permiso de edificación, lo que impidió al arrendatario obtener una patente, siquiera provisoria, para desarrollar sus actividades empresariales⁸⁴.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta consideró, teniendo presente lo dispuesto por los artículos 1924 y 1928 del CC, que resulta evidente que los trabajos efectuados en el inmueble arrendado le produjeron al arrendatario turbaciones ya que no pudo usarlo para el fin estipulado en el contrato, porque no pudo desplegar su actividad comercial desde el 23 de enero de 2004, al no disponer de alcantarillado para el funcionamiento de su local de confitería. Se declara que en estas circunstancias le asiste al arrendatario el derecho de poner término al contrato de arrendamiento que lo liga con el arrendador⁸⁵.

⁸³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de noviembre 1942, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 41, 2ª parte, sec.1ª, pp. 257 ss. El tribunal de primera instancia dio lugar a la resolución del contrato y a la indemnización de perjuicios fundado en que del texto y del espíritu del contrato aparece que el arrendatario obtuvo la propiedad para destinarla exclusivamente a la habitación, máxime si ella se encontraba situada en un barrio meramente residencial. No obstante ello la destinó a una industria, la fabricación de castañas confitadas.

⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de agosto de 2003, en *Gaceta Jurídica* 278 (2003). En este caso las partes dejan expresa constancia en la cláusula cuarta del contrato que la propiedad arrendada deberá destinarse exclusivamente a oficinas de importación, exportación, distribución, compra y venta de artículos nacionales e importados, quedando prohibido darle otro destino sin autorización escrita del arrendador.

⁸⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de julio 2007, en www.puntolex.com. El arrendador en virtud de lo dispuesto en los artículos 1924 y 1928 del CC, pide la terminación del contrato de arrendamiento con indemnización de perjuicios, fundado en que los trabajos ejecutados por la Ilustre Municipalidad de Calama en el local arrendado en el giro de confitería –ubicado en el cine de esa ciudad–, le produjeron perturbación en su goce que le impidió continuar con la explotación de su actividad económica en dicho rubro.

Finalmente, es del caso comentar nuevamente la reciente sentencia de la Corte Suprema, de 19 de mayo de 2008, que expresa que es una obligación esencial, emanada del contrato de arrendamiento, la entrega al arrendatario de la cosa en estado de servir a la finalidad para la que fue arrendada⁸⁶. El Tribunal de primera instancia precisa que esa finalidad que el arrendatario daría al predio al ser conocida y aceptada por ambos contratantes, se elevó a la categoría de elemento esencial del contrato. Por su parte, la Corte Suprema expresa que conocida claramente tal finalidad por las partes corresponde determinar si el inmueble arrendado cumplía, o no, a la época del contrato y de la entrega, con las condiciones necesarias para ser usado de acuerdo a ella⁸⁷.

Se infiere de las sentencias citadas, en especial de la última, que la finalidad del acreedor interesa para efectos de la resolución en la medida que se encuentre incorporada en el contrato, y, consiguientemente, que el impacto del incumplimiento en ella era previsible para el deudor al tiempo de contratar. Esa finalidad incorporada al contrato se ve afectada en tanto el incumplimiento priva al acreedor de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

En la jurisprudencia se detectan otros casos en los que la gravedad del incumplimiento no viene dada por su impacto en la finalidad del acreedor, sino por la gravedad del incumplimiento en sí mismo.

Así, en la sentencia del 24 de julio de 2007 la gravedad –que hace precedente la resolución– no deriva del impacto que el incumplimiento irroga en la finalidad del acreedor, sino del dolo del deudor que deliberadamente infringe la regla contractual. Efectivamente, el tribunal concluyó que la demandada ha incurrido en incumplimiento del contrato en cuestión, al no respetar la cláusula sexta en la que las partes declararon que el mandato tendría el carácter de irrevocable y que el mandante estaba obligado a no efectuar gestión alguna que entorpeciera el ejercicio del encargo que se le confiaba. El Tribunal consideró, además, probado el incumplimiento de la obligación contractual por parte de la demandada y que dicha infracción

⁸⁶ En este caso, de acuerdo al contrato el destino del inmueble sería exclusivamente la instalación, manejo y desarrollo de un mini golf y sus instalaciones complementarias y adicionales relacionadas con la operación del negocio con sujeción estricta a los permisos y autorizaciones que fueran menester.

⁸⁷ Sentencia disponible en www.legalpublishing.cl identificador N° 39372. En otra sentencia, la misma Corte declaró que la entrega legal del dominio o la posesión con la inscripción en el registro del Conservador de Bienes Raíces a nombre del comprador y adquirente no es suficiente pues la inscripción no realiza uno de los objetos principales que llevan al comprador a celebrar el contrato, cual es el gozar la cosa comprada y dispone de ella. Corte Suprema, 31 de mayo de 2005, en *Fallos del Mes* 533 (2005-2006), pp. 853-866.

resultaba imputable al deudor en grado de dolo, por cuanto el incumplimiento que conlleva mala fe importa sopesar que, con un hecho propio se consumó una posición antijurídica; pero querida por el deudor siendo sus móviles el perjuicio ajeno o el provecho propio, ello en el entendido que realizar las gestiones de venta directamente sin mediar el mandatario, podría significar una ganancia del 5%, por concepto de comisión de venta⁸⁸.

Otra sentencia, aplicando el mismo criterio, si bien rechaza la resolución, por tratarse de un incumplimiento insignificante, declara que tampoco procedería porque el deudor no incumplió deliberadamente, sino que lo hizo por haberse encontrado enfermo e imposibilitado en un lugar distante⁸⁹.

De estos fallos se infiere que la resolución procedería debido a la conducta misma del deudor, una conducta renuente al cumplimiento, que desconoce deliberadamente el contrato. Equivalen a los supuestos de incumplimiento temerario o doloso o a aquellos en los que el acreedor pierde la confianza en un ulterior cumplimiento del deudor de los PCCI. y los PECL., o a la repudiación del "Common Law"; o al tradicional incumplimiento manifiestamente deliberado de la doctrina y jurisprudencia española. Como se quiera, la procedencia de la resolución descansa en la valoración de la conducta del deudor. El incumplimiento es grave en sí mismo.

Finalmente, en la jurisprudencia se entiende que cuando el incumplimiento no es lo suficientemente grave, la resolución sólo procedería si así lo hubieren estipulado las partes, previendo específica y claramente el incumplimiento como resolutorio o bien elevando la obligación incumplida a la calidad de esencial⁹⁰.

⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 24 de julio 2007, en www.legalpublishing.cl N° 36693. Se demandó la resolución del contrato de fecha 1 de noviembre de 1989, celebrado entre las partes, por el incumplimiento grave de la obligación de la demandada de no efectuar gestión alguna que entorpezca el ejercicio del encargo que confió a través de un mandato irrevocable, y que la condene al pago de 14.400 UF., equivalentes al día 31 de octubre de 2002, a la suma de \$ 238.581.792, por concepto de indemnización de perjuicios ocasionados o la suma que el Tribunal determine, más las costas del juicio. Funda la demanda en el incumplimiento por parte de la demandada, haciendo presente que el principal incumplimiento está dado porque haciendo caso omiso de 15 años de arduo trabajo por parte de la Corporación para dejar los terrenos en posición de ser enajenados a un mejor precio, la demandada decidió, por distintas vías entorpecer el proceso de venta de los terrenos, iniciando por su propia cuenta la venta de los mismos en forma directa.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de La Serena, de 24 de junio de 1908, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 7, Sec. 2ª, p. 39.

⁹⁰ Véase las sentencias: Corte Suprema, de 1 de junio 2006, en www.legalpu-

La Corte de Apelaciones de Santiago no da lugar a la resolución dado que se trata de una obligación accidental y su incumplimiento sólo dará lugar a la resolución cuando las partes así lo acuerden. En el caso se puede apreciar de la sola lectura del contrato de arrendamiento, que el destino para el cual fue arrendada la propiedad no fue en esencia, o exclusivamente, el de bodega como lo sostiene la demandada y demandante reconventional. En efecto, de la cláusula primera del contrato de arrendamiento aparece que la propiedad se arrendó para ser destinada a la habitación y, además, para servir de bodega; por lo que la obligación que el apelante alega como incumplida, aún en el caso de ser efectiva su ocurrencia, es una cosa accidental del contrato materia de la demanda, carácter que se verifica totalmente al observar lo establecido por las partes en relación a ella y cuyos efectos son los que estas expresamente establecieron en la cláusula catorce del contrato, en relación con las obligaciones impuestas por la autoridad en razón de uso que se destinará al inmueble⁹¹.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de La Serena, junto con rechazar la resolución por tratarse de un incumplimiento no importante –en la especie, el retardo en el pago del canon de arrendamiento– declara que éste no constituye causal suficiente para la resolución si las partes no lo han estipulado expresa y claramente. El Tribunal desconoce efectos a la cláusula genérica que declaraba que cualquier incumplimiento daba derecho al arrendador a resolver el contrato. Se infiere de la sentencia que la cláusula hubiere producido plenos efectos si en ella las partes hubieren especificado claramente el incumplimiento que daba lugar a la resolución⁹².

Del conjunto de sentencias arriba citadas se concluye que nuestros Tribunales exigen para la procedencia de la resolución que el incumplimiento en que ella se funda sea lo suficientemente grave y ello ocurre en tres supuestos: a) cuando el acreedor, a consecuencia del incumplimiento, no pueda alcanzar el propósito práctico del acreedor que le motivó celebrar el contrato. El incumplimiento le priva sustancialmente del resultado

blishing.cl N° 34691; y Corte de Apelaciones de La Serena, de 13 de julio 2007, en www.puntolex.com

⁹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de julio 2008, en www.puntolex.com.

⁹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 24 de junio 1906, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 7, sec. 2ª, pp. 39 ss. La demandante como guardadora de sus hijos, dio en arriendo los derechos que les corresponden en la estancia de “Amolanas”. En la cláusula cuarta del respectivo contrato se estipuló que cualquiera falta en el cumplimiento del contrato daba derecho al arrendador para hacerlo cesar, sin que el arrendatario pueda por ello hacer reclamo alguno o cobrar perjuicios. En la cláusula tercera, se estipuló que el canon anual sería pagado por semestres vencidos. Al no efectuarse el pago del semestre vencido se demandó la resolución.

o beneficio que esperaba obtener con el contrato; b) cuando el deudor incumple el contrato con dolo o deliberadamente; y c) cuando las partes así lo hubieren estipulado específica y claramente.

c) La tipología de los incumplimientos esenciales en el derecho civil. De esta forma, con apoyo de las normas aisladas del *Código Civil* que reservan la resolución para incumplimientos graves; en especial, la del artículo 1926 CC.; las sentencias que se han pronunciado sobre el incumplimiento resolutorio y el modelo de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías –que es ley de la República– puede afirmarse que la infracción contractual apta para que proceda la resolución es el incumplimiento esencial que comprendería tres tipos de incumplimiento:

i) Los incumplimientos que privan sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato siempre que tal resultado hubiere sido razonablemente previsible para el deudor al tiempo del contrato, debiendo distinguir dos supuestos distintos: i) aquel en que se frustra definitivamente el propósito del acreedor, sea porque la prestación se hace imposible o porque, aunque aún posible, deja de interesarle al acreedor; ii) supuestos en que el acreedor sigue interesado en la prestación, sin embargo el incumplimiento le priva del beneficio o resultado práctico que perseguía obtener con el contrato. La gravedad es objetiva y viene determinada por el impacto del incumplimiento en el interés del acreedor.

ii) Los incumplimientos dolosos, deliberados o con culpa grave y en todo caso en que se concluya inequívocamente que el acreedor no tiene razones para confiar en el cumplimiento posterior del deudor⁹³. Es la conducta del deudor que contraría la buena fe objetiva del artículo 1546 CC. la que hace perder la confianza del acreedor en un cumplimiento futuro o en la corrección de un cumplimiento imperfecto, confianza que la misma buena fe protege. El deudor es renuente a cumplir, desconoce el contrato y ello libera al acreedor, cualquiera sea la objetiva gravedad del incumplimiento. La gravedad es subjetiva y viene determinada por la conducta del deudor que se opone a la buena fe objetiva del artículo 1546 CC.

⁹³ Díez-Picazo afirma que se equipara al incumplimiento esencial aquel incumplimiento intencional que permite a la parte que lo sufre creer que no podrá confiar en un futuro cumplimiento. El incumplimiento, añade, por sí solo no alcanza la categoría de sustancial, pero permite establecer la fundada idea de que el contrato no será cumplido en el futuro. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos, Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 5), p. 865. Sobre la voluntad deliberadamente rebelde del deudor en la doctrina y jurisprudencia españolas como supuesto de incumplimiento resolutorio, véase: CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit. (n. 4), pp. 357-418.

iii) Cuando las partes así lo hubieren estipulado específica y claramente, sea directamente tipificando incumplimientos como resolutorios, sea indirectamente elevando concretas obligaciones a la calidad de esenciales⁹⁴. La resolución es procedente porque así lo han querido las partes, no siendo permitido averiguar si el incumplimiento es objetiva o subjetivamente grave; se está a la ley del contrato del artículo 1545 CC. debidamente interpretada.

En consecuencia, la noción de incumplimiento resolutorio agrupa a una serie de supuestos distintos que tienen el común su carácter esencial por cualquiera de los motivos arriba descritos. En algunos produce la frustración definitiva el interés del acreedor (término esencial o imposibilidad sobrevenida); en otros, en cambio, el acreedor sigue interesado en la prestación y la resolución le permite acudir al mercado y obtener allí la satisfacción de su interés mediante la celebración de una operación de reemplazo.

IV. CONCLUSIONES

Atendido el modelo de obligación, por regla general, cuando el acreedor resuelve, éste persigue la realización de su interés en naturaleza ya no del deudor, sino de un tercero (mercado). Sólo así puede entenderse la opción reconocida por el artículo 1489 CC.: resolución o ejecución forzada.

La infracción contractual que autoriza la resolución es el incumplimiento esencial: i) sea porque priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando ese resultado sea previsible para el deudor al tiempo de contratar; ii) sea porque el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento futuro de su deudor, atendida la conducta o actitud de este último; y iii) sea por voluntad de las partes, ellas así lo acordaron concreta y específicamente.

Si bien la resolución actúa objetivamente –al proceder su ejercicio inclusive cuando el incumplimiento se debe a un caso fortuito– sin embargo, ella no prescinde totalmente de la valoración de la conducta del deudor. Precisamente, el dolo o la culpa grave del deudor haría procedente la resolución en su tercer supuesto, en el de la pérdida de confianza.

⁹⁴ Como afirma Clemente Meoro, cit. (n. 4), p. 418, “las partes pueden pactar la resolución y, consecuentemente, establecer criterios distintos a los jurisprudencialmente asentados en cuanto al incumplimiento que faculta para resolver. Esta posibilidad claramente deriva del principio de la autonomía privada [...]. En consecuencia, las partes pueden elevar a la condición de principal la obligación que objetivamente es accesoria o pueden prever que determinados incumplimientos, en principio sin suficiente relevancia objetiva, faculden al acreedor para resolver”.

En consecuencia, la procedencia de la resolución no se vincula necesariamente a los incumplimientos definitivos, sea por imposibilidad de la prestación o porque el interés del acreedor ha decaído a consecuencia del incumplimiento; ella se extiende a supuestos en los que pese al incumplimiento el acreedor sigue interesado en la prestación.

[Recibido el 9 de marzo y aceptado el 4 de mayo de 2009].

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (4ª edición, Santiago, 2001).
- AGUAD DEIK, Alejandra, *Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6 (2006).
- ALBIEZ, Klaus, *La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado*, en *Revista de Derecho Privado* (2002), pp.187-206.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, en *Actualidad Jurídica* 8 (2003).
- ALCALDE SILVA, Jaime, *La causa de la relación obligatoria*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones* (Santiago, 1930).
- BARAONA GÓNZALEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, 1998).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de los remedios contractuales*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008).
- BONELL, Michael J., *I Principi Unidroit nella pratica. Casistica e bibliografia riguardanti i principi unidroit dei contratti commerciali internazionali* (Milano, 2002).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (editor), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo y Ponce de León* (Madrid, 2003), II.
- CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux, legs* (1923, trad. cast. Madrid, 1930), p. 9.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1978).
- CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia, 1998).
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* (Boletín de Información, Año LXIII, Gobierno de España, Ministerio de Justicia, enero de 2009).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (1985, reimp. Madrid, 2002).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, "Prólogo" a ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato* (Madrid, 1968).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *El concepto de causa en el negocio jurídico*, en *Anuario de Derecho Civil* 16 (1963) 1.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II: *Las relaciones obligatorias* (6ª edición, Madrid, 2008).

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, (Pamplona, 2005).
- DÍEZ-PICAZO, Luis - ROCA TRÍAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos* (Madrid, 2002).
- EBERS, M., *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB tras la ley de modernización del derecho de obligaciones*, en *Anuario de Derecho Civil* 56 (Madrid, 2003) 4.
- ELGUETA ANGUITA, Augusto, *Resolución de contratos y excepción de pago* (Santiago, 1981).
- ELGUETA ORTIZ, Augusto, *La resolución y el incumplimiento recíproco* (Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago, 1942).
- FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts* (New York, 2004).
- FENOY PICÓN, Nieves, *El sistema de protección del comprador* (Madrid, 2006).
- FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3^a edición, actualizado FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, Santiago, 2004).
- FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, IV: *De las obligaciones* (Santiago, 1958), 1.
- GALVÁN BERNABEU, José Antonio, *Conferencia Inaugural del II Congreso Chileno de Derecho Privado*, en *RDUCV*. 19 (1998).
- GENICON, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution* (Paris, 2007).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Causa del contrato, y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (2001).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La doctrina de la "consideration" en Blackstone y su relación con la "causa" del "ius commune"*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003).
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS CENTRO MEXICANO, *Comentario al artículo 7.1.1 Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales 2004*, en www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2488.
- KOCH, Robert, *Remarks on Whether the Unidroit Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG*, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-25.html>
- KOCH, Robert, *The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, en *PRCISG*. (1999).
- KREBS POULSEN, Claus, *La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita*, en *Revista Chilena de Derecho* 26 (1999) 4.
- LAMARCA MARQUÉS, Albert, *La modernización del Derecho alemán de obligaciones: la reforma al BGB.*, en *Indret* (2001).
- LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría de las obligaciones* (Santiago, 2003).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Contratos: parte general* (Santiago, 1998).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El incumplimiento contractual y sus modalidades*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008).
- MESSINEO, Francesco, *Il Contratto II. Diritto privato, teoria generale*, en *EJ*. 9 (1968).
- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho civil* (9^a edición, Santiago, 2002).

- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Modernización del Derecho de obligaciones* (Madrid, 2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, voz "Causa", en *Enciclopedia Jurídica* 2 (1995).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993) 4.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones: teoría general y clasificaciones, la resolución por incumplimiento* (Santiago, 2003).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Sobre la excepción de contrato no cumplido*, en *Actualidad Jurídica* 9 (2004).
- SMITH, A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract* (Oxford, 2005).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* (Santiago, 1939).
- TALLON, *La inexécution du contrat*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1994).
- TREITEL, G. H., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (Oxford, 1988)..
- TREITEL, G.H., *The Law of Contract* (London, 2007).
- UNIDROIT, *Principios sobre contratos comerciales internacionales* (Roma, 1995).
- VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile comentado i explicado* 5 (Santiago, 1896).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena*, en *Revista de Derecho* 18 (Valdivia, 2005).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 1.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código civil sobre incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación* (Santiago, 2007).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho civil III* (Santiago, 2008).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2000).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La noción de persona razonable en la compraventa internacional*, en PAES DE BARROS LEÃES, Luís, *Notas sobre la inexecução*, en BONELL, M. JOACHIM, *Principi per i contratti commerciali internazionalli e il sistema giuridico latinoamericano* (Milano, 1996).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ, Sara (editores), *Estudios de Derecho Civil II*, (Santiago, 2007).

- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil* (Valparaíso, 2006).
- VÍO VÁSQUEZ, Efraín, *Las obligaciones condicionales* (Memoria de Licenciatura, Universidad de Concepción, 1945).
- VODANOVIC, Antonio, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga* (Santiago, 2004).
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Obligations Law. Historical and Comparative Perspectives* (Oxford, 2005).