

López Díaz, Patricia Verónica

LA TUTELA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL ACREDITADOR EN EL CÓDIGO
CIVIL CHILENO: DOS SISTEMAS ESTRUCTURALMENTE DIVERSOS, PERO,
¿PLENAMENTE COHERENTES Y CONVERGENTES?

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 29, diciembre, 2017, pp. 9-98
Universidad Diego Portales
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370853917001>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

LA TUTELA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL ACREEDEDOR EN EL *CÓDIGO CIVIL CHILENO*: DOS SISTEMAS ESTRUCTURALMENTE DIVERSOS, PERO, ¿PLENAMENTE COHERENTES Y CONVERGENTES?

PRE-CONTRACTUAL PROTECTION AND CONTRACTUAL CREDITOR IN THE CHILEAN CIVIL CODE: TWO STRUCTURALLY DIVERSE SYSTEMS, BUT, ARE THEY FULLY COHERENT AND CONVERGENT?

Patricia Verónica López Díaz*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad abordar el sistema de tutela precontractual contenido en el *Código Civil* como contrapuesto al contractual, evidenciando que, no obstante asentarse sobre presupuestos distintos e integrarse por diversos medios de tutela, existe cierta coherencia en la protección que otorgan al acreedor, lo que se traduce en zonas de confluencia que determinan la necesidad de reconocerle la posibilidad de optar entre uno u otro y erradicar la pretendida prelación o jerarquía del segundo respecto del primero que actualmente consagran instrumentos normativos del *soft law*, como los Principios UNIDROIT.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Valparaíso. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: patriciaveronica.lopezdiaz@gmail.com. Artículo recibido el 7 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 16 de junio de 2017. Este trabajo constituye una versión ampliada de la ponencia “Por la articulación de un sistema de medios de tutela precontractual en el Código Civil chileno”, publicada en *Estudios de Derecho Civil XI*, pues la profundiza y extiende a un análisis comparativo con la contractual, sus zonas de confluencia y el derecho de opción entre ambas, y forma parte del proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11150423: “Hacia la articulación de un sistema de medios de tutela por responsabilidad precontractual en el Código Civil Chileno” del que la autora es investigadora responsable.

PALABRAS CLAVE: Tutela precontractual, tutela contractual, opción del acreedor.

ABSTRACT

The present work aims to tackle the precontractual protection system contained in the Civil Code as opposed to the contractual one, evidencing that, despite being based on different budgets and integrated by different means of protection, there is coherence in the protection granted to the creditor, which translates into areas of convergence that determine the need to recognize the possibility of choosing between one and the other and eradicate the alleged priority or hierarchy of the second with respect to the first that currently consecrate soft law normative instruments such as the UNIDROIT Principles.

KEYWORDS: Pre-contractual protection- Contractual protection -Creditor's option.

10

INTRODUCCIÓN

Una revisión de nuestro *Código Civil* permite constatar que este contempla, al menos, cuatro sistemas de protección del acreedor que lo amparan, según el caso, frente a anomalías o disconformidades que se sitúan en la fase de formación del contrato (*tutela precontractual*), antes de su inejecución (*tutela anticipatoria*), con ocasión de ella (*tutela contractual*) y frente a la existencia de vicios graves, ocultos y preexistentes a la época de celebración del contrato (*tutela por vicios redhibitorios*).

Indiscutiblemente la que ha concitado la mayor atención de la dogmática nacional ha sido la tutela por incumplimiento contractual¹ y aquella propia de los vicios redhibitorios², ensayándose, incluso, su lectura en clave precontractual y contractual³, a partir de la discusión que se ha suscitado en torno a la naturaleza jurídica de la acción redhibitoria, tanto

¹ Principalmente VIDAL (2007a), pp. 41-59; VIDAL (2006), pp. 517-537; PIZARRO (2008), pp. 395-402; VIDAL (2008), pp. 429-457; BRANTT (2010); MEJÍAS (2011); PIZARRO (2012), pp. 449-460; PIZARRO (2014), pp. 203-219; DE LA MAZA (2012), pp. 95-114; DE LA MAZA (2014); pp. 117-159; PRADO (2015); CONTARDO (2015a); DE LA MAZA (2015); pp. 79-100 y LÓPEZ (2015).

² OVIEDO (2015) y LÓPEZ (2016a), pp. 659-683.

³ LÓPEZ (2016b), pp. 57-90.

en la dogmática nacional como comparada⁴. No ha existido la misma preocupación por abordar la *tutela anticipatoria*, cuya procedencia está determinada por la necesidad de *evitar, corregir o impedir* las consecuencias del incumplimiento y que comprende medidas destinadas a alcanzar tal finalidad, que pueden adoptar tanto el *acredor* (resolución por anticipación, suspensión del cumplimiento, imponer medidas conservativas) como el *deudor* (aviso de ocurrencia de caso fortuito, solicitud de un plazo de gracia para el cumplimiento, corrección del cumplimiento)⁵.

Un fenómeno más radical aún se advierte a propósito de la denominada *tutela precontractual*, toda vez que en la dogmática nacional no ha existido un interés por identificar un supuesto que permita articularla en el *Código Civil* chileno ni se han analizado con detención las medidas de protección que lo integran⁶, en circunstancias que este esfuerzo dogmático reporta diversas ventajas en el sistema de protección del acreedor. En primer lugar, permite organizar su *estrategia de protección* para escoger aquel medio de tutela que le resulta más conveniente y determinar si lo puede ejercer en forma exclusiva o concurrente. Por otro lado, desvirtúa la creencia según la cual la nulidad es el único medio de tutela que procede autónomamente, pues existen hipótesis en que puede intentarse la indemnización o solicitarse la adaptación del contrato, garantizándose en este último caso su conservación y ampliando el ámbito de aplicación del principio del *favor contractus*. Por otra parte, completa el análisis dogmático del sistema de protección del acreedor, que, hasta ahora, se ha restringido a los medios de tutela por incumplimiento⁷ y a las medidas anticipatorias a este⁸ y precisa el alcance de la protección que ella otorga. Por último, permite deslindar las medidas de protección precontractuales de aquellas contractuales e indagar si existe la debida coherencia entre estos, estableciendo las hipótesis en que podrían confluir, evidenciando la necesidad de dilucidar si debe reconocerse al acreedor insatisfecho el derecho para optar, en tales casos, entre aquellos y estos.

Y es que, podría ocurrir que, en un supuesto concreto concurre, por ejemplo, una causal que permita al acreedor solicitar la nulidad del con-

⁴ DE VERDA (2009), pp. 299-301 y MORALES (2012), p. 17. En Chile, GUZMÁN (2007), pp. 99-101 y BARONA (2008), pp. 665 y 669. Una visión panorámica de las teorías formuladas en torno a la naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en LÓPEZ (2017a), pp. 423-459.

⁵ El único autor que, a la fecha, ha investigado este tópico es CONTARDO (2014b), pp. 551-564; CONTARDO (2015b), pp. 493-504; CONTARDO (2015d), 155-180 y CONTARDO (2016), pp. 541-552.

⁶ En forma excepcional hemos abordado este tópico en LÓPEZ (2017c), pp. 465-484 y LÓPEZ (2018a).

⁷ Véase autores indicados en la n. 1.

⁸ CONTARDO (2014b), pp. 551-564; CONTARDO (2015b), pp. 493-504; CONTARDO (2015d), 155- 180 y CONTARDO (2016), pp. 541-552.

trato por error sustancial o la resolución por incumplimiento, pudiendo escoger entre demandar la primera (como aconteció en los conocidos casos, Sociedad Agrícola Santa Anita con Faenadora El Milagro S.A.; Consorcio Transportes Trancura con Tocale) o la segunda (como sucedió en Glide Inversiones Ltda. con Compañías de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.⁹). Otro tanto puede acontecer con la pretensión indemnizatoria, dado que también existen *zonas de confluencias* entre aquella precontractual y contractual, como ocurre tratándose de la existencia de vicios redhibitorios, nulidad por falta de objeto e infracción de las obligaciones de advertencia. Distinto es el caso de las declaraciones contractuales, toda vez que el acreedor ejerció su opción antes de realizarlas, ya que como ellas no envuelven una promesa de verdad, no se transforman en garantías contractuales, permaneciendo, así, en la fase precontractual¹⁰.

Es en la delimitación entre la fase precontractual y contractual en la que queremos detenernos en esta oportunidad¹¹, pues nos permitirá identificar sus convergencias y divergencias, indagación que resulta útil al acreedor para diseñar su estrategia de protección en aquellos supuestos teóricos en que ambas puedan confluir. Para alcanzar nuestro propósito, este artículo se dividirá en tres secciones. En primer lugar, se abordará la idea de sistema de tutela durante la fase de formación del contrato y su inejecución, identificando el elemento articulador de cada cual y las medidas de protección que lo integran con la finalidad de establecer si existe entre ellos la debida coherencia estructural y tuitiva (II). A continuación, se explorarán los supuestos en que los medios de tutela que integran cada sistema podrían concurrir para constatar las *zonas de confluencia* entre ambos (III). Finalmente, se analizará, primeramente, desde la perspectiva del *soft law* y seguidamente, desde una óptica dogmática, el derecho del acreedor a optar entre la tutela precontractual y contractual, formulando las bases dogmáticas sobre las cuales estimamos que este debe erigirse (IV). Examinados tales tópicos, se formularán las conclusiones.

II. EL SISTEMA DE TUTELA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL EN EL *CÓDIGO CIVIL CHILENO*

Sabido es que nuestro legislador ha contemplado diversas medidas de protección del acreedor frente anomalías o disconformidades acaecidas

⁹ Que se referirán en el tercer apartado de este artículo.

¹⁰ Para una distinción entre las garantías y declaraciones contractuales véase BARROS-ROJAS (2010), p. 514.

¹¹ Dado que las otras ventajas ya las hemos examinado en más de una ocasión. Véase LÓPEZ (2017c), pp. 465-484; LÓPEZ (2017d), pp. 87-127; LÓPEZ (2018a) y LÓPEZ (2018b).

durante la fase de formación y ejecución del contrato y que ellos pueden agruparse en torno a un *común denominador*, que permite incardinarnos en un *sistema*¹². Y es que, tal expresión, en el lenguaje más coloquial, precisamente se utiliza para designar un conjunto de reglas o principios sobre una determinada materia, *enlazados en forma racional* o un conjunto de cosas que, *relacionadas ordenadamente*, contribuyen a determinado objeto¹³.

La dogmática ha seguido esta idea y ha sostenido que un sistema de remedios o, si se quiere, de medios de tutela o instrumentos de distribución de riesgos por falta de realización del contrato¹⁴, es un conjunto, más o menos amplio, de medidas de protección que ofrece un determinado ordenamiento jurídico al acreedor, en ciertos supuestos, para que este pueda satisfacer su interés, debidamente articulados en torno a un *común denominador*. Por consiguiente, para que este se configure debe existir un *supuesto básico* que determine su aplicación, una *pluralidad* de medidas de protección y una unidad de función en consideración al interés protegido¹⁵.

Hasta ahora ha sido el sistema de responsabilidad contractual el que ha concitado, en mayor medida, la atención de los autores¹⁶, pues se activa frente a la inejecución del contrato y es, esta hipótesis, la que aparece con mayor frecuencia en las reflexiones académicas y en los casos sometidos al conocimiento de los tribunales. Pero, en el último tiempo se han trazado conexiones entre la tutela contractual (*concursos horizontales*) y la precontractual (*concursos verticales*), especificando los mecanismos de protección que podrían confluir¹⁷ y, más recientemente, ha surgido la inquietud de articular un sistema de medios de tutela precontractual en nuestro *Código Civil*¹⁸.

Tales disquisiciones dogmáticas, determinan, a nuestro juicio, la necesidad de explorar la construcción de dicho sistema y revisitar aquel de naturaleza contractual con el propósito de establecer los supuestos que cada uno cubre y constatar si existe entre ellos la debida correspondencia. Esta pesquisa permitirá complementar el contundente examen de los concursos de tutelas realizado por la doctrina nacional, ya no desde la

¹² LÓPEZ (2017c), pp. 465-484.

¹³ Esta idea ya la hemos enunciado en LÓPEZ (2016b), p. 66 y LÓPEZ (2017c), pp. 469-470.

¹⁴ Abogando por la pertinencia de la expresión ‘remedios’ MORALES (2011), p. 402). Con todo, en el último tiempo los ha empleado la denominación “mecanismos de distribución del riesgo de la falta de realización del contrato en sus propios términos: MORALES (2016), p. 22. Sobre un análisis de esta nomenclatura en el *Civil Law* y *Common Law* y su repercusión sustantiva y procidimental véase VERDERA (2014), pp. 63-66 y LÓPEZ (2015a), pp. 14-19.

¹⁵ MORALES (2011), pp. 403-404 y MORALES (2013), pp. 398-399.

¹⁶ Véanse autores n. 1.

¹⁷ DE LA MAZA (2014), pp. 117-159.

¹⁸ LÓPEZ (2017c), pp. 465-484.

perspectiva de las medidas de protección que resultan procedentes¹⁹, sino desde los *supuestos de hecho* en que tiene lugar, arribando, así, a un análisis más integral, y detectar si existe una superposición absoluta entre ellas y, por consiguiente, la protección precontractual del acreedor se justifica. Este esfuerzo resulta de trascendental importancia, particularmente porque, en la última década, la dogmática comparada y la nacional más reciente²⁰, ha sugerido proyectar las anomalías o disconformidades acaecidas en la fase precontractual a la contractual, desplazamiento que, en principio, podría inducir a pensar en forma errónea que aquella puede subsumirse totalmente en la primera.

1. La tutela precontractual: articulación del sistema y medios o medidas que lo integran

Históricamente el análisis de la responsabilidad precontractual ha sido desplazado por el de la contractual, probablemente, porque aquella no fue inicialmente regulada por todos los códigos civiles. Las primeras reflexiones teóricas en torno a ella se sitúan a partir del año 1861²¹ y su regulación se remonta a 1940 como lo evidencian los arts. 197 y 198 del *Código Civil* griego de ese mismo año y 1337 del *Codice* de 1942, precursores en esta materia. Tales preceptos fueron seguidos por el art. 227 del *Código Civil* portugués de 1966, 465 del boliviano de 1975, 689 del paraguayo de 1985, 422 del brasileño de 2002, el numeral 2 del §311 del *BGB* después de la reforma de 2002, 991 del *Código Civil y Comercial* argentino de 2015 y 1112 del *Code*, a partir de la modificación introducida por la ordenanza N° 2016-131 de 10 de febrero de 2016.

El interés por la responsabilidad precontractual ha aumentado en el último tiempo y se ha dirigido particularmente a los deberes precontractuales de lealtad e información, como lo evidencian los arts. 2.1.15 y 2.1.16 de los PICC, II. 3:301 y 3:302 del DCFR, 2:301 y 2:302 de los PECL, 1245 de la PME y 522-1 de la propuesta de *Código Civil* relativa a los libros

¹⁹ Efectuado por DE LA MAZA (2014), pp. 126-157.

²⁰ DE LA MAZA (2010a), pp. 273-274; GARCÍA-OTERO (2010), p. 56; MORALES (2010), pp. 89-91; DÍEZ-PICAZO-GULLÓN (2015), pp. 29-30 y PRADO (2016), pp. 442-451.

²¹ VON IHERING (1861), pp. 1-112; SALEILLES (1907), pp. 697-751; FAGELLA (1918); BENATTI (1963); ALONSO (1971), pp. 859-922; MANZANARES (1984), pp. 687-748; CABANILLAS (1995), pp. 747-788; ASÚA (1989); HONDÍUS (1991); GARCÍA (1991); ASÚA (1989), pp. 53-190; CARUSO (1993); ARROYO (2003); pp. 335-370; ASÚA Y HUALDE (2003), pp. 1415-1433; VIGURI (2003), pp. 79-88; MEDINA (2005), pp. 79-106; DE LOS MOZOS (2005), pp. 165-186; ROPPO (2006), pp. 283-299; SCHULZE (2006), pp. 29-58; SAPONE (2008); CARTWRIGHT (2009); GARCÍA Y OTERO (2010); TOMÁS (2010), pp. 187-210; QUESADA (2011); pp. 55-107; PANTALEÓN (2011), pp. 897-930; VAN ERP (2011), pp. 493-513; BERNAD (2015), pp. 11-50; CHANTEPIE-LATINA (2016); pp. 140-162 y DESHAYES-GENICON-LAITHIER (2016), pp. 74-86.

Quinto y Sexto elaborada por la PAPDC de 2016. En efecto, todos ellos consagran el deber de actuar de buena fe en las negociaciones anteriores a la celebración del contrato, estableciendo la obligación de indemnizar los daños que acarree su vulneración²². El borrador de los PLDC, en tanto, en la última versión que hemos tenido a la vista²³, regula como supuestos de responsabilidad la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (art. 10) y el incumplimiento del deber de confidencialidad (art. 11), sin aludir al deber de información.

Entre nosotros tal inquietud fue más tardía, pues comenzó a manifestarse en la década del setenta, abordándose, en un inicio, el fundamento de la responsabilidad precontractual, su naturaleza jurídica, requisitos de procedencia e interés indemnizable, particularmente con ocasión de la ruptura injustificada de las tratativas preliminares²⁴. Sin embargo, a partir del movimiento de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, esta preocupación se incrementó y comenzaron a examinarse otros tópicos prácticamente inexplorados, tales como los deberes precontractuales de lealtad, confidencialidad, conservación y custodia²⁵ y, con mayor detención, el de información²⁶, añadiéndose los supuestos de indemnización precontractual²⁷.

Situados en este estadio de la reflexión dogmática, parece lógico, preguntarse cuáles son los *medios de tutela* precontractuales destinadas a tutelar al acreedor frente a anomalías o disconformidades acaecidas en la fase de formación del contrato y si ellos pueden aglutinarse en un

²² No se refieren a supuestos de nulidad o aquellos en que se ha celebrado un contrato válido desventajoso para una de las partes, lo que encontraría explicación en el que hecho que todas estas hipótesis se subsumen en la infracción de deberes derivados de la buena fe. Para un análisis comparativo véase TOMÁS (2010), pp. 193-207 y GARCÍA Y OTERO (2010), pp. 5-23.

²³ Consultada el 15 de diciembre de 2016.

²⁴ ROSENDE (1979); DOMÍNGUEZ ÁGUILA-DOMÍNGUEZ BENAVENTE-DOMÍNGUEZ HIDALGO (1996), pp. 179-183; DOMÍNGUEZ (2005a), pp. 305-311; BARROS (2006a), pp. 1000-1042; DE LA MAZA (2006), pp. 131-158; ZULOAGA (2006); SEGURA (2007), pp. 345-362; BARRIENTOS (2008); CELEDÓN -SILBERMAN (2010); RODRÍGUEZ (2011); pp. 196-199; SAN MARTÍN (2013), pp. 315-322.

²⁵ BARROS (2006a), pp. 1001 y 1014-1042; BARRIENTOS (2008), pp. 73-109 y BOETSH (2011), pp. 139-143.

²⁶ BARROS (2006a) pp. 1008 a 1042; NÚÑEZ (2007), pp. 323-344; BARRIENTOS (2008), pp. 73-109; DE LA MAZA (2010c), pp. 75-99; RÍOS (2014); DE LA MAZA (2010d), pp. 21-52; BARRIENTOS (2015a), pp. 65-104 y BARRIENTOS (2015b), pp. 423-451.

²⁷ En un inicio analizada para hipótesis particulares por ROSENDE (1979), pp. 59-100; DUCCI (1988), pp. 237-238; RODRÍGUEZ (1995); pp. 296-303; BARROS (2006a), pp. 1013-1041; ZULOAGA (2006); SEGURA (2007), pp. 346-357 y CELEDÓN-SILBERMAN (2010). Y más recientemente por RODRÍGUEZ (2011), pp. 196-200; BARONA (2012), pp. 83-101; PINOCHET-CONCHA (2015), pp. 129-152; LÓPEZ (2017d), pp. 90-111 y LÓPEZ (2018a).

sistema que le permita escoger entre uno u otro para satisfacer su interés en forma directa o indirecta. Tal interrogante ha surgido en la doctrina comparada, especialmente en la española, destacando el acucioso trabajo del profesor Antonio Manuel Morales Moreno, quien, siguiendo la misma metodología que empleó para construir el sistema de tutela contractual²⁸, distingue un supuesto básico a partir del cual agrupa la nulidad, indemnización de daños y adaptación del contrato, dibujando su procedencia conjunta o autónoma²⁹. Por su parte, Fernando Pantaleón acomete una tarea orientada en una dirección similar, ya que sistematiza los grupos de casos de responsabilidad precontractual, sugiriendo criterios de solución y proponiendo una regulación para un futuro *Código Latinoamericano de Contratos*³⁰. Pero, al igual que María Paz García Rubio, circscribe su análisis a la indemnización, aludiendo tangencialmente a la nulidad y omitiendo cualquier referencia a la adaptación del contrato³¹.

Podría pensarse que ensayar la sistematización que venimos comentando no tiene mayor relevancia en el ordenamiento jurídico chileno y que se trataría de una importación de modelos foráneos, diseñados para el Derecho europeo trasnacional, que no se condicen con nuestra realidad. Y es que nuestro ordenamiento, a diferencia de los europeos, no está expuesto a las exigencias de un tráfico jurídico sin fronteras, ni ante un proceso de integración en organizaciones supranacionales que determinen la existencia de un mercado único que requiera reglas uniformes. Pero un análisis más detenido revela que la *ausencia* de dicha articulación ha acarreado dos *consecuencias negativas*. En primer lugar, una *dispersión* que no permite percibir con claridad que la indemnización de daños y la adaptación del contrato constituyen, al igual que la nulidad, medios de tutela precontractuales, impidiendo al contratante escoger aquel que satisface de mejor forma su interés. En segundo lugar, el *desvanecimiento* del derecho de opción del acreedor no solo en la fase precontractual sino, también, respecto de los medios de tutela por incumplimiento, en el evento que algunos de ellos confluya con estos, revelando que la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos aún se encuentra inconclusa en nuestra dogmática³². Tales motivos justifican asumir el desafío dogmático que proponemos.

²⁸ MORALES (2006a), pp. 30-32.

²⁹ MORALES (2011), pp. 400-422, quien sigue al efecto la regulación contenida en los PECL.

³⁰ PANTALEÓN (2011), pp. 897-929.

³¹ GARCÍA (1991) y GARCÍA-OTERO (2010).

³² LÓPEZ (2017c), p. 468.

a) El elemento articulador:

La infracción de los deberes precontractuales
de lealtad e información

Como lo indicamos precedentemente, para que un sistema se configure se requiere un supuesto que articule el *enlace* o *relación* entre todas sus piezas o componentes en forma coherente y concatenada. De allí que la doctrina que ha abordado este tópico se pregunte si es posible advertir un *común denominador* sobre el cual se erigiría el sistema de protección precontractual que aglutine los medios de tutela que lo integran³³.

La determinación y formulación de este *supuesto articulador* supone indagar y sistematizar aquellas hipótesis en que el legislador otorga protección al acreedor frente a anomalías y disconformidades previas a la ejecución del contrato. Pues bien, una detenida revisión de nuestro *Código Civil* permite constatar que tal tutela no solo tiene lugar a través de la nulidad sino, también, procede si experimenta daños como consecuencia de la anulación del contrato. En efecto, aunque el legislador contempla la indemnización para casos acotados, tales como el error en la persona (art. 1455) y la falta de objeto (art. 1814), esta puede extenderse, como veremos, a hipótesis semejantes³⁴. Un fenómeno similar se advierte en supuestos en que se verifica un desequilibrio entre los contratantes, como acontece en la lesión enorme en que puede solicitarse, en forma prevalente, la adaptación del contrato.

Probablemente por tal motivo el profesor Antonio M. Morales Moreno proponga, como supuesto articulador, la protección del contratante que ha celebrado “un contrato no querido” (error), “o con un contenido no querido” (error o dolo), o “con una organización de intereses que no se adapta al modelo de corrección que en ese caso utiliza la norma” (ventaja excesiva y cláusula abusiva)³⁵, ya que en esta fórmula aglutina, respectivamente, la nulidad, indemnización y adaptación del contrato. Sin perjuicio de lo adecuado de su planteamiento, estimamos que es posible comprimir y simplificar aún más este *común denominador*, reconduciéndolo, en términos generales, a la noción de *equilibrio contractual originario o congénito* y, específicamente, a la *infracción de los deberes precontractuales de lealtad e información*.

Como lo hemos destacado en otro sitio³⁶, el *equilibrio contractual originario* existe al momento de formación del consentimiento, desaparece

³³ MORALES (2011), p. 409.

³⁴ Un análisis más detenido de estos supuestos en LÓPEZ (2017d), pp. 90-111 y LÓPEZ (2018a).

³⁵ MORALES (2011), p. 409.

³⁶ LÓPEZ (2015c), pp. 136-138.

en aquellos supuestos en que una parte acepta las condiciones inicuas que la otra le impone y el *Código Civil* chileno lo consagra a propósito de los vicios del consentimiento y la lesión enorme. La pregunta que surge, entonces, es otra: ¿admite nuestro *Código* la existencia de tales deberes precontractuales? Y, en caso que así fuere, ¿su infracción permite agrupar las diversas hipótesis en que el legislador otorga una protección precontractual al acreedor?

Desde antiguo la doctrina ha distinguido las obligaciones *principales o primordiales* y los deberes *colaterales, instrumentales o secundarios de conducta*, entendiendo por tales aquellos que exigen realizar conductas necesarias para la celebración y cumplimiento del contrato de acuerdo con el propósito perseguido por las partes³⁷. Esta diferenciación, acogida en la última década entre nosotros³⁸, resulta aplicable a la fase contractual como a la precontractual, determinando, en el primer caso, un incumplimiento contractual³⁹ y, en el segundo, la vulneración de un deber precontractual que, según el caso, se traducirá en la lealtad que debe observarse en esa etapa, la información que debe entregarse, la confidencialidad que debe guardarse y la custodia y conservación que debe prestarse.

Tales deberes, que tienen por propósito preparar adecuadamente el cumplimiento de la prestación y cuyo fundamento se encuentra en la buena fe⁴⁰, han adquirido particular relevancia en el último tiempo, pues las reflexiones académicas han determinado la necesidad de consagrarlos positivamente, como lo evidencian algunos códigos civiles y ciertos instrumentos contractuales de *soft law* que ya hemos referido, probablemente para consignar en forma indubitable la causa de una eventual indemnización derivada de su vulneración y no tener que construirla a partir de disquisiciones teóricas.

Sin embargo, a nuestro juicio, el reconocimiento de ellos reviste una utilidad adicional que alcanza un mayor espectro y que incide en la tutela del acreedor, toda vez que la infracción de alguno de ellos permite articular un sistema de medios de tutela precontractual. Y es que si se mira

³⁷ Una síntesis de esta distinción en LARENZ (1958), pp. 18-22; DÍEZ-PICAZO (1964), pp. 351-353, 357, 362-364; BETTI (1969), p. 104; JORDANO (1987), pp. 31-32; MEDICUS (1995), p. 8; LORENZETTI (2004), pp. 391-393; SOLARTE (2004), pp. 303-315; MORALES (2006a), p. 19; MORELLO (2006), pp. 69-71; MONSALVE (2008), pp. 30-74; DÍEZ-PICAZO-GULLÓN (2012); pp. 111-112; BERNAL (2013), pp. 57-58.

³⁸ CORRAL (2010), pp. 79-83, PRADO (2015a), p. 2 y ss. y LÓPEZ (2015a), pp. 235-244.

³⁹ PRADO (2015a), p. 2 y ss. y LÓPEZ (2015a), pp. 235-244.

⁴⁰ Como lo ha reconocido nuestra doctrina y jurisprudencia. Véase, entre otros, BARROS (2006a), pp. 1001 y 1014-1042; BARRIENTOS (2008), pp. 73-109; CORRAL (2010), pp. 79-83 y BOETSH (2011), pp. 115-119 y 139-143; PRADO (2015a), p. 2 y ss. y LÓPEZ (2015a), pp. 235-244 y la jurisprudencia allí citada.

con detención, la infracción de los deberes precontractuales de lealtad e información no solo lleva aparejada la procedencia de la indemnización de daños sino, eventualmente, la nulidad o la adaptación del contrato. De allí que sea necesario explorar, más allá de una referencia genérica a la buena fe, si es posible configurar normativamente tales deberes en nuestro *Código Civil*.

Excluimos cualquier referencia a los *deberes de protección o seguridad* que tienen por objetivo evitar el daño a la persona y bienes de la otra parte, como consecuencia de las conversaciones preliminares, pues no deben concurrir en la fase anterior a la celebración de un contrato ni se vinculan necesariamente a ella. En efecto, solo se explican por la ausencia de una cláusula general que determine la procedencia de la responsabilidad extracontractual en el *BGB*, como lo ratifica el numeral 2 del §311 que alude a una *relación jurídica obligatoria preexistente*⁴¹, problema que no se advierte en el *Código Civil* chileno que, a tal efecto, contempla el art. 2314⁴².

Prescindiremos también de los *deberes de custodia y conservación*, en virtud de los cuales quien solicite mercancías u objetos para examinarlos, antes de adquirirlos, está obligado a resguardarlos y preservarlos, toda vez que, al igual que el de *protección o seguridad*, constituye un deber general de cuidado⁴³ que solo se reconduce a una hipótesis de responsabilidad precontractual si el defecto de custodia se debe a una actuación dolosa o negligente que defrauda el principio de confianza o, si quien solicita los objetos para examinarlos, interrumpiera los tratos, pero aprovechara las ideas obtenidas de tal examen para confeccionar sus propios modelos⁴⁴. Y es que, en realidad, al igual como acontece tratándose del deber de *confidencialidad*, se trata de supuestos subsumibles en la infracción del deber de precontractual de *lealtad*⁴⁵. En efecto, este último surge como consecuencia de aquel, ya que exige a quien en el curso de ellas ha conocido datos⁴⁶, cuya divulgación perjudicaría a la otra parte, guardar la debida reserva o secreto, se celebre o no el contrato, y no utilizarla en beneficio propio⁴⁷.

⁴¹ ALONSO (1971), p. 910; MANZANARES (1985), pp. 988-990; CABANILLAS (1995), pp. 781 y 788; DE LOS MOZOS (2005), p. 86; GARCÍA (1991), pp. 57-58; DÍEZ-PICAZO (2007), p. 314; GARCÍA y OTERO (2010), pp. 26-28 y PANTALEÓN (2011), pp. 901 y 903-904. Un completo tratamiento de esta categoría en CABANILLAS (2000).

⁴² Una reflexión similar efectuamos en LÓPEZ (2018a).

⁴³ Principalmente ASÚA (1989), p. 226 y CABANILLAS (1995), pp. 784 y 788.

⁴⁴ ALONSO (1971), p. 909.

⁴⁵ María Paz García subsume el de información, confidencialidad, custodia y seguridad en el de lealtad, GARCÍA (1991), pp. 44-55.

⁴⁶ Tal información debe obtenerse “a causa de los tratos” y no solamente “con ocasión de ellos”, BENATTI (1963), p. 43; GARCÍA (1999), p. 54; CABANILLAS (1995), p. 784; BARRIENTOS (2008), p. 100 y QUEZADA (2011), p. 99.

⁴⁷ Una idea similar hemos apuntado en LÓPEZ (2017c), p. 471 y LÓPEZ (2018a).

El *deber precontractual de lealtad* es aquel que impone, a quienes negocian un contrato, una conducta correcta y honesta que se traduce en no iniciar ni continuar negociaciones sin la intención real de llegar a acuerdo, guardar el debido secreto, reserva o confidencialidad de la información obtenida durante ese periodo, no dar a conocer la existencia de negociaciones paralelas y respetar aquellos pactos de exclusividad celebrados⁴⁸. Por consiguiente, este se infringe en tres hipótesis:

- i) ruptura injustificada de las tratativas preliminares
- ii) celebración de un contrato inválido e
- iii) infracción del deber de confidencialidad.

No está expresamente regulado en nuestro *Código Civil*⁴⁹, pero su existencia se desprende del art. 1546, relativo a la buena fe contractual, y de los arts. 1451-1459, que regulan los vicios del consentimiento, 1814 referente a la falta de objeto, 1685 a propósito del dolo del incapaz, 1688 sobre la contratación con este sin las formalidades legales, 1681 a 1697 a propósito de la nulidad y 2154 N° 1 y 2173 relativos a la falta de poder de representación. En todos estos casos, estamos ante supuestos en los que, de acuerdo con las reglas contenidas en el título 35 del libro IV de nuestro *Código*, resulta procedente la indemnización complementaria, en el evento de que la declaración de nulidad del contrato cause daños al contratante legitimado para impetrarla.

Por otro lado y, si bien es cierto que el *Código* requiere un desequilibrio prestacional para que se configure la lesión enorme, este es, en realidad, una manifestación del aprovechamiento de una de las partes de la ligereza, inexperiencia o necesidad de dinero de la otra, toda vez que tal asimetría solo se explica en atención a estas circunstancias⁵⁰. Por lo mismo, es posible subsumir, al menos esta modalidad de adaptación del contrato⁵¹, en la infracción del deber de lealtad.

Por su parte, el *deber de información*⁵² está constituido por un elemento material y otro moral⁵³ o, si se quiere, por la ignorancia de una de las partes

⁴⁸ En tal sentido ARROYO (2003), p. 338; GARCÍA (1991), pp. 53-54 y PANTALEÓN (2011), p. 906. En la doctrina chilena, BARROS (2006a), pp. 1001 y 1008-1012 y BOETSH (2011), p. 140.

⁴⁹ A diferencia de lo que ocurre en los arts. 1338 del *Codice*, §122 del *BGB*, los arts. 465, 690, 422, 991, 1112-2 de los códigos civiles de Bolivia, Paraguay, Brasil, *Código Civil y Comercial* argentino y *Code*, respectivamente y 15:105 de los PECL y II.- 7:304 del DCFR. Sobre su regulación en algunos de ellos DE ÁNGEL (2010), pp. 575-617.

⁵⁰ Así lo hemos intentado demostrar en LÓPEZ (2017b), p. 683, n. 67.

⁵¹ No ocurre lo mismo tratándose de la adaptación del contrato como consecuencia del error vicio, dado que uno o ambos contratantes han incurrido en una falsa representación de la realidad, dependiendo si tal error es unilateral o bilateral, sin que exista provocación de la otra parte.

⁵² Contemplado en el artículo PECL 4:107 y 1112-1 del *Code*.

⁵³ FABRE-MAGNAN (1992), pp. 122-216. Un completo estudio de sus elementos constitutivos, a partir de la p. 118 y ss.

de la información relevante, el conocimiento de la otra parte y la *reticencia* de esta última⁵⁴. El elemento *material* exige precisar la naturaleza de la información que los contratantes están obligados a proporcionar y aquellas prestaciones que conlleva la obligación de información. El elemento *moral*, en cambio, se compone de uno *sicológico* (que en el caso del deudor consiste en conocer la importancia y contenido de la información, y tratándose del acreedor, en la ignorancia legítima de dicha información) y otro *intencional* (el motivo por el cual el deudor de tal información la oculta).

Este deber puede estar expresamente previsto en la ley (*deberes típicos*) o no (*deberes atípicos*)⁵⁵. Tal tipicidad se advierte en los arts. 3 b), 14, 30, 32 y 35 de la ley N° 19.496, que establece normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en el art. 10 de la ley N° 20.584, que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, en el art. 514 del *Código de Comercio* relativo al contrato de seguro⁵⁶, en los arts. 6 y 7 de la ley N° 20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad⁵⁷ e indirectamente tratándose de la indemnización prevista a propósito del saneamiento de la evicción (regulada en los arts. 1859, 1930 inciso cuarto y 2188 del *Código Civil*) y de los vicios redhibitorios (disciplinada en los arts. 1861, 1933, 2192 y 2203 de dicho cuerpo normativo).

En cambio, si se trata de *deberes atípicos*, supuesto en el cual su fundamento se encontrará en la buena fe⁵⁸, surgirá el problema de determinar su existencia, debiendo el juez establecerla, atendiendo a la simetría de la relación contractual, la complejidad, novedad y riesgo que conlleva el contrato, el costo de la obtención de la información, la protección de la ignorancia de una de las partes por una norma legal, la imposibilidad de

⁵⁴ DE LA MAZA (2010a), pp. 78-93, quien precisa que la reticencia consiste en “no manifestar el vicio”, de modo que no debe restringirse al silencio del vicio, ya que puede incluir acciones, como las declaraciones inexactas acerca del estado de la cosa: *op. cit.*, p. 93.

⁵⁵ Terminología utilizada por DE LA MAZA (2010a), p. 67 y ss.

⁵⁶ Un detallado análisis de los deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro a partir de la ley N° 20.667 en BARRIENTOS (2015 a) y, en general, del deber precontractual en el contrato de seguro Ríos (2014) y BARRIENTOS (2015 b).

⁵⁷ En efecto, tales preceptos establecen el deber de los fabricantes, productores, distribuidores e importadores de alimentos de informar en los envases o etiquetas de los alimentos destinados al consumo humano los ingredientes que contienen, incluyendo todos sus aditivos (expresados en orden decreciente de proporciones), y su información nutricional y los contenidos de energía, azúcares, sodio y grasas saturadas y los demás que el Ministerio de Salud determine.

⁵⁸ Entre otros, MORALES (1982), p. 646; GÓMEZ (1994), p. 12 y ss.; ROJO (1994), p. 255; DÍEZ-PICAZO (2007), pp. 312-313; DE VERDA (2006), pp. 762-763; BARROS (2006a), pp. 1015 y 1017; DE LA MAZA (2008). Un tratamiento más detallado en DE LA MAZA (2010a), pp. 67-371.

autoinformarse, la legítima confianza suscitada por el otro contratante o por datos objetivos de la realidad y la existencia de intereses contrapuestos o comunes de las partes⁵⁹.

Su infracción se suscita indiscutiblemente en dos supuestos: aquellos en que una parte le proporcionó, culpablemente o no, a la otra una información incorrecta (acción) y aquellos en que dolosamente no se la proporcionó (omisión), advirtiéndose diferentes alternativas de protección del acreedor. Será culposa si la información no se proporciona porque quien debe entregarla la ignora o simplemente lo olvidó y se traducirá en la mayoría de los casos en una indemnización de daños precontractual. Y es que, como se verá, en supuestos que la infracción del deber de información configura una hipótesis de dolo incidental, la indemnización será indefectiblemente contractual. Otro tanto acontece si el obligado a informar que la cosa puede ser evicta, no lo hace, habiéndose pactado que la entrega transfiere el dominio de ella o que no debe estar gravada con derechos en favor de terceros, pues en tal supuesto estaremos ante el incumplimiento de la obligación de entrega, de modo que la indemnización será *contractual*. Una hipótesis distinta se verifica si tal obligación no es *modelada* por las partes y el acreedor es privado de la cosa por sentencia judicial, dado que resulta aplicable el régimen especial de *garantía* por evicción⁶⁰, de modo que no existirá incumplimiento, y como tal privación extingue dicho contrato, la indemnización deviene en *precontractual*.

Pero un análisis más detenido revela que la vulneración de un deber precontractual de información podría hacer procedente un medio de tutela diverso. Piénsese en el caso que la falta de información deliberada, o la información maliciosamente inexacta, vicie el consentimiento del destinatario, configurando un supuesto de dolo que lo faculte para alegar la *nulidad relativa*⁶¹. Así lo reconoció la Corte Suprema en la sentencia pronunciada en Galán Maturana con Inmobiliaria y Constructora Nacional

⁵⁹ GÓMEZ (1994), pp. 89-97; BASOZABAL (2009), pp. 699-702 y 705-708 y DE LA MAZA (2010a), pp. 207-347. Estos factores, en parte, son recogidos por artículo 4:107 de los PECL, pues indica que debe considerarse especialmente la circunstancia que si quien proporciona la información poseía una pericia especial, el costo de obtener tal información, si el destinatario de la información hubiera podido razonablemente adquirirla por sí mismo y la aparente importancia que la información tenía este. Un análisis de estos criterios en DE LA MAZA (2008), pp. 60-68.

⁶⁰ Y es que la jurisprudencia nacional, en los casos en que el demandante ha pretendido hacer prevalecer la tutela contractual por sobre el régimen de la evicción, ha desestimado tal pretensión, invocando el principio de especialidad, razonamiento que podría replicar en el supuesto que venimos comentando. Un contundente análisis de esta tendencia jurisprudencial y la doctrina nacional en DE LA MAZA (2012), pp. 99-113 y ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 88-90 y 93-97.

⁶¹ VISINTINI (1972), pp. 91-142; QUIÑONEROS (1979), p. 357 y Rojo (1994), pp. 287-288.

S.A., en que admitió la demanda de nulidad, ya que estimó que una parte actuó dolosamente, ya que no informó a otra que el terreno que le estaba permutando no iba a subdividirse y que, en esas condiciones, no podía ser objeto del contrato que negociaban⁶². También podría determinar en el destinatario de la información, sea por ignorancia u olvido de quien debe proporcionarla, una falsa representación de la realidad que vicie su consentimiento y que dé lugar a los requisitos de procedencia de la *adaptación del contrato*, que examinaremos más adelante.

En consecuencia, es perfectamente posible articular el sistema de medios de tutela a partir de la infracción de los deberes *precontractuales* de lealtad e información. A nuestro juicio, inclinarnos por este supuesto, reviste doble utilidad, pues permite, por una parte, introducir dogmáticamente la categoría *genérica* de los *deberes precontractuales* que no ha sido mayormente abordada en nuestra doctrina⁶³ y, por otra, formular, un supuesto unitario más compacto que el propuesto por la doctrina española, equiparable, en esta fórmula enunciativa, al *incumplimiento* en sede contractual.

b) Medios de tutela precontractual

Como ha quedado de manifiesto en el apartado precedente, los *medios de tutela* del acreedor en la fase precontractual son la nulidad, la indemnización y la adaptación del contrato, acotada esta última, aparentemente, en nuestro *Código* a ciertos supuestos de lesión enorme, cuales son, la cláusula penal enorme, anticresis y mutuo con intereses excesivos. Formulado ya el supuesto que los aglutina en un sistema, debe indagarse cómo interactúan, dilucidando si pueden confluir en un caso concreto y, en tal evento, si existe una relación complementaria entre ellos, o unos excluyen a los otros, deviniendo en autónomos.

Y es que, si bien algunos han sido tratados en términos generales por la doctrina nacional –como la nulidad y la indemnización⁶⁴–, tal análisis ha sido fragmentado y, por lo mismo, incompleto, toda vez que la ausencia de una *articulación* ha impedido advertir que el acreedor puede tener una *alternativa* distinta: inclinarse por la adaptación del contrato. No existiría,

⁶² Luís Galán Maturana con Inmobiliaria y Constructora Nacional S.A., rol 33.649-2015, 21 de abril de 2016, disponible en www.vlex.com, N° VLEX-633994705, comentada por DE LA MAZA (2017), pp. 655-666.

⁶³ En forma excepcional lo han abordado, pero en términos más generales, BARROS (2006a), pp. 1001 y 1014-1042; BARRIENTOS (2008), pp. 73-109 y BOETSH (2011), pp. 139-143. En cambio, en sede contractual se han analizado más latamente: CORRAL (2010), pp. 79-83 y BOETSH (2011), pp. 115-119; PRADO (2015a), p. 2 y ss. y LÓPEZ (2015a), pp. 235-244.

⁶⁴ RODRÍGUEZ (1995); BARROS (2006a), pp. 1013-1014; BARAONA (2012); PINOCHET-CONCHA (2015), pp. 129-152 y SAN MARTÍN (2015), pp. 759-778. Hemos abordado omnicomprensivamente los supuestos de indemnización en LÓPEZ (2018a).

por tanto, una jerarquía o prelación entre ellos, sino supuestos que determinarán la procedencia exclusiva de uno de estos o en concurrencia a otro, tal como acontece en el sistema de medios de tutela contractual y cada cual perseguiría una función o efecto distinto que transitará entre aniquilar el contrato (nulidad), conservarlo (adaptación) o situarse, dependiendo del supuesto, entre ambas alternativas (indemnización).

1. La nulidad del contrato: el medio de tutela más radical

Una revisión de nuestra literatura jurídica evidencia que, de los tres mecanismos de protección que integran el sistema precontractual, ha sido la nulidad del contrato la que ha concitado el mayor interés de nuestra dogmática, perfilándose, en principio, como el menos novedoso. En efecto, desde antiguo se ha entendido que se trata de una sanción de ineeficacia civil de carácter *estricto*, acuñándose el adagio *pas de nullité sans texte*, de modo que solo restaría precisar, como lo ha hecho un sector de nuestra doctrina, el alcance de algunas de sus causales. Así ha acontecido con la prevista en el art. 1462, según la cual hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público chileno⁶⁵, las hipótesis del art. 1465, a propósito de la condonación del dolo futuro y la obtención dolosa de un finiquito contractual⁶⁶, y la noción de juegos de azar, contenida en el art. 1466⁶⁷.

Sin embargo, aún quedan dos aristas que es necesario explorar: una relativa a su naturaleza jurídica y la otra concerniente a su modalidad de ejercicio. Y es que, en lo que respecta a la primera debiera repensarse si, efectivamente, la nulidad constituye una *sanción*, pues, como precisan Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, esta última es una consecuencia de la infracción de una norma de *mandato*, a diferencia de la nulidad, que deriva de la inobservancia de reglas que confieren *poderes*. Es por este motivo que las últimas no pueden ser infringidas y, por ende, no se verifica sanción alguna⁶⁸. Dicho de otra manera: la nulidad no hace más que evidenciar la ausencia de presupuestos para que el acto celebrado produzca efectos jurídicos, pero no denota el incumplimiento de una obligación o prohibición. A ello se agrega que, si bien la dogmática, históricamente la vinculó exclusivamente a defectos estructurales del contrato, imprimiéndole un carácter sancionador, ha comenzado a concebirla como

⁶⁵ Un estudio de este tópico en CONCHA (2010), pp. 79-90.

⁶⁶ Exploradas en ELORRIAGA (2009), pp. 135-166.

⁶⁷ Desafío asumido por CONTARDO (2015c), pp. 203-215.

⁶⁸ ATIENZA-RUÍZ (2003), pp. 731-733. En un sentido similar, DELGADO (2007), pp. 89-91. En nuestra doctrina SAN MARTÍN (2015), p. 763, n. 109 y asumiéndola para distinguir la noción de invalidez y nulidad, CONCHA (2015), pp. 31-49.

una *medida protectora*, esto es, un instrumento al servicio de la función tuitiva, prescindiendo de tales defectos, reformulando la teoría clásica de la nulidad⁶⁹. De allí que sea más correcto entender que se trata de un *medio de tutela*, esto es, un mecanismo que el legislador contempla para amparar a quienes han celebrado un acto viciado, privándolo de efectos, en atención a determinadas causales.

Lo cierto es que tal precisión, en principio inofensiva, desplaza el análisis a la segunda arista que es necesario examinar, esto es, a su modalidad de ejercicio y al momento en que despliega sus efectos, dado que si no constituye una sanción no se requeriría sentencia judicial para dar por nulo el contrato, operando de *pleno derecho*⁷⁰. Si bien, el profesor Pablo Rodríguez postuló, en 1995, la distinción entre la nulidad *virtual* o *tácita* y originaria, clasificando estas últimas en radicales y textuales, asignándole un efecto *ipso iure*⁷¹, ha sido en el último tiempo que nuestra doctrina, representada principalmente por el profesor Jorge Baraona, se ha inclinado por tal efecto respecto de la nulidad absoluta, a pesar de lo preceptuado en los arts. 1687 y 1689 del *Código Civil*. Para sustentar esta postura ha invocado como argumentos la historia fidedigna del art. 1683, el tenor literal de los arts. 705, 2375 y 1545 y la necesidad de otorgar certeza a la celebración de un acto que, aparece como jurídico, pero que carece de fuerza obligatoria⁷². Por su parte, la profesora Lilian San Martín, ha señalado que la versión del actual art. 1681 contenida en el Proyecto de 1842, el párrafo 36 del Mensaje del *Código* y el inciso final del art. 1682, evidencian que, para Andrés Bello, la nulidad relativa rescindía el acto, esto es, lo privaba de efectos, no así la nulidad absoluta, de modo que esta última tiene carácter *ipso iure o automático*⁷³.

Así las cosas, una premisa que parecía asentada en nuestra doctrina, según la cual la nulidad necesariamente debe ser declarada por sentencia judicial, analizada en forma más acuciosa, no parece tan certera, no solo tratándose de la nulidad absoluta sino, también, de la nulidad relativa. De hecho, esta última podría concebirse como una forma de *autotutela*

⁶⁹ JEREZ (2011), pp. 51-52 y 65-72. Un completo ensayo de una nueva teoría sobre la nulidad en THIBIERGE (2010), pp. 325-373.

⁷⁰ Así ocurre en los párrafos 130 y 143 del *BGB*, en el sistema anglosajón a través del acto de *disaffirmance* y en el *soft law*. Abordando detenidamente su estudio en todos ellos JEREZ (2011), pp. 39-47 y 53-56.

⁷¹ RODRÍGUEZ (1995), pp. 129 y ss. La atribución de tal efecto la sustenta en el tenor del art. 11 del *Código*, indicando que este prevé una situación generada por la propia ley, de modo que no requiere declaración judicial, *op. cit.*, p. 161.

⁷² BARAONA (2012), pp. 50-63. El autor sigue la tesis que sostuvo FABRES (1908), pp. 145-170, complementándola con estos argumentos.

⁷³ SAN MARTÍN (2015), pp. 769-770.

que emana del *derecho potestativo* que tiene el perjudicado para anular o confirmar el contrato, como lo ha sostenido contundentemente la doctrina española más reciente⁷⁴, a partir de lo preceptuado en los arts. 4:112 de los PECL, II.-7:209 del DCFR y 3.2.12 de los PICC⁷⁵, que prevén la nulidad extrajudicial y que han seguido los arts. 1305 y 527-13 de la PME y la PAPDC, respectivamente. Con todo, esta modalidad de ejercicio admite, al menos, dos interrogantes. La primera, es si se justifica concebir a la nulidad como un medio de tutela extrajudicial, y la segunda, si puede articularse esta modalidad, a partir de una relectura de las disposiciones contenidas en nuestro *Código Civil*.

En lo que concierne a la primera pregunta estimamos que la respuesta es afirmativa, dado que, si bien existirán casos en que inevitablemente se requerirá declaración judicial⁷⁶, la desjudicialización no solo evita dilatados y costosos pleitos sino que refuerza la posición del sujeto protegido, reconociéndole su derecho a invocar la invalidez del contrato, forzando al otro contratante a acudir a tribunales y probar su eficacia si pretende exigir su cumplimiento. Por otro lado, si este se niega a restituir lo recibido en virtud del contrato, deberá la indemnización por el retraso desde que extrajudicialmente se manifestó la voluntad de anularlo. Fortalece, además, la seguridad jurídica al poner término a la incertidumbre respecto de la situación del contrato, pues una vez anulado no puede ser confirmado. Incluso, favorece a los terceros, como el deudor solidario o el fiador, que puedan invocar la nulidad para defender sus intereses⁷⁷. Las ventajas, como se advierte, son evidentes.

Tratándose de la segunda pregunta acontece un fenómeno similar, ya que, estimamos que es posible articular el ejercicio extrajudicial de la nulidad en nuestro *Código*, toda vez que este no contiene una norma que indique cómo debe anularse el contrato, a lo que se agrega, como ya hemos destacado, la literalidad de los arts. 1545, 705, 1682 inciso final y 2375 –y, por el mismo motivo, el 1470 N° 1 y 3 y el 1471⁷⁸–, el párrafo 36 del Mensaje del *Código* y la historia fidedigna del establecimiento de los arts. 1681 y 1683 que evidenciarían que la nulidad absoluta operaría

⁷⁴ JEREZ (2011), p. 64 y ss., especialmente, pp. 72-83.

⁷⁵ Una fórmula similar acuñaba el art. 148 del *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos* y la versión inicial del borrador de los PLDC. Un interesante estudio de la reformulación del papel del juez en los instrumentos contemporáneos de Derecho Contractual orientada en esta dirección en MOMBERG (2014), pp. 283-285.

⁷⁶ Así ocurrirá si se requiere vencer la resistencia de quienes sostienen la validez del acto y borrar tal apariencia, deviniendo la sentencia en declarativa: DE CASTRO (1985), p. 475.

⁷⁷ JEREZ (2011), pp. 58-60 y 190.

⁷⁸ Pues de todos ellos puede inferirse que no es necesaria la declaración judicial para que el acto sea nulo.

extrajudicialmente. La forma que podría adoptar esta declaración de voluntad unilateral y recepticia sería la que se ha acuñado en el moderno Derecho de los Contratos, esto es, la de una *notificación* no sujeta a formas especiales, pero realizada a través de medios idóneos y eficaces para que el destinatario tome conocimiento de aquella⁷⁹. Otra alternativa, menos radical, sería abogar por la modalidad bilateral regulada en el art. 1178 del *Code* que faculta a las partes a constatarla, siempre que procedan de *común acuerdo*.

Tal fórmula ha sido criticada por la dogmática francesa no solo porque se aparta del carácter judicial de la nulidad o resulta incoherente con el régimen de la resolución unilateral, previsto en el inciso primero del art. 1226⁸⁰, sino porque deja abierta la puerta a la nulidad por notificación, modalidad que, al igual que ocurrió antes de esta reforma a propósito de la resolución, podría adquirir reconocimiento jurisprudencial e instalarse en el Derecho francés⁸¹. Y es que mantiene la regla en virtud de la cual “la nulidad será pronunciada por el juez”, pero introduce como excepción el consenso de las partes, al emplear la frase “a menos que las partes la constaten de común acuerdo”⁸². Pero una lectura más detenida revela que el *Code*, precursor y acérrimo defensor de la judicialización de la nulidad por más de dos siglos, ha flexibilizado un dogma jurídico que parecía inquebrantable, aunque se arguya que se mantiene la regla de la judicialidad, proscribiendo la nulidad de pleno derecho, toda vez que si las partes así lo deciden pueden preterir al juez, convirtiendo la excepción en la regla.

Abogar por la operatividad automática de la nulidad absoluta o la modalidad extrajudicial de nulidad relativa no obsta a que, en caso de desacuerdo, las partes puedan recurrir a la judicatura para que sea esta la que determine si el contrato debe o no anularse. Admitir esta facultad, solo evidencia que la sentencia judicial tiene una carácter declarativo, constatación que permite advertir que, en realidad, ella se justifica, por un lado, para que quien demanda la nulidad pueda exigir la restitución de lo entregado en virtud del contrato anulado y, por otro, para distinguir la acción de nulidad de aquella restitutoria⁸³.

⁷⁹ Un análisis más acabado en JEREZ (2011), pp. 152-168 y en la modalidad bilateral DESHAYES-GENICON-LAITHIER (2016), pp. 325-326; CHANTEPIE-LATINA (2016), p. 390.

⁸⁰ Unilateralismo que también se advierte tratándose de la excepción de incumplimiento anticipado (art. 1226 inciso tercero) y la reducción del precio (art. 1223 inciso segundo).

⁸¹ DESHAYES-GENICON-LAITHIER (2016), pp. 325-326; CHANTEPIE-LATINA (2016), p. 390.

⁸² Excepcionalmente se ha justificado esta regla, indicando que su fundamento se encuentra en la libertad contractual y en el principio en virtud del cual “en derecho, las cosas se deshacen como se hacen”: BENOIST (2016), p. 385; distinguiéndose del mutuo disenso y de la transacción. Sobre esta contraposición véase DESHAYES-GENICON-LAITHIER (2016), p. 326.

⁸³ BARAONA (2012), pp. 53-55 y JEREZ (2011), p. 99 y ss.

2. La indemnización de daños: entre la aniquilación y la supervivencia del contrato

El segundo medio de tutela que integra el sistema precontractual es la pretensión indemnizatoria por anomalías o disconformidades suscitadas en la fase de formación del contrato y que, por regla general, concurre junto a la nulidad, acarreando la extinción de este⁸⁴. Su análisis reviste importancia por dos motivos. En primer lugar, porque en determinadas hipótesis puede confundirse con una indemnización de naturaleza indefectiblemente contractual, como acontece tratándose de aquella derivada del dolo incidental⁸⁵ que no tiene por objetivo resarcir el *interés negativo* (sino el *positivo o de cumplimiento*) y cuya cuantía no se determina según el estatuto propio de la responsabilidad extracontractual, sino de la contractual⁸⁶. De hecho, a pesar de que desde antiguo se ha calificado de artificiosa la contraposición entre el dolo incidental y el dolo vicio⁸⁷, la distinción se justifica tratándose de la determinación de la tutela del acreedor⁸⁸, toda vez que este último acarrea la nulidad del contrato, si el perjudicado decide intentarla, y dará lugar a la indemnización de los daños que puedan derivarse de su declaración, revistiendo un carácter complementario y precontractual, determinando así una protección que se sitúa en su fase de formación. Cuestión diversa es que decida no impugnar el contrato, porque le conviene conservarlo, y en su lugar, demande indemnización, supuesto en el cual ésta será indiscutiblemente contractual. En cambio, el dolo incidental como de conformidad al art. 1458 no constituye vicio del consentimiento, no aniquila el contrato sino que determina su subsistencia, imprimiéndole a la indemnización derivada de este, por un lado, una naturaleza invariablemente contractual y, por otro, un carácter exclusivo o autónomo⁸⁹.

⁸⁴ La excepción, como veremos, se advierte tratándose de aquella derivada de la pérdida del derecho de alegar la nulidad.

⁸⁵ CABANILLAS (1995), pp. 775-776; FABRE-MAGNAN (1992), pp. 224-227; PRADO (2015c), pp. 728-737 y LÓPEZ (2017d), pp. 112-114.

⁸⁶ Un contrapunto entre la indemnización precontractual y contractual en LÓPEZ (2017 d), pp. 87-127.

⁸⁷ Indicándose que es difícil diferenciar la voluntad de contratar de la voluntad de contratar en condiciones determinadas. MORALES (1982), pp. 603-604; Rojo (1994), pp. 153-179; DÍEZ-PICAZO (2009) 2, pp. 1053-1054. Una visión panorámica de los criterios de distinción entre ambos tipos de dolo en la doctrina comparada en PRADO (2015c), pp. 726-728.

⁸⁸ Y así lo hemos indicado en LÓPEZ (2016b), pp. 65 y 84, aunque solo circunscrito a la indemnización por vicios redhibitorios.

⁸⁹ En este supuesto el fundamento de la indemnización se encontraría en la infracción de deberes secundarios de conducta que causan daño al acreedor, específicamente, en el deber precontractual de información: LÓPEZ (2015a), pp. 235-244.

En segundo lugar, no se ha explorado mayoritaria ni exhaustivamente si la acción de nulidad y la indemnizatoria son autónomas o independientes o si esta última está siempre subordinada a la primera, ni indagado los supuestos en que puede demandarse exclusivamente o acompañada de la indemnización derivada de la nulidad⁹⁰. Es en este último caso en que se aprecia claramente la articulación sistemática entre los medios de tutela precontractual que hemos venido comentando, toda vez que la indemnización deviene como complementaria de la nulidad, porque ha existido una *infracción al deber de lealtad* en la fase precontractual frente a la cual el legislador reacciona. A nuestro juicio, la indemnización reviste este carácter cuando la declaración de nulidad encuentra su causa en:

- i) los vicios del consentimiento;
- ii) la celebración de un contrato con un incapaz;
- iii) falta de objeto o causa;
- iv) objeto o causa ilícita y
- v) la actuación de un falso procurador, sin restringirse a las hipótesis previstas en el art. 1455 a propósito del error en la persona y en el inciso final del art. 1814 con ocasión de la inhabilidad de objeto⁹¹.

Por consiguiente, en todas estas situaciones, la indemnización se regirá por el estatuto de la responsabilidad civil extracontractual contenido en el título 35 del libro IV del *Código Civil*.

Un fenómeno similar se advierte a propósito de la indemnización derivada de la pérdida de la facultad de anular el contrato regulada en los arts. 4:117(2) PECL, 3.2.16 de los PICC y II.7:214 DCFR que comprende las *pérdidas sufridas* como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Tal figura no se ha explorado en nuestra dogmática, no obstante podría reconducirse a casos en que el perjudicado renuncie a demandar la nulidad relativa, o la acción de nulidad hubiere prescrito, porque transcurrió el plazo previsto en los arts. 1691 o 1683 para impetrar la nulidad relativa y absoluta, respectivamente. Conferirle el derecho al acreedor perjudicado para que demande la indemnización resulta lógico, dado que pueden existir *pérdidas* derivadas de alguna causal de nulidad que no hayan sido resarcidas con la subsistencia del contrato, perjudicando al contratante que padeció el vicio. Es esta conexión con la nulidad, el antecedente que permite calificarla, a nuestro juicio⁹², como precontractual⁹³.

⁹⁰ En forma excepcional RODRÍGUEZ (1995), pp. 296-303; BARROS (2006a), pp. 1013-1014; BARONA (2012), pp. 83-101 y PINOCHET-CONCHA (2015), pp. 129-152 y PRADO (2016), pp. 444-450. Lo hemos abordado omnicomprensivamente en LÓPEZ (2018a).

⁹¹ Un análisis detenido de estas causales en LÓPEZ (2018a).

⁹² Esta misma idea hemos apuntado en LÓPEZ (2017c), p. 478.

⁹³ A diferencia del dolo incidental, si bien este acarrea como consecuencia la subsistencia del contrato, no constituye una causal de nulidad, como se desprende del inciso segundo del art. 1458 del *Código Civil*.

Pero también tal indemnización puede ser una consecuencia de la *infracción de un deber precontractual de información*. Piénsese en la pretensión indemnizatoria regulada en los arts. 1861, 1933, 2192 y 2203, a propósito de los vicios redhibitorios en la compraventa, arrendamiento, comodato y mutuo, respectivamente. En estos casos, como lo hemos sostenido en otro sitio⁹⁴, la indemnización reviste este carácter, pues se ha infringido un deber *precontractual*, que se proyecta en el contenido del contrato y determina un cumplimiento defectuoso, pero que *transitará* desde la fase *precontractual* a la *contractual*, solo si el acreedor decide demandarla como tal.

Otro tanto se aprecia, a propósito de la indemnización derivada de la infracción de *obligaciones precontractuales de advertencia*, esto es, aquellas ubicadas en la fase precontractual que no tienen por propósito prevenir asimetrías informativas, sino posibilitar que los sujetos que negocian concreten en el más alto grado el servicio a prestar y el precio, encauzando la relación precontractual. En consecuencia, les resultan exigibles si *conocen o tienen razón para conocer la información* sobre la que deben advertir, eximiéndolos en el caso que el usuario del servicio haya accedido a ella por otra vía⁹⁵.

Estas obligaciones son más *exigentes* que las de información, ya que el deudor debe proporcionar una información objetiva, precisando el riesgo o peligro de desestimarla, antecedente que ilustrará al acreedor respecto de la pertinencia de contratar. Es el caso de un contrato de almacenamiento en que el prestador advierte al prestatario que las bodegas en las que permanecerán determinadas frutas destinadas a la exportación no se encuentran en óptimas condiciones para refrigerarlas a la temperatura adecuada. Y es que parece lógico que la infracción de tal obligación faculte al cliente para solicitar el resarcimiento de los daños derivados de tal inadvertencia, situándose tal indemnización en la fase anterior a la ejecución del contrato y pudiendo encontrar su causa en la nulidad, si la omisión de advertir determina un engaño, deviniendo en complementaria de aquélla⁹⁶.

Examinados estos supuestos es posible arribar a una doble constatación. Primero, la creencia según la cual la indemnización precontractual es *complementaria* o *concurrente* a la nulidad, admitiría excepciones, dado

⁹⁴ LÓPEZ (2016a), pp. 659-683.

⁹⁵ FABRE-MAGNAN (1992), pp. 379-383; CRESPO (2012), pp. 584-585; ALONSO (2012), p. 10 y DE BARRÓN (2014), pp. 974-985.

⁹⁶ Pero tal infracción podría no viciar el consentimiento del destinatario, desligándose de la nulidad y situándose a medio camino entre el *interés positivo* y el *negativo*, ya que alcanzará la diferencia entre la posición actual del contratante y aquella en que estaría si la advertencia hubiera sido correcta. Sin embargo, como el contrato subiste, su naturaleza será contractual. LÓPEZ (2018a).

que podría intentarse en forma *autónoma* o *exclusiva*, aunque con un alcance diverso, no solo respecto de la ruptura injustificada de los tratos previos sino, también, en aquellos casos en que se ha perdido la facultad de anular el contrato –como acontece en la renuncia o prescripción de la acción de nulidad– y tratándose de los vicios redhibitorios, si el acreedor decide intentarla como precontractual⁹⁷. Y, segundo, las hipótesis de indemnización precontractual no serían tan reducidas ni excepcionales como hasta ahora se había pensado⁹⁸.

3. La adaptación del contrato: una manifestación del *favor contractus*⁹⁹

Este último medio de tutela precontractual consiste en la rectificación del contrato celebrado, por circunstancias acaecidas en la fase precontractual, que se re conducen al error vicio unilateral o compartido y a la *excesiva desproporción, ventaja desleal o explotación injusta*¹⁰⁰, y tiene por propósito recomponer la simetría prestacional *inicial*, conservándolo, con un contenido diverso.

Actualmente se encuentra regulada en los arts. 4:105 y 4:109 (3) de los PECL, II.-7:203 y II.-7:207 (3) del DCFR, 527-14 de la PAPDC, 1301 de la PME, 3.2.10 y 3.2.7 de los PICC, 29 y 36 del borrador de los PLDC, 1432 del *Codice*, 269 del *Código Civil y Comercial* argentino, 248 del *Código Civil* portugués y 1183 del *Code*¹⁰¹. Sin embargo, salvo el caso de estos últimos dos preceptos¹⁰², constituye un *límite* a la procedencia de la nulidad tratándose de los supuestos de error unilateral, toda vez que, solicitada la adaptación del contrato, el perjudicado pierde el derecho de anularlo y queda sin efecto toda acción anterior que haya entablado en este sentido. Así lo señalan los arts. 4:105 (2) de los PECL, II.-7:203 (2) del DCFR, 3.2.10 (2) de los PICC, 1298.4 de la PME y 527-14 (2) de la PAPDC, idea que también recoge el art. 29 del borrador de los PLDC.

Tal restricción evidencia que la adaptación, al igual que la nulidad, forma parte de una ordenación de medios de tutela aglutinados en torno a un *común denominador* que permite al acreedor optar entre uno u otro, pero

⁹⁷ Sobre el alcance de todas ellas LÓPEZ (2018a).

⁹⁸ Un completo análisis de las hipótesis de indemnización precontractual, concurrente o autónoma, en LÓPEZ (2018a).

⁹⁹ Un tratamiento más pormenorizado de este medio de tutela lo hemos realizado en LÓPEZ (2018b).

¹⁰⁰ El estudio más acabado de esta institución a la fecha se encuentra en GINÉS (2016).

¹⁰¹ Cuyo tenor fue introducido por la ordenanza N° 2016-131 de 10 de febrero de 2016.

¹⁰² Pues disponen que una parte puede proponer a la víctima del error la opción por la ejecución del contrato en los términos que ella había comprendido al momento de su ejecución.

en ningún caso acumularlos, toda vez que sus consecuencias son diversas. En efecto, la nulidad aniquila el contrato, en tanto, la adaptación permite que este subsista; aquella procura satisfacer por vía *indirecta* el interés del perjudicado, en cambio, esta última, obtiene *en forma directa* dicho propósito, conservándolo. Por otro lado, si los daños sufridos con ocasión del error o el provecho excesivo no quedan absorbidos por la adaptación del contrato, el perjudicado puede solicitar la indemnización de estos.

La primera causa de adaptación del contrato no presenta mayores dificultades de comprensión, pues, en cierta forma, la excesiva desproporción, se asemeja a nuestra lesión enorme¹⁰³. La segunda, en tanto, relativa al error vicio, requiere una explicación más detenida, ya que se encuentra regulado en una modalidad unilateral y bilateral (arts. 4:105 de los PECL, II.-7:203 del DCFR, 3.2.10 de los PICC y 29 del borrador de los PLDC) y exclusivamente unilateral (arts. 1298.4 de la PME y 527-14 de la PAPDC). No se contemplan, en cambio, como causales, la fuerza o el dolo, dado que es muy probable que si estos concurren, el perjudicado no tenga ningún interés en mantener ni en adaptar el contrato.

En lo que concierne al *error unilateral* la modalidad es *extrajudicial* y tiene lugar si uno de los contratantes incurre en error, supuesto en el cual se faculta al otro a *impedir* la impugnación del contrato por nulidad, *cumpliéndolo o manifestando su voluntad de cumplirlo* en el sentido de que lo entendió quien lo padece, sin demora excesiva, una vez informado de los términos en que el contratante afectado por el error creía que este se había celebrado. Con todo, algunos de los preceptos antes referidos contemplan un *primer límite* a la adaptación del contrato, (arts. 4:105 (2) de los PECL y II.-7:203 (2) del DCFR, 3.2.10 (2) de los PICC) que exige intentarla si *aún es posible* y no cuando el contratante que padeció error ya hubiera manifestado su voluntad de anularlo o realizado actos que supongan tal manifestación¹⁰⁴.

Más controvertido ha sido el supuesto de error *compartido*. Este solo se encuentra regulado en los arts. 4:105 (2) de los PECL, II.-7:203 (2) del DCFR, adopta una modalidad *judicial* y tiene lugar si ambas partes incurren en error, y el juez, a petición de cualquiera de ellas, y en la medida que ninguna hubiera impugnado el contrato, adapta su contenido, otorgándole el sentido que *razonablemente* hubieran acordado si no hubiera

¹⁰³ Para un cotejo entre ambas véase LÓPEZ (2015b), pp. 716-719.

¹⁰⁴ Piénsese en un contratista que debe instalar los suelos de un edificio, pero comete un error al calcular el trabajo a ejecutar y pretende anular el contrato y la otra parte, para evitar la nulidad, le propone adecuar la obra al trabajo calculado y liberarlo de realizar el trabajo extra (no tenido en cuenta), sin reducir el precio pactado: LANDO-BEALE (2003), p. 352. Resulta claro que la adaptación permitirá satisfacer el interés del *errans*, de modo tal que solicitar la nulidad del contrato no se justifica.

existido error. La adaptación podrá pedirla quien ha sido perjudicada por el error, pero que aun así quiere mantener el contrato y el que resulta beneficiado con él, con el propósito de impedir la anulación del contrato solicitada por la otra. Dicha facultad se explica, como acertadamente indica el profesor Antonio Manuel Morales Moreno, porque la materia en que incide el error es el contenido contrato, cuya finalidad es la satisfacción del interés del acreedor¹⁰⁵.

Esta modalidad ha sido criticada por la dificultad que envuelve para el juez arribar a un criterio que permita ajustar en forma equitativa el contrato. Lo más razonable parece ser extraerlo de su propia regulación, pero existen casos en que ello no será posible. Así, en el evento de que la instalación de un suelo implique más horas de trabajo, el precio del servicio debería incrementarse en la proporción del valor asignado para cada una de esas horas previstas en el contrato¹⁰⁶. Distinto es el caso si un individuo vende a otro un cuadro de un valor ínfimo, en la creencia que su autor es poco conocido y se enteran que pertenece a un artista famoso y su valor es mucho mayor¹⁰⁷, ya que no existe un parámetro objetivo en el contrato para determinar su precio, si efectivamente su autoría pertenece a un pintor altamente reconocido. En tal hipótesis el juez deberá ponderar los valores ofrecidos por ambos contratantes y cotejarlos con el valor de mercado para arribar a una solución justa.

Pues bien, una lectura preliminar de nuestro *Código Civil* podría llevarnos a pensar que la adaptación del contrato quedaría limitada a la lesión enorme, sea que solo se acoja su procedencia en los casos que expresamente regula [cláusula penal enorme (art. 1544)¹⁰⁸, anticresis (art. 2443) y mutuo con intereses excesivos (art. 2206)] o se abogue por una noción amplia¹⁰⁹, proyectándola más allá de estos, en la modalidad rebaja de la prestación excesiva, dado que, en ambos supuestos, constituye una manifestación del equilibrio contractual *originario* orientada prevalentemente a tal propósito¹¹⁰. Sin embargo, tratándose del error vicio, sea unilateral o compartido, si bien el *Código* solo lo contempla con ocasión de

33

¹⁰⁵ MORALES (1988), p. 88. Así ocurriría si, el contratista que instala el suelo de un edificio y el contratante se confundieran en cuanto al trabajo que era necesario realizar, caso en el cual ellos pueden solicitar la adaptación del contrato y el tribunal aplicar las tarifas previstas en él para el trabajo adicional, con los ajustes correspondientes al volumen del trabajo afectado.

¹⁰⁶ MORALES (2003), pp. 393-394

¹⁰⁷ LANDO-BEALE (2003), pp. 352-353.

¹⁰⁸ Con todo, se ha sostenido que la cláusula penal enorme difiere de la lesión enorme: CORRAL (2010), pp. 308-309.

¹⁰⁹ LÓPEZ (2015b), pp. 699-723.

¹¹⁰ Así lo sostuvimos en LÓPEZ (2018a).

la nulidad contractual, no existe óbice para que se invoque como causal de adaptación del contrato, en la medida que esta se conveniente y aún posible, dado que existen argumentos dogmáticos, tales como la medida del interés del *errans* y los principios de buena fe y renunciabilidad de los derechos que nos permiten sustentar su procedencia.

Y es que una reflexión más detenida, evidencia que el interés del *errans* puede calibrarse *objetivamente* de acuerdo con la regla contractual. Por consiguiente, tal medida estaría contenida en el contrato y lo facultaría, en principio, para optar entre aceptar la adaptación propuesta por el otro contratante, si se ajusta perfectamente a tal interés, o rechazarla. En el evento que la acepte alcanzará la satisfacción *directa* del interés que tuvo al momento de contratar, como si nunca hubiera incurrido en error, perdiendo, por lo mismo, la legitimación para solicitar la nulidad, toda vez que la alteración de los intereses causada por el error ha desaparecido. En cambio, si la rechaza, obtendrá la satisfacción *indirecta* de su interés a través de la nulidad, lo que resulta ilógico e injustificado, si la adaptación aún es posible y conveniente para él, dado que ella le permite alcanzarla *directamente*, tornándose tal decisión inequitativa para el otro contratante, si este ni siquiera ha provocado el error.

Así, aparece la buena fe como argumento para sostener la procedencia de la adaptación del contrato, dado que el rechazo o negativa del *errans* sería contrario a ella, pues evidenciaría una conducta que pugnaría con la corrección que deben observar los contratantes en la fase precontractual y sería contradictoria con el mismo interés que lo llevó a contratar. De hecho, tal negativa solo se explicaría si tuviera por propósito perturbar al otro contratante, deviniendo en un *abuso del derecho* de demandar la nulidad del contrato¹¹¹. La buena fe, entonces, impondría al *errans* renunciar al derecho a impetrar a la acción de nulidad por error, posibilidad que nuestro Código admite al consagrarse el principio de la renunciabilidad de derechos en el art. 12, en la medida que *no esté prohibida* la renuncia de este derecho y que ella mire al solo interés del renunciante, requisitos que concurren en la especie. En efecto, lo prohibido es la *renuncia anticipada* de la nulidad (art. 1459), a lo que se agrega que la adaptación mira al interés individual del *errans*, ya que le permite alcanzar la satisfacción de su interés por *vía directa* sin más dilación o demora.

Concebir la adaptación del contrato a propósito del error, supone entenderlo como un dispositivo de *distribución del riesgo de la información defectuosa* y determinar si es justo que quien lo experimenta quedé vincu-

¹¹¹ Sobre la noción de abuso del derecho de opción y sus elementos véase LÓPEZ (2012), pp. 13-62.

lado y continúe estandolo¹¹². Se aviene, además, con la idea, según la cual, los vicios del consentimiento no solo revelan un problema de voluntad defectuosa sino de organización de intereses contractuales, pues adaptado el contrato, desaparecerá el interés de tal contratante en desvincularse de este¹¹³. Finalmente, amplía la procedencia del principio de conservación del contrato¹¹⁴, relegado, en sede precontractual, a la nulidad parcial, confirmación de la nulidad relativa y conversión del acto nulo y, en la contractual, a la imprevisión, rebaja del precio y algunos casos de indemnización autónoma¹¹⁵.

2. La tutela contractual: articulación del sistema y medios o medidas que lo integran

Podría parecer inoficioso, después de prácticamente una década que la civilística nacional ha destinado sus esfuerzos a construir un sistema por incumplimiento y aglutinar distintos medios de tutela en torno a un común denominador¹¹⁶, volver sobre este tópico. Pero una razón metodológica así lo aconseja: solo podremos comparar o cotejar el sistema contractual y precontractual, en cuanto a su coherencia tuitiva, en la medida que contrastemos cada una de las medidas de protección que lo integran y su supuesto articulador. Y es que, como pretendemos demostrar, del hecho que ellos sean estructuralmente diversos, no se sigue que no guarden, en todas las hipótesis que puedan presentarse, la debida coincidencia o correspondencia en cuanto a la protección que pretende otorgar al acreedor.

a) El elemento articulador: el incumplimiento contractual

Desde el año 2006, la doctrina nacional¹¹⁷, siguiendo las reflexiones de la dogmática española, ha admitido la existencia de un sistema de medios de tutela contractual que se articula en torno al incumplimiento, entendiendo por tal toda desviación del programa de prestación convenido que conlleve una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer al

¹¹² DÍEZ-PICAZO (2007a), pp. 71-72 y DE LA MAZA (2011a), p. 132.

¹¹³ MORALES (2011), pp. 409-411.

¹¹⁴ Entre nosotros KUNCAR (2014), pp. 365-378.

¹¹⁵ Véase LÓPEZ (2015a), pp. 352-356.

¹¹⁶ VIDAL (2007a), pp. 41-59; VIDAL (2006), pp. 517-537; PIZARRO (2008), pp. 395-402; VIDAL (2008), pp. 429-457; BRANTT (2010); MEJÍAS (2011); PIZARRO (2012), pp. 449-460; PIZARRO (2014), pp. 203-219; DE LA MAZA (2012), pp. 95-114; PRADO (2013), pp. 369-383; DE LA MAZA (2014), pp. 117-159; PRADO (2015a); CONTARDO (2015a); DE LA MAZA (2015), pp. 79-100 y LÓPEZ (2015).

¹¹⁷ Véanse autores indicados en la nota anterior.

momento de celebración del contrato. Se trata de un concepto *amplio*, articulado en torno a la falta de satisfacción del *interés del acreedor* y *neutro*, salvo en lo que concierne a la indemnización de daños¹¹⁸, al que se ha arribado interpretando en forma armónica los arts. 1568 y 1569 del *Código Civil* a propósito del pago y 1546 relativo a la buena fe¹¹⁹ y que nuestra jurisprudencia reciente ha acogido, superando la noción subjetiva¹²⁰ que durante décadas fue acuñada no solo por nuestra dogmática sino por los tribunales nacionales.

Así, en los últimos años, distintas sentencias de la Corte Suprema¹²¹ han señalado:

“el concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor; obedece a la simple constatación de la incongruencia entre lo prometido y lo ejecutado, entre el ideal que en su momento condujo al acuerdo de voluntades y la realidad actualmente resultante, por supuesto insatisfactoria de cara a los intereses del acreedor. El incumplimiento se caracteriza por una desviación del programa de prestación objeto del pacto. La obligación se entiende solucionada cuando se ha realizado suficientemente el interés del acreedor, ciertamente con sujeción al tenor de la convención. Puede que exista *solutio* por parte del deudor, pero que ella no llene las expectativas razonablemente surgidas para el acreedor al tiempo de vincularse; en este caso la *solutio* no se consuma, no es liberatoria, por falta de *satisfactio*”.

Entorno a tal noción de incumplimiento, vinculada indisolublemente la insatisfacción del acreedor, se ha articulado una pluralidad de medios de tutela, cuales son la pretensión de cumplimiento específico, la resolución por incumplimiento, la indemnización de daños, la rebaja del precio y la suspensión del propio cumplimiento, que han sido acuciosamente abordados por nuestra dogmática¹²², pero que es necesario revisitar bre-

¹¹⁸ MORALES (2010), pp. 29-30. Su amplitud radica en que consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones; la falta de satisfacción no solo se refiere a la inejecución de conductas sino del contrato; y la neutralidad, a la ausencia de imputación de responsabilidad y de reproche del incumplidor.

¹¹⁹ VIDAL (2007a), pp. 41 y 47; MEJÍAS (2008), pp. 473-475 y PIZARRO (2008), p. 400.

¹²⁰ Por todos FUEYO (2004), p. 256 y ABELIUK (2014), p. 927.

¹²¹ Véase, entre otros, los considerandos noveno, tercero y noveno de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en los casos Buvinic con Complejo Turístico Marbella, 7 de marzo de 2012; Ampuero con Castillo, 28 de enero de 2013 y Moreno con Banco Santander, 26 de agosto de 2015, disponibles, respectivamente, en www.vlex.com, N° VLEX 436205678, N° VLEX 436085274 y N° VLEX 581273330.

¹²² Véase autores indicados en n. 116.

vemente para recapitular sus requisitos y excepciones de procedencia, cotejándolos con los precontractuales que resulten procedentes, con un doble propósito: determinar si existe coherencia entre una y otra tutela, y, en tal evento, dibujar las zonas de convergencia entre éstos y aquellos.

a) Medios de tutela por incumplimiento contractual

El examen realizado en sede precontractual reveló que, a través de ella, el legislador otorga al acreedor una tutela anulatoria, resarcitoria y satisfactiva que puede alcanzar, respectivamente, a través de la nulidad, la pretensión indemnizatoria y la adaptación del contrato. Como se advertirá, esta misma protección se replica, con mayor o menor intensidad, a propósito de los medios de tutela por incumplimiento, a pesar de su diferente configuración respecto de aquellos, antecedente que solo reviste importancia para efectos de determinar si la ausencia de sus condiciones de procedencia o concurrencia de algunos de sus límites aconsejan inclinarse por un mecanismo de protección precontractual o contractual.

1. La pretensión de cumplimiento específico: la satisfacción del interés específico u originario

Como es bien sabido, la denominada pretensión de cumplimiento específico¹²³ tiene por propósito obtener el mismo comportamiento que el deudor debió haber ejecutado, la parte de la prestación no realizada, la corrección o reparación de los vicios o defectos, o la sustitución de las cosas entregadas no conformes¹²⁴. En consecuencia, otorga al acreedor una *tutela específica o satisfactoria del crédito*, dado que lo faculta para obtener las mismas utilidades que el contrato le puede proporcionar¹²⁵.

Sus presupuestos son el incumplimiento, prescindiendo de la culpa o dolo del deudor, de modo que es un medio de tutela *objetivo*¹²⁶, y que el posterior cumplimiento sea posible¹²⁷. No obstante, la falta de impu-

¹²³ Sobre la conveniencia de esta denominación y la superación de “ejecución forzada” véase LÓPEZ (2015a), pp. 19-21.

¹²⁴ Entre otros, PANTALEÓN (1993), pp. 1727 y 1731; LLAMAS (1999), p. 222; DÍEZ-PICAZO (2008), p. 775; VIDAL (2006), pp. 529- 536 y PIZARRO (2008), p. 400. Modalidades de cumplimiento específico reguladas a propósito del contrato de arrendamiento de servicios en el art. 2002 del *Código Civil* y en los arts. 19 y 20 de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Con todo, se ha intentado su construcción en sede civil VIDAL (2006), pp. 535-536.

¹²⁵ LUMINOSO (1990), pp. 16-17; VERDERA (1995), pp. 43-44 y MARINONI (2008), pp. 212-213.

¹²⁶ En contra de este enfoque BADOSA (1987), pp. 263-265.

¹²⁷ PANTALEÓN (1993), p. 1729; LLAMAS (1999), p. 228; VIDAL (2006), pp. 520 y 522; BARROS (2008), pp. 411-412 y PEÑAILLILLO (2009), pp. 333-334.

tabilidad puede incidir en la titularidad y ejercicio de la pretensión de cumplimiento, ya que ella priva al acreedor de este medio de tutela por vía indirecta, pues la obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Asimismo, la ausencia de imputabilidad puede suspender el ejercicio de la pretensión de cumplimiento específico, en aquellos casos en que la causa del incumplimiento sea un caso fortuito que deja subsistente la obligación¹²⁸.

Si bien durante décadas se sostuvo que se trataba de un mecanismo de protección *principal* o *primario* del acreedor frente al incumplimiento, en las últimas décadas la dogmática nacional¹²⁹, siguiendo los postulados del movimiento de modernización de derechos y obligaciones, ha desestimado esta idea, reconociendo al acreedor el derecho de opción entre los diversos medios de tutela por incumplimiento¹³⁰ y la existencia de *límites o excepciones* a la procedencia del cumplimiento específico, cuales son el carácter exclusivamente personal de la prestación¹³¹ y la excesiva onerosidad de aquella¹³². Esta misma *desmitificación* la encontramos en la nulidad, dado que, como hemos consignado más atrás, es el medio de tutela precontractual más radical, pero no el único ni el principal.

Y es que, como lo hemos consignado en otro sitio¹³³, a nuestro juicio, la imposibilidad no constituye un límite a su ejercicio, sino una condición de procedencia formulada en términos negativos, pues exigir que la prestación se cumpla equivale a exigir que no sea imposible. Una vez configurado el cumplimiento específico, es posible advertir tales límites. El primero tiene lugar en aquellos casos en que solo el deudor puede ejecutar la prestación, atendido que esta es indelegable, ya que exige una destreza particular de naturaleza artística o científica o, bien, ella implica la existencia de una relación personal y confidencial con el acreedor. Piénsese en el académico que se contrata en calidad de único experto en cierta área del conocimiento para impartir clases en un establecimiento universitario, en el arquitecto al que se encarga una cierta obra en atención a su máximo prestigio en el rubro o en la famosa artista lírica que

¹²⁸ VIDAL (2006), p. 522.

¹²⁹ BARROS (2006), pp. 746-749; LÓPEZ (2012), pp. 42, n. 65, 43 y 44; PIZARRO (2014), pp. 210-213; VIDAL (2015), pp. 568-577 y LÓPEZ (2015b), pp. 145-151.

¹³⁰ Una visión panorámica en LÓPEZ (2012), pp. 13-62.

¹³¹ Normado en el § 275 (3) del *BGB*, los arts. 9.102 (2) letra c.) de los PECL, 3:302(2) letra c.) del DCFR, 7.2.2 letra d) de los PICC, 1192 N°4 de la PMCE, 93 (2) letra c.) de los PLDC y podría subsumirse en la “imposibilidad jurídica o física” a la que alude el art. 518-6 letra a) de la PAPDC o en la noción de “imposibilidad” del art. 1221 del *Code*.

¹³² Regulado en el § 275 (2) del *BGB*, art. 9.102 (2) letra b) de los PECL, art. 3:302 (2) letra b) del DCFR, art. 7.2.2 letra b) de los PICC, art. 1192 N° 2 de la PME, 518-6 letra b) de la PAPDC y 1221 del *Code*.

¹³³ LÓPEZ (2015 a), pp. 132-138.

debe interpretar un particular papel en una obra dramática. Establecer su procedencia resulta relativamente sencillo, dado que la sentencia que ordene su ejecución implicaría una excesiva intromisión en la libertad personal del deudor, vulnerando uno de sus derechos fundamentales¹³⁴.

Mayor complejidad reviste constatar si la ejecución de la prestación ha sido excesivamente onerosa para el deudor, dado que, si bien podemos abogar por su procedencia, invocando la buena fe, el abuso del derecho de opción o el equilibrio contractual, las expresiones “excesivamente desproporcionado”, “irrazonable” o “gravoso”, empleadas por los instrumentos de *soft law* que regulan este límite¹³⁵, son imprecisas, de modo que requieren fijar un criterio que permita determinar cuándo se configura. La doctrina ha destinado sus esfuerzos a indicar supuestos en que este concurriría, pero no ha ensayado ninguna fórmula orientada a tal propósito. Así ha citado como ejemplos el caso del buque petrolero que naufraga en aguas costeras durante una fuerte tempestad, cuya recuperación desde el fondo del mar ocasiona al naviero gastos que exceden el valor del petróleo¹³⁶. El del poseedor condenado a restituir el inmueble desmalezado, en circunstancias de que la operación de limpieza del terreno, al momento de la ejecución de la sentencia, tiene un costo desproporcionado en atención al valor de aquél¹³⁷. La vivienda que tiene una diferencia de pocos centímetros en relación con las dimensiones acordadas en el contrato de construcción, no obstante lo cual el acreedor exige al deudor su demolición y posterior reconstrucción, aun cuando tal diferencia no impide su correcto uso¹³⁸.

Para efectuar tal determinación, aparentemente resultaría útil distinguir si las partes han introducido en el contrato alguna fórmula. Sin embargo, a nuestro juicio, sería irrelevante, pues sea que la estipulen o no, en ambos casos, el límite aplicable sería aquel contemplado a propósito de la cláusula penal enorme en el art. 1544 del *Código Civil*, porque, a nuestro juicio, este sería el máximo desequilibrio prestacional tolerado por nuestro legislador para casos como este. Por consiguiente, el acreedor no podrá exigir al deudor, la ejecución de la prestación si su ejecución excede el duplo del valor de la obligación principal, convenido en el contrato. Esa sería la métrica.

Con todo, el cumplimiento específico no tiene un *correlato absoluto* con algún medio de tutela precontractual, ya que ninguno de ellos busca la

¹³⁴ DÍEZ PICAZO-ROCA-MORALES (2002), p. 343; CAPILLA (1989), pp. 24-25; VERDERA (1995), p. 174; BARROS (2008), pp. 412-413 y LÓPEZ (2015a), pp. 147-148.

¹³⁵ Véase n. 132.

¹³⁶ UNIDROIT (2010), p. 258.

¹³⁷ DÍEZ-PICAZO-ROCA-MORALES (2002), pp. 341-342; GÓMEZ (2007), pp. 16-17 y MORALES (2006 b), pp. 68-69.

¹³⁸ MESTRE-FAGES (2005), p. 596.

satisfacción del *interés originario o específico* pactado en el contrato. El único que podría aproximarse a este propósito es la adaptación del contrato, dado que persigue la satisfacción *directa* del interés de uno o ambos contratantes que han padecido error, pero que, como consecuencia de la falsa representación de la realidad no es coincidente entre ellos. La coincidencia plena, como se verá, solo se advierte en medios de tutela contractuales, como acontece con la suspensión del propio cumplimiento y la rebaja del precio, pero, en este último caso, solo respecto del valor no rebajado.

ii) La rebaja o reducción del precio:
la mantención del contrato en un menor valor

La rebaja o reducción del precio, también denominada acción *quanti minoris* o *aestimatoria*, cuyo origen se encuentra en el Derecho Romano y que tradicionalmente se perfiló como una acción de garantía¹³⁹, hoy constituye un medio de tutela en virtud del cual el acreedor que ha recibido una prestación defectuosa- que ya no se restringe exclusivamente a un vicio en la cosa, puede solicitar la reducción del precio o la devolución de lo pagado en exceso.

Inicialmente fue su naturaleza jurídica y la compatibilidad con la indemnización de daños los tópicos que concitaron la atención de la doctrina. Así, se postuló que se trataba de una resolución parcial del contrato, cuyo fundamento radica en la ejecución imperfecta éste¹⁴⁰ y, posteriormente, se abogó por el equilibrio contractual, aduciendo que este era el que justificaba la adaptación o ajuste del contrato, desestimándose su eventual naturaleza indemnizatoria¹⁴¹. Es precisamente esta circunstancia la que explica que la rebaja del precio coexista con la indemnización de daños, en la medida que no se demande la reducción del valor del cumplimiento o la disminución del valor de la prestación, perfilándolas como medidas de protección diversas. Así se advierte actualmente en los PECL, el DCFR, la PME, la PAPDC y el Borrador de los PLDC.

Ha sido solo en el último tiempo, con ocasión de las fórmulas contempladas por los instrumentos contractuales de modernización del Derecho de Obligaciones, que se ha abordado la conveniencia de concebirla como un medio de tutela del acreedor de procedencia general, como lo revelan

¹³⁹ MORALES (1980), pp. 596-599; FERRANTE (2012), pp. 30-33; GUZMÁN (2013), pp. 166 y 168 y OVIEDO (2014), pp. 201-240.

¹⁴⁰ VINEY (2001), p. 167; RIGALLE-DUMETZ (2003), p. 151 y ss.; CAUFFMAN (2005), pp. 166-169 y REMY (2009), pp. 267-268.

¹⁴¹ Entre otros, BERCOVITZ (1969), pp. 802-805; MORALES (2006 c), p. 99; FENOY (2011), p. 1562; VIDAL (2011a), pp. 281-282; FERRANTE, (2012), pp. 35-37, 52-56 y 87 y PRADO (2013), p. 382.

ciertos instrumentos del *soft law*¹⁴² y algunos códigos civiles recientes. Dentro del primer grupo se encuentran el art. 50 de la CVCIM, 9.401 de los PECL, el apartado III.3:601 del DCFR, los arts. 1197 y 1198 de la PME, 518-11 de la PAPDC, y el art. 95 del borrador de los PLDC. En el segundo, en tanto, destacan los arts. 441 y 442 del *Código* brasileño de 2002 que lo contempla para los contratos comutativos y el art. 1223 del *Code*¹⁴³ que le otorga derechamente un carácter general.

Los argumentos que se han esgrimido para sustentar su amplia procedencia se refieren a sus requisitos y modalidad de ejercicio y a las ventajas probatorias que ella acarrea¹⁴⁴. En primer lugar, se ha sostenido que no se requiere probar la culpa del deudor, toda vez que es una acción de ejercicio objetivo. Por otro lado, protege al acreedor de situaciones inequitativas en que la indemnización resulta insuficiente y reviste utilidad no solo cuando el deudor queda exento de responsabilidad por daños sino ante la dificultad de probar una pérdida. A ello se agrega que puede intentarse separada o en forma acumulativa a la indemnización, de modo tal que si el precio ha sido pagado y el monto de la reducción es inferior a los daños, se podrán exigir estos; si es superior, podrá escoger la rebaja y, si el precio no ha sido pagado, puede el acreedor hacerla efectiva, aun cuando haya sufrido otros daños que demandará con posterioridad.

De allí que la civilística comparada postule su aplicación general, sugiriendo construirla a través de una interpretación de las distintas normas que la contemplan, erigiéndola en un *principio general básico*¹⁴⁵ y que estos postulados hayan permeado en la dogmática nacional, a pesar de que el *Código Civil* chileno solo la regula en la compraventa y arrendamiento, como se desprende, por una parte, del inciso segundo del art. 1832 y los arts. 1857, 1858, 1860 y 1868 y, por otra, del inciso segundo de los arts. 1928, 1930 y 1932. Y es que, en el último tiempo, se ha abogado por ampliar el alcance de la rebaja o reducción del precio a otros contratos distintos de la compraventa y del arrendamiento en que se verifique una asimetría prestacional¹⁴⁶, admitiéndose su procedencia también en sede

¹⁴² Un interesante estudio en el Derecho Contractual europeo y su aplicación general en JANSEN (2012).

¹⁴³ Que, en parte, recoge la regulación contenida en el art. 107 del Proyecto Terré, el único anterior a la ordenanza N° 2016-131, que la contempló, pues su incorporación fue controvertida, dado que el menor valor normalmente se demanda como indemnización, lo que no justifica su reconocimiento como figura de procedencia general e independiente.

¹⁴⁴ Véase, entre otros, WILL (1987), pp. 368-369 y LIU (2005). Estas ventajas también han sido referidas por LÓPEZ Y LÓPEZ (1997), pp. 445 y 446 y PRADO (2013), pp. 379-380. Un estudio más acabado de este tópico en el *Common Law* en FERRANTE (2012), pp. 95-98.

¹⁴⁵ Véase, entre otros, BIANCA (1979), pp. 55 y 162 y FERRANTE (2012), p. 132.

¹⁴⁶ En este sentido PRADO (2013), p. 383.

de consumo¹⁴⁷. A tal efecto se ha ensayado una interpretación lógica de las disposiciones contenidas en el *Código Civil* que hemos referido precedentemente y sistemática, a partir otras contenidas en la ley N° 19.496, entendiéndolas, incluso, como manifestaciones del principio de equilibrio contractual en su *dimensión funcional o sobrevenida*¹⁴⁸.

Cierto es que una interpretación literal de tales artículos relativos a la compraventa y arrendamiento, podría inducir a pensar que la rebaja del precio tiene un carácter restrictivo. Sin embargo, una razonable explicación de esta acotada regulación podría ser que se reguló allí, porque se trata de contratos en que su procedencia resulta más evidente, pero no significa que estemos ante un *numerus clausus*. Y es que, si se revisa detenidamente nuestro *Código* no existe norma que obste a su aplicación general, porque lo que el legislador persigue regulándola es *recomponer el equilibrio contractual* que, en este caso, se ha perdido como consecuencia de los vicios o defectos de la cosa. Es, precisamente, a partir de esta premisa que se ha propuesto la reinterpretación de dichos artículos para ser aplicados a contratos que generen obligaciones de dar y de simple entrega y respecto de contratos de los que derive una obligación de hacer y exista una prestación susceptible de ser rebajada, como podría ocurrir en el mandato¹⁴⁹ o en el contrato de publicidad o de difusión publicitaria ejecutado en forma incorrecta¹⁵⁰.

A una conclusión similar puede arribarse en la ley N° 19.496, si, como lo han sugerido las profesoras Pamela Prado y Francisca Barrientos¹⁵¹, se interpretan armónicamente los arts. 19, 20 inciso segundo del art. y 25 inciso final, pues permiten sostener que existen al menos tres hipótesis adicionales en las que la reducción del precio tendría cabida, superando la literalidad del art. 19, que faculta al consumidor para solicitar la rebaja del precio si la cantidad o contenido neto de un producto es inferior al indicado en un envase¹⁵². La primera tiene lugar en aquellos supuestos en que se decreta la nulidad parcial del contrato por contener estipulaciones abusivas y se requiera establecer una simetría entre los derechos y obligaciones de las partes. La segunda, en los casos en que la cosa adquirida por el consumidor presente fallas o defectos y no sea posible obtener la reparación ni la sustitución del bien. La última se advierte en los contratos en que el servicio haya dejado de funcionar o funciona imperfectamente.

¹⁴⁷ PRADO (2014b), pp. 240-241 y BARRIENTOS (2014a), p. 71.

¹⁴⁸ LÓPEZ (2015b), pp. 151-157.

¹⁴⁹ En este sentido PRADO (2013), p. 383.

¹⁵⁰ LÓPEZ (2015b), p. 156 y en lo que concierne a su configuración como principio en el *Código*: *op. cit.*, pp. 118-133, 139-144 y 151-157.

¹⁵¹ PRADO (2014b), pp. 240-241 y BARRIENTOS (2014a), p. 71.

¹⁵² Sobre el alcance de este precepto véase BARRIENTOS (2013), pp. 518-523.

Con todo, y como ya lo hemos indicado en otro sitio¹⁵³, el defecto o falta de conformidad de una determinada prestación, altera la obligación del deudor y, por consiguiente, el equilibrio prestacional, disminuyendo el contenido de aquella, lo que determina a su vez, la necesidad de modificar la obligación del acreedor que se ha visto menoscabado por tal alteración, permitiéndole solicitar la reducción del precio. El principio de *equilibrio contractual* deviene, entonces, como su fundamento y, en la medida que admitamos su procedencia en nuestro *Código* y concibamos todas las normas que hemos venido comentando como las bases normativas en que este se erige, bastaría con invocarlo directamente para sostener la procedencia general de la rebaja del precio como un medio de tutela del acreedor.

En lo que se refiere a su método de cálculo, un examen de la jurisprudencia nacional revela que se ha reducido una cantidad determinada o han calculado la rebaja en un porcentaje sobre el precio acordado e, incluso, se ha confundido con la indemnización de daños¹⁵⁴. No se ha empleado el método de *resta* o el *proporcional puro*¹⁵⁵, ni tampoco se ha recurrido uniformemente los criterios de proporcionalidad, la gravedad del vicio y el costo de reparación del bien, sugeridos por la doctrina nacional, a partir de un estudio de los métodos de cálculo comparados¹⁵⁶. Mientras nuestros tribunales no adopten uno de estos criterios ni desestimen en forma definitiva su naturaleza resarcitoria, no podrá perfilarse adecuadamente este medio de tutela, privándose al acreedor de una alternativa que resulta muy conveniente para satisfacer su interés.

Lo cierto es que de lo dicho hasta acá fluye claramente que la tutela que otorga el legislador a través de este medio de tutela es la *específica o satisfactoria*, pero con un alcance limitado, pues permite conservar la prestación inicial, reducida. Por lo mismo, no encuentra correlato en ningún medio de tutela precontractual, toda vez que esta tutela no se contempla en estos términos en dicha fase, sin perjuicio que, como lo destacamos en el apartado precedente, exista una aproximación tratándose de la adaptación del contrato.

¹⁵³ LÓPEZ (2015b), p. 157.

¹⁵⁴ PRADO (2015b), pp. 639-641. Sobre su confusión con la indemnización PRADO (2013), pp. 373-377, razonamiento que debería enmendarse por las razones expuestas por FERRANTE (2012), pp. 86-88, 90-98. Un fenómeno similar acontece en el *Common Law*, pero como consecuencia del art. 53(2) de la *Sale of Goods Act*. MALO (2016), pp. 110 y 111.

¹⁵⁵ Sobre los métodos de cálculo véase FERRANTE (2012), pp. 183-304 y PRADO (2015b), pp. 631-649.

¹⁵⁶ PRADO (2015b), pp. 639-646.

iii) La suspensión del cumplimiento de la propia obligación: una forma de procurar la satisfacción del interés originario o específico

La *suspensión de cumplimiento*¹⁵⁷ es un medio de tutela que solo en el último tiempo ha adquirido mayor connotación, no porque sea de reciente data¹⁵⁸, sino porque, a partir del movimiento de modernización de derechos y contratos, se le ha denominado correctamente, abandonándose la terminología procesal que lo dio a conocer como *excepción de contrato no cumplido* o *exceptio non adimpleti contractus*¹⁵⁹.

Y es que la facultad que ejerce el acreedor a través de dicha excepción y que procede precisamente frente a la demanda de cumplimiento de su deudor, consiste en rehusar cumplir su obligación mientras el otro no cumpla o no ofrezca cumplir su respectiva obligación en forma total y perfecta. De allí que se estime que la denominada *exceptio non rite adimpleti contractus* o *excepción de falta de cumplimiento regular y exacto*¹⁶⁰ constituye una variante de aquella y una causal que habilita al acreedor a suspender su propio cumplimiento. Si el demandado ha cumplido, la inejecución del otro contratante lo facultará para recurrir a la pretensión de cumplimiento específico, resolución por incumplimiento, rebaja del precio o indemnización de daños, dependiendo de cuál sea su interés y los requisitos de procedencia que concurran en la especie.

Cuestión distinta es que, procesalmente, se oponga una excepción para justificar su ejercicio y la eficacia de ella quede subordinada a que el otro contratante cumpla su obligación o se allane a hacerlo¹⁶¹. Dicho de otra manera y como acontece a propósito de la pretensión de cumplimiento específico¹⁶², debe deslindarse el contenido del medio de tutela de la forma de activarlo procesalmente. Esta precisión terminológica, al igual que aquella, sirve para abordar la protección del acreedor desde una perspectiva sustantiva que los códigos decimonónicos contempla-

¹⁵⁷ Similar en su denominación al *withholding performance* que regula el art. 3:401 del DCFR.

¹⁵⁸ De hecho, sus orígenes se remontan al Derecho Canónico. Una completa síntesis en MEJÍAS (2013), pp. 390 y 396, así como de sus antecedentes inmediatos en el *Código Civil chileno: op. cit.*, pp. 396-402.

¹⁵⁹ Entre otros, MORALES (2006a), pp. 30 y 31; FENOY (2011), pp. 1570-1574; MALO (2016), pp. 187-203 y VERDERA (2015), pp. 84-94.

¹⁶⁰ Para una contraposición entre ambas véase RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), pp. 83-114.

¹⁶¹ Esta relación ya había sido destacada por Diego Espín en 1964 al señalar que la excepción de incumplimiento representa “un medio de suspender el cumplimiento de la parte demandada (...).” No obstante, se la siguió concibiendo mayoritariamente como excepción: ESPÍN (1964), p. 548.

¹⁶² Un fenómeno similar se advierte tratándose del cumplimiento específico, pues, como precisamos en la n. 123, en un inicio se empleó la denominación ejecución forzada.

ron imperfectamente o simplemente no contemplaron, como también acontece con el cumplimiento específico, cuya regulación fue entregada, prácticamente en su totalidad, al *Código de Procedimiento Civil*¹⁶³.

Este es el enfoque que recogen los arts. 719 del *Código Civil* de Paraguay y 1168 del *Código Civil* de Venezuela, empleando la expresión “rehusarse o negarse a la contraprestación” y los arts. 1426 del *Código Civil* peruano, 7.1.3 de los PICC, 9:201 de los PECL¹⁶⁴ y 1191 de la PME¹⁶⁵ y 518-6 de la PAPDC, bajo la denominación de “suspensión de cumplimiento”. No ha ocurrido lo mismo tratándose del § 320 del *BGB* y los arts. 573 y 574 del *Código Civil* de Bolivia, 428 a 430 del *Código Civil* portugués, 476 del *Código* de Brasil, 102 del borrador de los PLDC, 1219 del *Code*, que, si bien consagran positivamente esta facultad, reconocida jurisprudencialmente, lo hacen bajo la expresión *excepción de contrato no cumplido*¹⁶⁶.

Existe consenso en que su fundamento se encuentra en la ejecución simultánea de las obligaciones y la regla del *sinalagma funcional*¹⁶⁷ y que sus condiciones de procedencia son que se trate de un contrato bilateral, una de ellas reclame a la otra el cumplimiento de la obligación que le corresponde, el reclamante no cumpla ni haya ofrecido cumplir su obligación, la obligación incumplida sea actualmente exigible, la negativa a cumplir no contravenga la buena fe¹⁶⁸, agregándose, en regulaciones más recientes, que el interpelado no esté obligado a cumplir en forma anticipada¹⁶⁹. Solo en el último tiempo se ha agregado que la inejecución de la obligación de quien exige el cumplimiento sea *grave* o de tal entidad que frustre las expectativas del destinatario o la finalidad económica del contrato, descartándose los supuestos en que las deficiencias no impiden la satisfacción del interés del acreedor, requisito que actualmente recoge

¹⁶³ Así se desprende de los arts. 434 a 544 del *Código de Procedimiento Civil*.

¹⁶⁴ Aunque bajo la sección 2 del capítulo noveno que lleva por título “Excepción de incumplimiento contractual”.

¹⁶⁵ Disciplinada en un capítulo relativo a “disposiciones generales” y no en el art. 1190, que se refiere a los medios de tutela en general, al igual que acontece en los PICC, motivo por el cual la ubicación de su regulación ha sido criticada: FENOY (2011), pp. 1571-1572 y VERDERA (2015), p. 85.

¹⁶⁶ Aunque el borrador de los PLDC, en el artículo siguiente, utiliza la expresión “suspensión anticipada de cumplimiento”.

¹⁶⁷ Entre otros, FERNÁNDEZ (1997), p. 410; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), pp. 83-84; MEJÍAS (2012), pp. 339-357; YÚSARI (2012), pp. 45-50 y 84-88 y MALO (2016), pp. 187 y 198.

¹⁶⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), pp. 494-498; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), pp. 99-107; ABELIUK (2014), pp. 1110 -1114 y MALO (2016), p. 188. Otros autores, como Carlos Pizarro, estiman que solo debe tratarse de obligaciones recíprocas exigibles y existir buena fe por quien alega la excepción: PIZARRO (2005), pp. 336-339.

¹⁶⁹ Es el caso del DCFR: MALO (2016), pp. 192-197 y 200-204 y el art. 102 del borrador de los PLDC.

el art. 1220 del *Code*. Con todo, se ha discutido la pertinencia de tal requisito¹⁷⁰ y su real diferenciación de la exigencia de su ejercicio de buena fe, indicándose, por un lado, que se trata de una figura que tiene un alcance y finalidad distinta a la resolución¹⁷¹ y, por otro, que si no revistiera tal entidad nos encontraríamos ante un nuevo supuesto de abuso del derecho de opción del acreedor¹⁷².

Este medio de tutela difiere de la suspensión del cumplimiento *por anticipación*, toda vez que el presupuesto de este último, según se desprende de los arts. 71 de la CVCIM, 8:105 de los PECL, 7.3.4 de los PICC, III.3:401 (2) del DCFR y 103 del borrador de los PLDC, es que el acreedor debe cumplir su obligación *antes* de que el deudor ejecute la suya, a diferencia de lo que acontece en la suspensión de cumplimiento propiamente tal en que el acreedor debe ejecutarla *simultáneamente o después* del deudor. Por consiguiente, estamos ante una *medida anticipatoria al incumplimiento*, cuyo fundamento es el temor fundado del acreedor que la prestación del deudor no será cumplida en el tiempo debido, motivo por el cual se le faculta a suspender la ejecución de la prestación o paralizarla definitivamente, notificando al deudor esta circunstancia. El único caso en que no podrá ejercer esta facultad es aquel en que el deudor ofrezca una garantía adecuada de correcto cumplimiento, dado que se desvirtúa la errónea creencia del acreedor respecto de la capacidad o voluntad de cumplimiento del primero¹⁷³.

Podría pensarse que adoptar la denominación más correcta, esto es, *suspensión del propio cumplimiento*, acarrea como inconveniente que esta terminología es extraña al *Código Civil*. Sin embargo, la expresión excepción de contrato no cumplido, también lo es. De hecho, como lo ha precisado la profesora Claudia Mejías¹⁷⁴, nuestro *Código* no regula la excepción de contrato no cumplido, sino que la reconoce implícitamente en el art. 1552 y otras disposiciones que consagran el principio de *simultaneidad en el cumplimiento* de las obligaciones, pues dicho precepto, en realidad, regula

¹⁷⁰ A favor de esta exigencia CAPRILE (2012), p. 59 y MALO (2016), p. 189.

¹⁷¹ MEJÍAS (2014), pp. 127-129. En España, en tanto, RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), pp. 100-110, postula que se trata de un requisito propio de la resolución, pero que, aplicado a la excepción de contrato no cumplido, resulta desorbitado.

¹⁷² En efecto, la nota a este artículo de la ordenanza consigna este fundamento: *Reforme du droit obligations* (2016), p. 25. Sobre este tópico en el Derecho chileno, véase LÓPEZ (2012), pp. 13-62. Por su parte, nuestra doctrina ha sugerido que lo que se persigue con esa exigencia es impedir su ejercicio contrario a la buena fe: LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), p. 352; ABELIUK (2014), pp. 1113-1114 y MEJÍAS (2014), pp. 124, 127-142.

¹⁷³ Para un análisis véase MALO (2016), pp. 193-194 y 200-201. Una aproximación en el Derecho nacional de esta figura en CAPRILE (2012), pp. 62-63; CONTARDO (2014b), pp. 556-557 y ABELIUK (2014), pp. 1117-1118.

¹⁷⁴ MEJÍAS (2012), pp. 339-357. En igual sentido YÚSARI (2012), pp. 66-83.

la figura de la *compensación en mora*¹⁷⁵. Y es que probablemente no exista ninguna norma, como acontece con los otros medios de tutela que hemos venido revisando, que lo consagre expresamente, lo que no ha constituido impedimento para admitir su procedencia dogmática y jurisprudencial, aunque tal recepción haya sido bajo su denominación procesal¹⁷⁶.

La tutela, entonces, que otorga el ordenamiento jurídico y, en este caso más precisamente nuestra jurisprudencia al acreedor, que, a su vez, es un deudor incumplidor de su prestación, está orientada a satisfacer el interés *originario o específico*, representado por la ejecución de la prestación convenida. Por consiguiente, no existe un correlato de esta tutela en la fase precontractual. Y es que la negativa a ejecutar la propia obligación o, si se quiere, *suspender su cumplimiento*, tiene por propósito forzar a otro contratante a ejecutar su prestación. Distinto es que, aquel mantenga su pasividad y, finalmente, se produzca la ruptura del contrato, y pueda discutirse si se verifica una *resciliación tácita* por aquiescencia de ambas partes, al dejar pasar el tiempo de prescripción de las acciones contractuales¹⁷⁷, toda vez que, por un lado, si existe mutuo disenso no existe incumplimiento mutuo y, por otro, lo tácito se opone a lo cierto y tratándose de la extinción del contrato esta no puede inferirse por conjeturas o vaguedades¹⁷⁸. Sin embargo, pareciera ser que esta última corriente de opinión es la que se ha impuesto en nuestros tribunales¹⁷⁹.

iv) La resolución por inejecución:

¿la aniquilación total del contrato en fase de incumplimiento?

La resolución por incumplimiento es medio de tutela de ejercicio facultativo y, por lo mismo, funcionalmente alternativo a la pretensión de cumplimiento¹⁸⁰, que constituye una manifestación de la facultad resolutoria prevista en el art. 1489 de nuestro *Código Civil*¹⁸¹. No se trata, entonces, de una condición implícita o tácita, sino de un mecanismo de protección

¹⁷⁵ MEJÍAS (2013), pp. 390-408.

¹⁷⁶ Entre otros, RODRÍGUEZ (2004), pp. 121-130; PIZARRO (2005), pp. 317-342; LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), pp. 492-498; CAPRILE (2012), pp. 53-93; YÚSARI (2012), p. 37 y ss.; MEJÍAS (2013), pp. 389-412; Mejías (2014), pp. 111-156 y ABELIUK (2014), pp. 1108-1116.

¹⁷⁷ Así lo ha destacado PIZARRO (2005), pp. 324 y 340-341.

¹⁷⁸ CAPRILE (2012), pp. 71-72.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 71-77.

¹⁸⁰ KREBS (1999), p. 865; PEÑAILILLO (2003), p. 397; BARROS (2008), p. 420 y VIDAL (2011a), p. 777.

¹⁸¹ Si bien nuestro *Código Civil* no consagra en forma expresa la facultad resolutoria del acreedor, la doctrina nacional paulatinamente ha acuñado tal expresión, desvinculando definitivamente la resolución por incumplimiento de la condición resolutoria tácita: KREBS (1999), pp. 866-874; FUEYO (2004), pp. 314-315; PIZARRO (2008), p. 401; VIDAL (2009), p. 221 y ss.; MEJÍAS (2011), p. 7 y ss.; BARROS (2008), p. 425 y CONTARDO (2015a), pp. 27-29

que el ordenamiento jurídico confiere al acreedor diligente¹⁸² para que aniquele una relación contractual, desligándose de un contrato que no le ha proporcionado ni le proporcionará el beneficio que esperaba obtener y acuda al mercado a celebrar una operación de reemplazo que le permita paliar los efectos del incumplimiento¹⁸³.

Por otro lado, al igual que el cumplimiento específico, es de ejercicio *objetivo*, esto es, procede al margen de la imputabilidad del deudor. El incumplimiento culposo o doloso imputable al deudor sería un requisito de la indemnización de daños, mas no de la resolución¹⁸⁴. Por consiguiente, para resolver el contrato bastaría el solo incumplimiento del deudor, pero este debe ser *resolutorio*, esto es, *grave o esencial*. Existirá tal incumplimiento si las partes estipulan a través de una cláusula resolutoria que el no pago de una o más rentas en el arrendamiento o el incumplimiento de determinadas diligencias administrativas para la celebración de un contrato –tales como la medida de un terreno, obtención de una patente comercial o reforestación total de una cierta superficie–, resolverá el contrato¹⁸⁵.

Otro tanto acontecerá en el evento de que el incumplimiento frustre el propósito práctico perseguido por el acreedor¹⁸⁶. Piénsese en el caso que el arrendador entregue al arrendatario la cosa en mal estado o esta tenga una calidad que impida destinarla al uso para el cual fue arrendada. Así sucederá si el predio arrendado no está urbanizado o no se ha emitido permiso de edificación o el sitio en que se ubica no está destinado a la realización de actividades comerciales¹⁸⁷. En tales hipótesis el legislador otorga al arrendatario la facultad resolutoria, porque es altamente probable que, como consecuencia de la frustración de su interés, quiera desvincularse del contratante incumplidor.

Una situación similar se aprecia si el deudor termina unilateralmente el contrato, efectúa deliberadamente gestiones que entorpecen el mandato conferido para eludir el pago de la respectiva comisión al mandante, se niega en forma injustificada a cumplir su obligación o reiteradamente

¹⁸² PANTALEÓN (1993), p. 1727 y ss.; TALLÓN (1994), p. 223 y ss.; CLEMENTE (1998), p. 10 y ss.; SAN MIGUEL (2004), p. 38 y ss.; BARROS (2008), pp. 408 y 419-427; MORALES (2006a), p. 31 y ss.; GENICON (2007), p. 11 y ss.; DÍEZ-PICAZO (2008), p. 802 y ss.; VIDAL (2009), pp. 348-349; CORRAL (2010), pp. 223-240 y MEJÍAS (2011), p. 9 y ss.

¹⁸³ LUMINOSO (1990), p. 16; ESPINAR (1969), p. 155; VERDERA (1995), p. 44; CLEMENTE (1998), p. 89; DÍEZ PICAZO-ROCA-MORALES (2002), p. 349; FUEYO (2004), p. 333; MEJÍAS (2011), p. 233; VIDAL (2009), p. 223 y MORALES (2016), p. 23.

¹⁸⁴ PANTALEÓN (1991), p. 1047; PEÑAILILLO (2003), p. 412; SAN MIGUEL (2004), pp. 82 y 239; PIZARRO (2008), p. 401; BARROS (2008), pp. 421-422; DÍEZ-PICAZO (2008), p. 821; VIDAL (2009), p. 225; CORRAL (2010), pp. 226-227 y MEJÍAS (2011), pp. 21-29.

¹⁸⁵ VIDAL (2009), p. 254 y MEJÍAS (2011), pp. 212-224.

¹⁸⁶ VIDAL (2009), p. 253 y MEJÍAS (2011), pp. 225-263.

¹⁸⁷ MEJÍAS (2011), pp. 242-263 y DE LA MAZA (2011b), pp. 220-225.

incumple una prestación cuya ejecución está fraccionada. En efecto, una revisión de la jurisprudencia nacional revela que en tales hipótesis nuestros tribunales han invocado la pérdida de confianza del acreedor para calificar como resolutorios los incumplimientos dolosos, cometidos con culpa grave y reticentes o aquellos relativos a obligaciones derivadas de contratos *intuito personae*¹⁸⁸.

A través de este medio de tutela el legislador otorga al acreedor una tutela *resolutoria o represtinatoria*¹⁸⁹, facultándolo para desligarse del otro contratante solo frente a un incumplimiento resolutorio. Se trata de una tutela distinta a la *tutela específica o satisfactoria del crédito* que otorga la pretensión de cumplimiento, no obstante, ambas permiten al acreedor organizar su patrimonio cualitativamente ocurrido el incumplimiento. De hecho, la *satisfactoria* procura al acreedor el bien que le es debido en virtud del contrato, en tanto la *resolutoria* reconstruye el patrimonio en la composición cualitativa existente con anterioridad a su celebración. Un fenómeno distinto se advierte a propósito de la tutela *resarcitoria* que dimana de la indemnización, pues incide en el aspecto cuantitativo del patrimonio¹⁹⁰.

El efecto que la resolución acarrea permite equipararla a la nulidad, pudiendo subsumir la tutela anulatoria y la resolutoria en una *aniquilatoria*, ya que ambas disuelven el contrato, advirtiéndose una *coherencia* en la protección que el legislador otorga al acreedor en sede precontractual y contractual. Sin embargo, si adherimos a la tendencia instaurada por el movimiento de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, propugnada por nuestra doctrina más reciente¹⁹¹, arribaremos a una conclusión distinta, dado que recoge un modelo “moderno” que oscila entre el francés (que le otorga efecto retroactivo), y el anglosajón (que lo desconoce), atribuyéndole una *retroactividad limitada* a ciertas situaciones. La resolución no produce, entonces, la desaparición de todos los efectos del contrato, sino la *transformación* de la relación obligatoria que debe liquidarse a través de la restitución para restablecer el equilibrio ocasionado por el incumplimiento. Y es que, a diferencia de la nulidad, el contrato

¹⁸⁸ MOSCO (1950), pp. 111-112 y 127-129; BARAONA (1998), pp. 233-243; MEJÍAS (2011), pp. 267-277 y VIDAL (2009), pp. 253-254.

¹⁸⁹ LUMINOSO (1990), pp. 9-16 y VERDERA (1995), p. 44. Si bien tales autores sostienen que la finalidad de tal tutela es, además, restituirlo al estado en que se encontraba antes de la celebración del contrato, este enfoque ha sido superado por la doctrina más reciente, entendiendo que sus efectos se producen hacia el futuro. Véase PIZARRO (2012), pp. 457-460; CONTARDO (2015a), pp. 317-334; ALCALDE (2015), pp. 591-594 y MEJÍAS (2016), pp. 271-322.

¹⁹⁰ LUMINOSO (1990), pp. 16-17 y VERDERA (1995), pp. 44-45.

¹⁹¹ PIZARRO (2012), pp. 457-460; CONTARDO (2015a) pp. 317-334; ALCALDE (2015), pp. 591-594 y MEJÍAS (2016), pp. 271-322.

efectivamente se celebró, pero no se cumplió, de modo que no se puede volver al estado preexistente como si no se hubiera concluido. Este enfoque permite entender la procedencia de la indemnización concurrente y la eficacia de las cláusulas penales o aquellas relativas a la solución de litigios o que deben surtir efecto después de la resolución (cláusulas de confidencialidad o no competencia)¹⁹².

Con todo, aun cuando se admite la *retroactividad limitada*, lo cierto es que las partes, sea en la nulidad, sea en la resolución, se desvinculan o liberan del contrato. La diferencia es que la primera es total; en cambio, en la segunda es parcial. De allí que pueda sostenerse que ambas, en mayor o menor medida, dispensan al acreedor una tutela *aniquilatoria*, pudiendo advertirse cierta coherencia entre ellas.

Por otro lado, es posible que los supuestos de hecho de la nulidad y la resolución converjan, toda vez que el incumplimiento puede encontrar su causa en la falta de objeto por no concurrir los requisitos previstos en el art. 1461 del *Código Civil*, en el dolo del deudor a que alude el art. 1458¹⁹³ o en las ausencias de cualidades esenciales del objeto sobre el que versa el acto o contrato que, de conformidad con el art. 1454, determina un error sustancial en el otro contratante¹⁹⁴. Desde la perspectiva contractual estaremos ante una resolución por frustración del interés del acreedor, pero desde la precontractual, ante la inhabilidad de objeto o un vicio del consentimiento, respectivamente, pudiendo, el acreedor, escoger entre una y otra.

Piénsese en el caso previsto en el art. 1814 de inhabilidad por falta de objeto a propósito del contrato de compraventa, que puede extrapolarse a otros contratos, en que el comprador podrá resolver el contrato, si faltaba una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse, toda vez que tal circunstancia frustra el propósito perseguido por aquel. O en el ejemplo referido más atrás en que el inmueble arrendado está urbanizado, carece de permiso de edificación o no está destinado a la actividad comercial, en que podría impetrarse la nulidad por error sustancial o la terminación del contrato de arrendamiento por mal estado o calidad de la cosa con la respectiva indemnización, de conformidad a los arts. 1932 y 1933¹⁹⁵. Otro tanto acontece si se han adquirido artefactos o maquinarias cuyo año de fabricación es inferior al indicado en el contrato y que fue determinante para celebrar el contrato o insumos que presentaban una composición que

¹⁹² PALAZÓN (2014), pp. 158-169; PLANA (2015), p. 506 y MALO (2016), pp. 185-186.

¹⁹³ PRADO (2016), pp. 442-444.

¹⁹⁴ DE LA MAZA (2011), pp. 216-230 y DE LA MAZA (2014), pp. 136-137 y 146-147.

¹⁹⁵ Estos supuestos que concurrieron en Glide Diversiones con Cía. Inversiones y Desarrollo Sur S.A. (2008) y Aguilera Parada con GSE Living Technology Chile S.A (2010), comentados en DE LA MAZA (2011), pp. 222-223.

impedía su comercialización¹⁹⁶. Y, en lo que respecta al dolo, podría ocurrir que, la vendedora ocultara a la compradora que existían litigios pendientes respecto del inmueble objeto del contrato, impidiéndole ejercer sus derechos sobre él, engañara respecto de la posibilidad de utilizar los servicios ofrecidos en un contrato de programa vacacional o sobre el campo ocupacional de la carrera ofrecida en un contrato de prestación de servicios educacionales¹⁹⁷.

Existiendo la misma tutela parecería inoficioso que el legislador contemplara, por un lado, la nulidad y, por el otro, la resolución. Pero, atendido su diverso alcance, la existencia de ambas se justifica y, por lo mismo, como veremos más adelante, resulta determinante en aquellos casos en que el acreedor puede optar entre una y otra.

v) La indemnización de daños: la satisfacción del interés a la indemnidad

La indemnización de daños es aquel medio de tutela del acreedor frente al incumplimiento del deudor que tiene por objetivo dejarlo en la misma situación en que se encontraría si el cumplimiento contractual se hubiere producido, comprendiendo el resarcimiento de los daños inherentes a la prestación incumplida (*daños intrínsecos o consustanciales*), como aquellos que, siendo consecuencia del incumplimiento, exceden su valor (*daños extrínsecos o consecuenciales*).

Y es que, como lo hemos postulado en otro sitio¹⁹⁸, contrariamente a lo que ha indicado alguna doctrina nacional y comparada, estimamos que, al menos, existen tres argumentos para sostener la *unidad de la indemnización* y descartar la *aestimatio rei* como variante de la pretensión de cumplimiento específico¹⁹⁹. En primer lugar, la distinción que realizan los preceptos de nuestro *Código Civil* entre el precio de la cosa y los daños por incumplimiento no es concluyente, pues el art. 1678 ubicado a propósito de la pérdida de la cosa que se debe, considera dicho precio como daño²⁰⁰.

¹⁹⁶ Como aconteció en Consorcio Transportes Trancura Ltda. con Tocale Tuna (2010) y en Sociedad Agrícola Santa Anita con Faenadora El Milagro S.A. (2015), respectivamente, que se analizarán en el tercer apartado de este trabajo.

¹⁹⁷ Supuestos que concurrieron, respectivamente, en Banfactor S.A con Cortés Saavedra (2013), en Bulnes con H-Network S.A.(2015) y Galaz con Universidad Iberoamericana de Ciencia y Tecnología (2014), comentados por PRADO (2016), pp. 427-428 y 443-444.

¹⁹⁸ LÓPEZ (2015), pp. 161-173.

¹⁹⁹ En igual sentido se han pronunciado MORALES (2006), pp. 48-50; PIZARRO (2007a), pp. 210-212; DÍEZ-PICAZO (2008), pp. 781-782; SÁNCHEZ (2010), pp. 1728-1756; VIDAL (2011), pp. 765-768; ALCALDE (2012), pp. 57 y 70.

²⁰⁰ Algunos autores han abogado por esta distinción tratándose de las obligaciones condicionales, alternativas, facultativas, solidarias e indivisibles, a partir de lo preceptuado en los incisos primero de los arts. 1486 y 1504, en los arts. 1506, 1521 y 1526 N° 3 y en el inciso segundo del art. 1533, respectivamente: BARAONA (1997), p. 159; BUSTAMANTE

Por otra parte, el equivalente pecuniario constituye una manifestación de la tutela resarcitoria, dado que, al igual que la indemnización, pretende dejar al acreedor en la misma situación que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido en la forma acordada por las partes, al menos en lo que concierne al valor de la prestación. Finalmente, resulta inadmisible postular la dualidad *aestimatio rei* e *id quod interést*, si bien puede sustentarse en determinados preceptos de nuestro *Código Civil*, estos no evidenciaría una intención del legislador de establecer una bifurcación del régimen indemnizatorio, sino que este sería un vestigio histórico del tratamiento que recibía esta materia en el Derecho Romano, como consecuencia de su sistema de acciones²⁰¹.

De hecho, la civilística nacional reciente, ha sostenido que la indemnización cumpliría una finalidad *reparatoria-restitutoria*, ya que ella permite indemnizar los daños consustanciales y los consecuenciales. La función restitutoria de la indemnización se identificaría, entonces, con el equivalente pecuniario o *aestimatio rei*, y la función reparatoria con la indemnización de daños o *id quod interest*²⁰². Así, ocurrido el incumplimiento, el acreedor no solo puede instar por un cumplimiento por equivalencia –si la pretensión de cumplimiento específico resulta imposible– sino que, además, puede demandar los daños que exceden el valor de la prestación, causados a otros bienes o a la persona del acreedor. Efectivamente, la indemnización tiene por finalidad la satisfacción del interés contractual del acreedor en una doble dimensión: el *interés en la obtención de la prestación*, por una parte, y el *interés de conservación*, por otra. El daño contractual, por consiguiente, sería la consecuencia material a la lesión de ambos intereses²⁰³.

Sin embargo, es más adecuado aludir a la finalidad de satisfacción en equivalente del interés en la prestación y a la finalidad reparatoria propiamente tal²⁰⁴, descartando que la indemnización persiga una finalidad *restitutoria*²⁰⁵. Recuérdese que la expresión ‘reparar’ en la lengua española equivale a ‘indemnizar’, ‘resarcir’ o ‘compensar’ un daño o perjuicio, de lo que se infiere que la indemnización debe situar al acreedor, en la medida

(2005), p. 109; PEÑAILILLO (2009), pp. 335-336; CORRAL (2010), pp. 155 y 157 y CONTARDO (2014b), pp. 265-268. Sin embargo, del tenor del art. 1678 se desprende que el precio sería una partida indemnizable y que habrían otras distintas de este, diluyéndose el argumento según el cual nuestro *Código* distinguiría el precio de la cosa y la indemnización: ALCALDE (2012), p. 70; LÓPEZ (2015), p. 166, n. 407.

²⁰¹ MORALES (2006a), p. 48.

²⁰² PIZARRO (2007), pp. 210-212; VIDAL (2011), p. 764 y BRANTT (2013), pp. 552-554.

²⁰³ VIDAL (2011), pp. 765-768 y 778 y MORALES (2010), pp. 38-49.

²⁰⁴ VIDAL (2011), pp. 718-719 y LÓPEZ (2015), pp. 163 y 191.

²⁰⁵ MORALES (2006a), pp. 48-50 y DÍEZ-PICAZO (2008), pp. 781-782 y VIDAL (2011), pp. 765-768.

de lo posible, en la misma posición en que se encontraría si el contrato se hubiere cumplido. De hecho, este es el principio rector en materia de indemnización de daños²⁰⁶.

En lo que concierne a sus condiciones de procedencia se requiere mera imputabilidad del deudor, existencia del daño y relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado y han sido admitidas, desde antiguo, prácticamente sin variaciones²⁰⁷. Las excepciones a su procedencia y cuantía, en tanto, han sido abordadas en forma más detenida en el último tiempo. En el primer grupo, se encuentran las cláusulas de exención de responsabilidad y el caso fortuito y, en el segundo, la previsibilidad, el deber de mitigar el daño y la concurrencia de culpa del acreedor²⁰⁸.

Y es que, dichas cláusulas se admiten, salvo en caso de dolo o culpa grave, daño ocasionado a las personas, incumplimiento de una obligación esencial, supuestos en que la ley las excluya e hipótesis en que el único medio de tutela disponible al acreedor sea la indemnización, pues en tal caso lo privaría de la satisfacción de su interés contractual. Por otro lado, revelaría la falta de voluntad del deudor de obligarse, dado que el cumplimiento depende de su sola voluntad, de modo que se trataría de una obligación meramente potestativa, lo que acarrearía su nulidad²⁰⁹.

Por otra parte, si bien tradicionalmente se postuló que el caso fortuito tendría un efecto liberatorio y exoneratorio, tal planteamiento ha sido superado por otro más correcto, toda vez que aquel confunde la imposibilidad sobrevenida y el caso fortuito, en circunstancias de que se trata de figuras cuyos presupuestos y consecuencias jurídicas son diversos. Por otro lado, su eficacia sería esencialmente temporal o transitoria y no siempre conduciría a una imposibilidad de cumplimiento, ya que la existencia del vínculo obligatorio no se ve afectada. En consecuencia, durante el periodo que subsista el caso fortuito el deudor queda eximido de la obligación de indemnizar, pero no resulta liberado de su obligación²¹⁰.

Finalmente, en lo que concierne a su cuantía, hoy existe pleno consenso que la previsibilidad constituye un límite a la extensión de la indemniza-

²⁰⁶ Así lo sostienen DÍEZ-PICAZO-ROCA-MORALES (2002), p. 374, a partir del análisis del art. 9.502 de los PECL y en la doctrina nacional y ABELIUK (2014), p. 944; VIDAL (2011), pp. 716 y 738 y LÓPEZ (2015), p. 191.

²⁰⁷ Con excepción de BARAONA (1997), p. 151 y ss., especialmente, pp. 171-177 y PEÑAILILLO (2009), pp. 338, 340 y 343, que abogan por el carácter objetivo de la indemnización. Una visión panorámica de este tópico en LÓPEZ (2015), pp. 173-183 y 188-192.

²⁰⁸ Un detenido análisis de los límites a su procedencia y cuantía en LÓPEZ (2015), pp. 183-188 y 307-316.

²⁰⁹ PEÑAILILLO (2003), p. 365, especialmente n. 642; BARROS (2006), p. 1097 y PIZARRO (2011), p. 560.

²¹⁰ BRANTT (2010), pp. 170-172, 186-187 y 191 y ss.; VIDAL (2007b), pp. 546-549.

ción y que su procedencia en nuestro *Código* puede construirse a partir de lo preceptuado en el inciso primero del art. 1558²¹¹. Y que tal precepto, junto al principio de buena fe contractual previsto en el art. 1546, permiten sustentar la carga de mitigar los daños, como un límite diverso que le exige adoptar todas las medidas destinadas a reducir la extensión de los daños que el incumplimiento le hubiere provocado, en términos tales que su inobservancia acarrearía la privación de la indemnización o su reducción²¹². Un fenómeno similar se advierte con la culpa del acreedor, dado que, si bien nuestro *Código* solo la contempla en el art. 2330 a propósito de la responsabilidad extracontractual, se ha entendido que también tiene cabida en la contractual, pues resultaría inconsecuente sostener que su procedencia tiene relevancia solo en aquella y no en esta. Además, así lo relevaría la interpretación de diversas normas contenidas en el contrato de compraventa, arrendamiento, comodato y depósito que establecen que, en el cumplimiento de un contrato, debe tomarse en consideración la culpa de ambas partes, como consecuencia de la ejecución de buena fe que les impone el art. 1546 del *CC*²¹³.

Como se advierte, la tutela que el legislador dispensa al acreedor a través de la indemnización reviste un carácter *resarcitorio*, toda vez que no proporciona a este las utilidades establecidas en el contrato –como ocurre en el caso de la tutela satisfactoria–, sino las utilidades equivalentes a estas, avaluadas en dinero. Ello explica que la indemnización, a diferencia de la pretensión de cumplimiento específico y de la resolución, no incida en la composición cualitativa de los bienes de los contratantes, sino en la recomposición cuantitativa del patrimonio del acreedor²¹⁴ y sea distinta e independiente, respecto de ellos.

El alcance de dicha tutela puede ser total o parcial, dependiendo si se demanda en forma autónoma o en concurrencia al cumplimiento espe-

²¹¹ VIDAL (2007b), pp. 540-542; PIZARRO (2007), p. 220; DOMÍNGUEZ (2010), pp. 18-22; CORRAL (2010), pp. 176-202; ALCALDE (2011), pp. 659-660 y SAN MARTÍN (2014), pp. 649-668. Por una interpretación de la previsibilidad como “asunción de riesgos” DE LA MAZA (2016), pp. 553-583.

²¹² CORRAL (2003), p. 340; DOMÍNGUEZ (2005a), pp. 73 y 90; VIDAL (2008), pp. 437-438, y 449-452 y GANDARILLAS (2009), pp. 440, 447-449; FUENTES (2005), p. 243. Abogando por la causalidad como fundamento de la carga de mitigar PIZARRO (2013b), pp. 78-79. Si el acreedor adopta tales medidas, deberán indemnizársele los daños incidentales. Sobre la procedencia de tal indemnización en nuestro *Código* véase CONTARDO (2011), pp. 792-794.

²¹³ Así, RODRÍGUEZ (2003), pp. 200-207; DUCCI (2009), pp. 492-497; CORRAL (2010), pp. 173-174; PRADO (2015a), p. 48 y ss. y PIZARRO (2015), pp. 623-631. Tales normas enunciadas por Carlos Ducci son los arts. 1827, 1859, 1860, 1861, 1925 a 1928, 1933, 1938, 1959, 1961, 1975, 2188, 2192 y 2246 del *CC*.

²¹⁴ LUMINOSO (1990), pp. 17-18; VERDERA (1995), pp. 45-46 y CLEMENTE (1998), p. 85.

cífico o a la resolución²¹⁵. Un fenómeno similar se advierte en sede precontractual, dado que, si bien en la mayoría de las hipótesis la indemnización será complementaria a la nulidad, es posible advertir casos en que ella deviene en autónoma, tales como la ruptura injustificada de las tratativas preliminares, la pérdida del derecho de alegar la nulidad y la indemnización por vicios redhibitorios, si el acreedor decide demandarla en este carácter²¹⁶. Por consiguiente, existe una *coherencia* en la tutela que el legislador dispensa al acreedor, aunque su alcance sea distinto, pues, como consignamos al analizar la indemnización precontractual, la regla general es que esta cubra el interés negativo²¹⁷, a diferencia de la indemnización por incumplimiento que satisface el positivo.

III. ZONAS DE CONFLUENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS: SUPUESTOS EN QUE PUEDEN CONVERGER LA TUTELA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

De lo dicho hasta acá, ha quedado asentado que la tutela que el legislador otorga al acreedor en sede precontractual y contractual, no es absolutamente coherente, atendida la diferente estructura de ambos sistemas, toda vez que se sitúan en etapas distintas del íter contractual. Asimismo, se ha evidenciado que se configuran, indiscutiblemente, al menos tres binomios en una línea de protección vertical orientados a una tutela de la misma especie. El primero es *nulidad/resolución* y corresponde, con mayor o menor intensidad, a la tutela *aniquilatoria*; el segundo es *indemnización precontractual/indemnización contractual* que persigue la tutela resarcitoria y el tercero es *adaptación del contrato/rebaja del precio*, que persigue una tutela satisfactoria de la prestación, en un valor distinto al pactado originalmente

Lo cierto es que tal análisis, en principio sencillo, puede tornarse más complejo, si se advierte que los supuestos en que los binomios pueden presentarse no son exclusivos de uno de ellos en particular, sino que, dependiendo de los requisitos que concurran en la especie, podrían converger variados medios de tutela, debiendo el acreedor escoger entre uno u otro. Y es que si se piensan las cosas más detenidamente, la idea que subyace tras el incumplimiento, y la consiguiente insatisfacción del acreedor, es la denominada *falta de conformidad* que, precisamente viene a graficar la prestación desajustada de lo pactado en el contrato, material y

²¹⁵ Sobre el alcance de ambas modalidades en que puede demandarse la indemnización, LÓPEZ (2015), p. 188 y ss.

²¹⁶ Un análisis de todos estos supuestos en LÓPEZ (2018a).

²¹⁷ Salvo la indemnización por pérdida del derecho a alegar la nulidad.

jurídicamente. Pero tal disconformidad también puede encontrar su causa en anomalías suscitadas durante la formación del contrato, atendida su amplitud y elasticidad, lo que determina una zona de *entrecrece o intersección* entre la fase precontractual y contractual. El incumplimiento, en cambio, se reduce a la inejecución total o imperfecta y no es necesariamente una consecuencia derivada de disconformidades suscitadas en la primera de tales fases. Por esta razón, hemos preferido la figura de la *falta de conformidad* para efectuar nuestro análisis.

Se trata de una noción acuñada por el movimiento de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos²¹⁸, cuya utilidad ha sido destacada por la doctrina nacional para simplificar el sistema de protección del comprador y evitar una innecesaria e injustificada fragmentación del incumplimiento por falta de adecuación material²¹⁹. Pero que, bajo el prisma que venimos analizando, adquiere mayor relevancia, toda vez que no solo evidencia que nuestro *Código* contempla reglas complejas para un caso de incumplimiento²²⁰ sino una confluencia de medios de tutela que, salvo que nos formulemos las preguntas que enunciaremos en el próximo apartado, no es tan fácil de advertir.

1. Primera zona de confluencia: La falta de conformidad material

Sabido es que la falta de conformidad material pretende graficar la diferencia tanto de cantidad como la ausencia de ciertas cualidades presupuestadas de la cosa objeto del contrato o especificidad del servicio convenido, que han sido determinantes al momento de contratar²²¹. Y que ella, puede construirse, en nuestro derecho a partir de lo preceptuado en los arts. 1569 y 1591 de nuestro *Código Civil* relativos a la identidad e integridad del pago y al 1828 de la compraventa, que exige entregar lo que reza el contrato²²². Por consiguiente, no estamos una noción desprovista de fundamento normativo.

Nuestra dogmática ha sostenido que, en una misma hipótesis, podría tener cabida la nulidad por error, la resolución por incumplimiento, las acciones edilicias y por diferencia de cabida, advirtiéndose un eventual concurso²²³. Pero ciertamente, podrían concurrir otros medios de tutela

²¹⁸ FENOY (2006); MORALES (2006a), pp. 93-144 y VAQUER (2011), pp. 5-39.

²¹⁹ DE LA MAZA (2015a), pp. 98-99 y DE LA MAZA (2014), pp. 149-157.

²²⁰ DE LA MAZA (2015a), pp. 98-99.

²²¹ VAQUER (2011), pp. 5-39.

²²² DE LA MAZA (2015a), pp. 80-81. Coincidientemente el art. 1569 señala que el pago se realizará “en conformidad” al tenor de la obligación.

²²³ CAPRILE (2008), pp. 579-582; BARAONA (2008), pp. 668-669; FIGUEROA (2011), pp. 118-120 y DE LA MAZA (2014), pp. 141-145.

precontractuales y contractuales, como apreciaremos a partir de las interrogantes que nos formularemos en las hipótesis de *falta de conformidad material*, que revisaremos a continuación²²⁴.

Primer caso

Un individuo arrienda un inmueble sin conocer el proyecto de construcción de carretera que unirá el barrio residencial en que se encuentra con el barrio urbano. El trazado de la carretera perturbará la tranquilidad del sector y de haber conocido esta circunstancia no hubiera celebrado el contrato de arrendamiento. El arrendatario conocía la carretera proyectada, pero no lo informó durante las negociaciones preliminares. Un supuesto similar conoció la Corte Suprema en Glide Inversiones Ltda. con Compañías de Inversiones y Desarrollo Sur S.A., acogiendo la demanda de terminación del contrato de arrendamiento de un predio urbano con indemnización de perjuicios, interpuesta por el arrendatario porque, si bien se estipuló que este lo destinaria a explotar una cancha de minigolf, no fue posible, pues no se encontraba urbanizado ni tenía permiso de edificación y recepción final y, además, una franja estaba sujeta a utilidad pública²²⁵.

Segundo caso

57

Un sujeto compra a otro, en una subasta pública, un conjunto de fotografías, cuya vendedora cree que son imitaciones, pero, en realidad, constituyen obras auténticas. Por consiguiente, el precio que recibe es inferior al valor real de la obra. El comprador conocía la autenticidad de las piezas, pero no reveló esta información, motivo por el cual el vendedor demandó la nulidad del contrato, aduciendo que existió dolo por omisión²²⁶. Este supuesto fue conocido como “Baldus” por la Corte de Casación francesa, que desestimó dicha pretensión, pues estimó que el comprador no tenía el deber de informar²²⁷.

²²⁴ Una reflexión similar realiza Xavier Basozabal en España, pero sin profundizar detenidamente en la adaptación del contrato y la indemnización precontractual que, a esa época, no habían sido articulados en un sistema por la dogmática española: BASOZABAL (2009), pp. 648-664. Tal análisis tuvo lugar posteriormente en MORALES (2011), pp. 401-422.

²²⁵Véase Glide Inversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A. (2008)

²²⁶Más controvertido sería si en el supuesto hubiera existido error del vendedor sobre las cualidades de la cosa vendida que aumentan su valor, pues se ha discutido quién debe soportar el riesgo de la ignorancia. Un resumen comparativo en FLEISCHER (2010), pp. 111-134. Para un análisis en la doctrina chilena DE LA MAZA (2011a), pp. 129-133.

²²⁷ Analizado en DE LA MAZA (2011a), pp. 122, 126-129 y 133.

Tercero caso

Una empresa celebra un contrato de compraventa con otra, en virtud del cual esta última se obliga a entregarle tres tractores de una determinada marca, fabricados entre los años 2012 y 2013. Efectuada la inspección técnica pertinente, se determinó que correspondían a los años 2006 y 2007. Una hipótesis similar conoció la Corte Suprema en Consorcio Transportes Trancura con Tocale, en que acoge la nulidad del contrato de compraventa por error sustancial demandada por el comprador, dado que, si bien la vendedora se obligó a entregar dos camiones Mercedes Benz correspondientes a los años 2000 y 2001, cinco meses después de la celebración del contrato se detectó que fueron fabricados en 1997 y 1998, respectivamente, aduciendo que el año de fabricación era una cualidad determinante para la celebración del contrato²²⁸.

Cuarto caso

Una empresa dedicada a combatir siniestros celebra un contrato en virtud del cual la otra parte debe entregarle trajes antiinflamables. Sin embargo, realizada tal entrega se detecta que la capa exterior carece de materiales aluminizados, lo que permite la penetración de alta energía calórica durante un incendio. Un caso similar conoció la Corte de Apelaciones de Santiago en Consejo de Defensa del Estado contra Desarrollo y Comercio S.A., oportunidad en que acogió la demanda de resolución del contrato por no cumplir las tenidas de campaña, adquiridas por Carabineros de Chile, los estándares de calidad pactados en lo que concerniente a la tolerancia del color al sudor, pudiendo transferir colorante a la piel y afectando la presentación del usuario²²⁹.

Quinto caso

Un particular celebra un contrato de compraventa con otro, obligándose este último a entregarle un automóvil de un modelo específico por un precio determinado. Sin embargo, entregó dicho automóvil a un tercero y al comprador uno diverso, que fue imposible armar. Este mismo supuesto fue conocido por la Corte Suprema en Montané con Reiser y Petibon y Cía.²³⁰, oportunidad en que acogió la demanda de resolución por incum-

²²⁸ Consorcio Transportes Trancura Ltda. con Tocale Tuna (2010), comentado en DE LA MAZA (2011b), pp. 218-220.

²²⁹ Consejo de Defensa del Estado con Desarrollo y Comercio S.A. (2009).

²³⁰ El tribunal de primera instancia desestimó la pretensión del demandante, aduciendo que no se configuraba la causal de rescisión o resolución invocada y que la acción redhibitoria estaba prescrita. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, resolvió que el demandado incumplió la obligación pactada, pues entregó un automóvil diverso

plimiento de la obligación de entregar, interpuesta subsidiariamente junto a la acción redhibitoria, y desechar la nulidad por falta de consentimiento –que constituía la pretensión principal–, aduciendo que este no recayó sobre ese automóvil. Precisó, además, que la acción redhibitoria procede de vicios ocultos de la cosa vendida, esto es, defectos de calidad de la cosa entregada, pero siempre que esta concierne específicamente a ella, en cambio, la resolutoria, nace del “no cumplimiento de lo pactado en la forma y condiciones de la especie vendida”.

Sexto caso

Se celebra un contrato de compraventa de animales vivos con el propósito de faenarlos y exportar su carne para consumo. Se efectúa la entrega, pero se detecta en la carne sustancias que la tornaban tóxica para el consumo humano, motivo por el cual se ordena su decomiso y posterior destrucción, impidiendo su comercialización. Un caso semejante resolvió la Corte Suprema en Sociedad Agrícola Santa Anita con Faenadora El Milagro S.A., en que acogió la demanda de nulidad del contrato de compraventa por error sustancial, interpuesto por la primera, puesto que la demandada se obligó a entregar cerdos vivos comerciables para faenarlos y destinarlos al consumo humano, lo que no pudo materializarse, dado que se detectó dioxina en una partida de cerdos congelados, por lo que la carne fue decomisada y destruida, suspendiéndose temporalmente su exportación a Corea del Sur²³¹.

Séptimo caso

Una joven celebra un contrato de prestación de servicios educacionales con una universidad, motivada por el amplio campo ocupacional que se promocionaba en su sitio web, descubriendo con posterioridad que no estaba acreditada ante el Ministerio de Educación y carecía de dicho campo. En atención a esta circunstancia decide retirarse de la carrera, demanda la nulidad del contrato por dolo y solicita la devolución de lo pagado por dicho contrato. Un caso similar conoció el 10º Juzgado Civil de Santiago, tratándose de la carrera de ingeniería criminalística, en Galaz con Universidad Iberoamericana de Ciencia y Tecnología²³², en que desestimó la demanda de nulidad por falta de prueba de dolo determinante por parte de la demandada.

al convenido, acogiendo la acción resolutoria interpuesta en forma subsidiaria. Véase Montané con Reiser y Petibon y Cía. (1930).

²³¹ Sociedad Agrícola Santa Anita con Faenadora El Milagro S.A. (2015).

²³² Galaz con Universidad Iberoamericana de Ciencia y Tecnología (2014).

Octavo caso

Dos empresas celebran un contrato de compraventa en virtud del cual el vendedor se obliga a entregar un millón de latas de aceite de oliva para exportación. Después de seis meses, y sin que el comprador hubiera reclamado, se le informa que el análisis de muestras tomadas al aceite, antes de su envío, arrojó que se trataba de aceite vegetal comestible, motivo por el cual se le ordena restituir el beneficio de exportación y pagar una multa, ante lo que el acreedor demanda la sola indemnización de daños. Este caso fue conocido por el Tribunal Supremo español en Tecdia S.A. con Aceites del Sur S.A., en que acogió la indemnización demandada, atendido que la entrega de una cosa diversa a la pactada frustró económicamente la transacción que había proyectado, privándola del beneficio que esperaba obtener²³³.

Lo cierto es que nuestra Corte Suprema en casos similares, en que la composición química requerida era distinta a la pactada, ha acogido tanto la resolución por incumplimiento –Cecinas La Preferida S.A. con Sociedad Comercial Salinak Ltda.²³⁴– como la sola indemnización de daños –Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A.²³⁵–, lo que revela que, dependiendo de los requisitos que concurren en la hipótesis concreta, no existe una estrategia de protección única e invariable para el acreedor. Incluso, como lo han sugerido los profesores Iñigo de la Maza y Álvaro Vidal, a partir de un análisis de sentencias recientes, pareciera ser que debe establecerse si se trata de una obligación de especie o cuerpo cierto o genérica, pues solo en el primer caso se verificaría un vicio redhibitorio

²³³ Tecdia S.A. con Aceites del Sur S.A (2005).

²³⁴ Cecinas la Preferida S.A. demandó la resolución del contrato con indemnización y, subsidiariamente, interpuso la acción redhibitoria, alegando que la vendedora entregó sal de cura en una concentración del 8,0% y no del 0,8 %, como lo exige el Reglamento Sanitario de Alimentos, privándola de los beneficios que el acreedor esperaba obtener del contrato, ya que los clientes reclamaron por el mal olor y sabor de las cecinas, ante lo cual tuvo que retirar del mercado todos los productos dañados y la mercancía elaborada con ellos. La sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, rechazó la demanda, en tanto, la Corte Suprema, la acogió. Véase Cecinas La Preferida con Comercial Salinak Ltda. (2005).

²³⁵ La demandada se obligó a entregar a la demandante rodillos de laminación dados de baja por desuso de níquel, no obstante lo cual, la primera partida entregada carecía de dicha composición. El valor de los rodillos para Zorín S.A. radicaba en la pureza y riqueza de los componentes químicos que le permitiría venderlos a una empresa estadounidense y no en la posibilidad de seguir utilizándolos como rodillos, dado que por su desgaste no podían refaccionarse ni usarse como tales. La entrega de una cosa distinta a la pactada causó daños a Zorín, toda vez que vio frustrada la venta de los referidos rodillos, privándola de la utilidad que tal negocio le habría reportado y occasionándole daño a su imagen y prestigio, razón por la cual demanda la indemnización. Véase Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. (2012).

y podrá activarse la protección del acreedor por este concepto, en tanto, en el segundo, existirá *aliud pro alio*, de modo que deberá recurrirse a los medios de tutela contractuales²³⁶.

Más allá de cuál haya sido la estrategia del acreedor y lo resuelto por los tribunales en los casos que hemos referido, surge la siguiente interrogante: ¿qué medios de tutela puede impetrar el acreedor frente a la frustración de su propósito? La respuesta es aparentemente sencilla, pero dependerá de aquella que se dé a las siguientes interrogantes, porque reducirá o expandirá sus alterativas.

Primero: ¿el vendedor estaba obligado a proporcionar esa información?

Segundo: en caso que así fuera, ¿la omisión de informar es dolosa o culposa?

Tercero: ¿El *objeto del contrato* es la entrega de una vivienda tranquila, fotografías que constituyen una imitación de otras famosas, vehículos de ese año de fabricación, vestuario con tales especificaciones técnicas, automóvil de ese modelo y año, animales cuya carne no estuviera contaminada o aceites de oliva?

Cuarto: ¿Tales circunstancias son *cualidades tenidas* a la vista para celebrar el contrato?

Quinto: ¿Constituyen propiamente la *obligación* del vendedor?

Sexto: la construcción de la carretera, la distinta autoría de las fotografías, el diverso año de fabricación, otras especificaciones técnicas en el vestuario, un modelo y año distinto del automóvil, la carne contaminada de los animales o la diversa composición del aceite, ¿determinan la existencia de un vicio redhibitorio?.

Y es que si la respuesta a la *primera pregunta* es afirmativa y existe un deber precontractual de información que se infringió, podría configurarse una hipótesis de error o de dolo por omisión, resultando procedentes en ambos casos la nulidad relativa, acompañada de la indemnización si se acreditan daños derivados de aquella. Con todo, también podría ocurrir que, tratándose del error, si confluyen todos los requisitos, fuera procedente la adaptación del contrato, y, en el caso que dicho dolo no fuera determinante o principal, como lo apuntamos más atrás, se configuraría una hipótesis de dolo incidental y, por consiguiente, un caso de indemnización autónoma contractual que dejaría subsistente el contrato, según se desprende del art. 1458 del *Código Civil*. Pero si la omisión dolosa configura la infracción de un deber precontractual de información que determina la existencia de un vicio redhibitorio, el acreedor, incluso, puede intentar la indemnización del art. 1861 en forma autónoma, demandándola como precontractual. De esta precisa disquisición, fluye la importancia de for-

²³⁶ DE LA MAZA-VIDAL (2017).

mular la *segunda pregunta*, porque, como se advierte, no es irrelevante que la infracción sea dolosa o culposa.

Por otro lado, si la respuesta a la *tercera interrogante* es afirmativa, nos situamos nuevamente en la fase precontractual, ya que se abre la opción de demandar nulidad absoluta, porque la construcción de la carretera, la entrega de fotografías no auténticas, de los vehículos del año 2006 y 2007 o de trajes que carecen de materiales aluminizados, configurarían un supuesto de falta de objeto. Pero si la inhabilidad no es total, sino que falta una parte considerable de la cosa vendida al tiempo de perfeccionarse el contrato, el art. 1814 permite al comprador activar la protección en sede contractual, pues lo faculta para escoger, a su arbitrio, entre desistirse del contrato –que, aparentemente, equivaldría a resolverlo²³⁷– o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación.

Sin embargo, volvemos a la fase precontractual si se responde afirmativamente la *cuarta pregunta*, dado que, si se considera que la tranquilidad de la vivienda, la no autenticidad de las fotografías, el año de fabricación de los vehículos, especificaciones técnicas de los trajes, el año y modelo del automóvil, la ausencia de dioxinas en la carne de los animales y la composición química del aceite eran una cualidad tenida a la vista para celebrar el contrato, podríamos estar ante un error en las *cualidades esenciales* de la cosa objeto del contrato y continuar en sede de nulidad que, en este caso sería relativa.

Cambiamos de escenario si se responde afirmativamente la *quinta interrogante*, toda vez que si constituía una *obligación del vendedor* entregar una vivienda tranquila, un set de fotografías de un autor desconocido, vehículos de los años 2012 y 2013, vestuario aluminizado, un automóvil de ese año y modelo, animales cuya carne no esté contaminada o aceite de oliva, estaríamos ante incumplimiento, de modo que el acreedor podrá instar por el cumplimiento específico, resolución, indemnización de perjuicios o rebaja del precio.

Finalmente, en el evento de estimar que la construcción de la carretera, la distinta autoría de las fotografías, el diverso año de fabricación de los vehículos, la existencia de otras especificaciones técnicas en los trajes, el distinto año y modelo del automóvil, la carne contaminada de los animales o la composición química, constituyen vicios redhibitorios, estaríamos ante el régimen especial previsto en el párrafo 8 del título 23 del libro IV del *Código Civil* que, si bien dogmáticamente se ha estimado que es *opcional*²³⁸,

²³⁷ Porque, si bien el legislador no utiliza el vocablo ‘resolver’ alude a uno de sus presupuestos cuando emplea la frase “faltaba una parte considerable de ella”.

²³⁸ CAPRILE (2008), pp. 579-582; BARAONA (2008), pp. 668-669; FIGUEROA (2011), pp. 118-120; DE LA MAZA (2014), pp. 141-145.

invocando principalmente el interés del acreedor, el razonamiento jurisprudencial que ha prevalecido tratándose del saneamiento de la evicción²³⁹, hace presagiar que podría mantenerse la primacía del principio de especialidad, descartándose la procedencia de los medios de tutela precontractuales y contractuales que hemos venido comentando.

Como se advierte, en todos estos casos podría existir un concurso de medios de tutela *horizontal* en sede precontractual (nulidad/indemnización/ adaptación) o contractual (resolución, indemnización, rebaja del precio) o un concurso *vertical*⁴⁰, esto es, entre ambos sistemas, y es el acreedor quien resolverá, en definitiva, si *mantiene el contrato* (a través de su adaptación, la rebaja del precio o la indemnización de daños precontractual o contractual) o se *desvincula* (ejerciendo la acción redhibitoria –independientemente que se sostenga su naturaleza anulatoria, rescisoria o resolutoria²⁴¹– o demandando la nulidad o la resolución por incumplimiento).

2. Segunda zona de confluencia: La falta de conformidad jurídica

Esta segunda dimensión de la falta de conformidad pretende ilustrar aquel conjunto de hipótesis en que la situación jurídica de la cosa no permite satisfacer el propósito práctico que las partes tuvieron a la vista al momento de contratar. Ella encontraría sustento normativo en los arts. 1824 y 1837 del *Código Civil* que imponen al vendedor la obligación de garantizar una posesión pacífica y útil al comprador y, como han precisado Juan Pablo Aburto e Iñigo de la Maza, se advertiría, al menos, en tres hipótesis²⁴².

En primer lugar, tratándose de la venta de cosa ajena, en la medida que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad pacten la obligación de transferir el dominio o esta se entienda incorporada, porque así lo exige la buena fe²⁴³, toda vez que, solo así, existiría incumplimiento de dicha obligación. En segundo lugar, en el supuesto de venta de cosa ajena en que no se haya configurado la obligación de entregar, caso en el cual se activa el régimen especial de la evicción contemplado en el

²³⁹ Un análisis de esta tendencia jurisprudencial en DE LA MAZA (2012), pp. 99-113.

²⁴⁰ Denominación empleada por DE LA MAZA (2014), pp. 128-159.

²⁴¹ Una visión panorámica de estas tres posturas en LÓPEZ (2017a), pp. 423-459.

²⁴² ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 62, 68, 75-103.

²⁴³ Una visión panorámica en DE LA MAZA-TORRES (2015), pp. 789-795. En contra AEDO (2015), pp. 35-42 y UGARTE (2015), pp. 65-105, quienes sostienen que la obligación del vendedor es transferir el dominio. Por su parte, Juan Pablo Aburto e Iñigo de la Maza abogan por imponer tal obligación, entendiéndola integrada al contrato, según las exigencias de la buena fe, y eliminar la necesidad que el tercero accione judicialmente contra el vendedor para que este disponga de mecanismos de tutela: ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 61-103.

párrafo 7 del título 23 del libro IV. Finalmente, en aquellos casos en que, existiendo derechos y pretensiones de terceros sobre la cosa, no se verifica la evicción, dado que no se ha intentado una acción judicial en contra del comprador, circunstancia que determina la aplicación de la *exceptio imminentis evictionis* prevista en el art. 1872 del *Código Civil* que faculta al comprador para depositar el precio con autoridad de la justicia²⁴⁴.

Pues bien, en cualquiera de estos supuestos, pueden confluir los medios de tutela precontractuales y contractuales, como lo evidencian las interrogantes que formularemos en las hipótesis de *falta de conformidad jurídica* conocidas por nuestros tribunales, que examinaremos a continuación²⁴⁵.

Primer caso

Un individuo celebra un contrato de compraventa con un banco, en virtud del cual este último se obligó a transferirle un inmueble para destinarlo a la explotación de los giros forestal, agrícola y ganadero “libre de todo gravamen, prohibición o embargo”. Pero terceros reclaman derechos sobre el predio, ocupándolo legítimamente, puesto que eran dueños y entablan acciones judiciales. A ello se agrega que solicitó préstamos al banco, que debía pagar con el producto de la explotación del inmueble, motivo por el cual decidió interponer una demanda de indemnización en contra del referido banco. Esta hipótesis fue conocida por la Corte Suprema en Toro Mancilla con Banco Santander Chile, oportunidad en que el tribunal desechó la pretensión indemnizatoria por estimar que se ha configurado un supuesto de evicción que determina la aplicación de este régimen especial que desplaza a aquel propio del incumplimiento²⁴⁶.

Segundo caso

Un sujeto vende a otro un automóvil gravado con prenda en favor de un tercero, ignorando el comprador esta circunstancia. A los tres meses siguientes se ordena que sea retirado de circulación, pues el vendedor no cumplió su obligación con dicho tercero y el comprador demanda la resolución del contrato, dado que, a su juicio, esta comprendía el traspaso legal y material de la cosa. Este supuesto fue conocido por la Corte de Apelaciones de Concepción en Arriagada Sepúlveda con Fernández

²⁴⁴ ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 75-102.

²⁴⁵ Un ejercicio similar han realizado ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 61-108, pero sólo en sede contractual y DE LA MAZA-TORRES (2015), pp. 785-818, constreñidos exclusivamente a la venta de cosa ajena.

²⁴⁶ Toro Mancilla con Banco Santander (2011). Cabe destacar el voto disidente del ministro Muñoz que, en los considerandos trece, catorce y dieciséis, se pronuncia respecto de la autonomía de la indemnización del art. 1861.

Toloza, oportunidad en que indica que el vendedor no tiene obligación de transferir el dominio de la cosa, precisando que, en la especie, se ha turbado la posesión tranquila y pacífica del vehículo, de modo que debe recurrirse al régimen de la evicción²⁴⁷.

Tercer caso

Se celebra un contrato de venta de un inmueble que se encontraba gravado con una hipoteca de la que no se tenía conocimiento. El comprador solicitó el cumplimiento de la obligación del vendedor, esto es, la entrega del inmueble libre de gravámenes, y que el precio fuera depositado con autoridad de la justicia, como lo prescribe el art. 1872 del *Código Civil*. A esa fecha no se había intentado ninguna acción por el titular de la hipoteca. Este supuesto fue conocido por la Corte de Apelaciones de Talca en Pinochet con Pradema y otra²⁴⁸, que acogió esta medida.

Cuarto caso

Un individuo celebra un contrato de *leasing* sobre un vehículo con un banco, estableciéndose que adquiriría el dominio después de pagar la última cuota y comprometiéndose el banco a inscribir el vehículo a su nombre, lo que no se pudo materializar, porque este último no proporcionó los antecedentes necesarios. Requerido el banco para que efectuara dicha inscripción adujo que había realizado la tradición a través de la entrega material y que no le incumbía realizar la inscripción, motivo por el cual el comprador demandó la indemnización por incumplimiento. Este supuesto fue conocido por la Corte Suprema en Morales y López Ltda. con Banco Itaú Chile, oportunidad en que resolvió que existió incumplimiento y acogió la pretensión indemnizatoria²⁴⁹.

Al igual que en los casos revisados en el apartado precedente a propósito de la falta de conformidad material, surgen varias interrogantes que incidirán en la estrategia de protección del acreedor. Primero: ¿Existe incumplimiento de la obligación de entrega, supuesto de evicción u otra hipótesis de falta de conformidad? Segundo: ¿El acreedor podría optar entre los medios de tutela por incumplimiento o el régimen de la evicción? Tercero: ¿Se configuraría una causal que le permitiera recurrir a la tutela precontractual y optar entre esta, aquella contractual o la que le dispensa la evicción?

²⁴⁷ Arriagada Sepúlveda con Fernández Toloza (2002).

²⁴⁸ Pinochet con Pradema y otra (1926).

²⁴⁹ Morales y López Ltda. con Banco Itaú Chile (2014).

La respuesta a la *primera interrogante* dependerá, por una parte, de si se ha pactado la obligación de transferir el dominio o esta se entiende incorporada al contrato en virtud de la buena fe y, por otra, si un tercero ha intentado una acción judicial para privar de la cosa al comprador, notificándolo. En el supuesto que tal obligación se hubiere modelado o integrado (*primer caso*), estaremos ante una hipótesis, indiscutida, al menos dogmáticamente, de incumplimiento. Si ello no hubiera ocurrido y el acreedor fuera privado de la cosa por sentencia judicial, en virtud de una causa anterior al contrato (*segundo caso*), existirá evicción²⁵⁰. Y si no se verifica dicha obligación ni se hubiera intentado ninguna acción judicial, igualmente estaríamos ante un supuesto de falta de conformidad, toda vez que la situación jurídica del bien impediría satisfacer el propósito que se tuvo al momento de contratar (*tercer caso y cuarto caso*)²⁵¹. El asunto ciertamente se complica tratándose del registro de los vehículos, porque la jurisprudencia ha sido errática al momento de determinar si existe obligación del vendedor de efectuar la inscripción o se trata simplemente de un trámite administrativo, en circunstancias que, como han sostenido Juan Pablo Aburto e Iñigo de la Maza, su ausencia lesiona al comprador, pues le impide destinar el vehículo al propósito para el cual lo adquirió²⁵².

Podría pensarse que las disquisiciones anteriores permiten responder sin mayor inconveniente, la *segunda interrogante*, pero la tendencia que se ha impuesto en nuestra jurisprudencial, la complejiza. Y es que si bien resulta evidente, al menos doctrinariamente, que el acreedor puede inclinarse por cualquier medio de tutela contractual, si el vendedor incumple la obligación de transferir el dominio, estipulada o incorporada de acuerdo con las exigencias de la buena fe²⁵³, nuestros tribunales, recurriendo a una interpretación extremadamente literalista, no han admitido tal opción, exigiéndole al acreedor recurrir exclusivamente al régimen de la evicción cuando ella se verifique²⁵⁴. Lo relevante, en todo caso, es que en ninguno de estos supuestos el acreedor queda desprotegido. Ni siquiera si la cosa no es evicta, dado que, en tal caso, puede recurrir a la *exceptio imminentis evictionis* regulada en el art. 1872 que procede, en lo que aquí interesa, si existe un derecho real del que surja una acción, sin que esta haya sido

²⁵⁰ DE LA MAZA (2012), pp. 109-113.

²⁵¹ Refiriéndose a todas estas hipótesis ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 75-102.

²⁵² Una visión panorámica de las sentencias pertinentes en ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 97-102. Tales autores, a partir de la premisa de la lesión al comprador, sostienen que no es necesario que se haya pactado la obligación de inscribir, ya que ella se entiende incorporada al contrato y su incumplimiento activa los medios de tutela contractual: *op. cit.*, p. 102.

²⁵³ ALESSANDRI (2003b), pp. 309-310 y 573 y ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 75-77.

²⁵⁴ DE LA MAZA (2012), pp. 99-103 y ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 88-90 y 93-97.

ejercida por el titular, facultándolo para depositar el precio con autoridad de la justicia²⁵⁵.

Finalmente, la respuesta a la *tercera interrogante* se encuentra supeditada a que pueda reconducirse la falta de conformidad jurídica a la fase precontractual, porque su causa puede situarse en aquella. Lo cierto es que una mirada más detenida a estos casos podría arrojar que la causa de la venta de la cosa ajena en que se pactó que el vendedor transferiría el dominio, de la evicción de la cosa o de otra turbación del comprador, podría encontrarse en el *dolo* del vendedor que ocultó la existencia de gravámenes o derechos en favor de terceros, caso en el cual este podría activar la tutela precontractual, recurriendo a la nulidad relativa²⁵⁶. Otro tanto ocurriría tratándose del error, si debiendo informarle la falta de conformidad jurídica de la cosa no lo hiciere, como si omitiere comunicarle que esta pertenece a otra persona o se encuentra sujeta tanto a gravámenes como a derechos respecto de terceros, dado que, aparentemente, ambas hipótesis pueden reconducirse a supuestos de error sustancial o accidental.

Claro está que para el comprador podría ser *determinante* que el vendedor sea dueño o que la cosa se encuentre libre de gravámenes o derechos, caso en el que se configuraría un *error sustancial*, según lo dispone el inciso primero del art. 1454 del *Código Civil* o que, cualquiera de esas circunstancias, no solo sea el motivo que lo indujo a contratar sino que fuera conocida por el vendedor, evento en el cual estaremos ante un *error accidental*, de conformidad al inciso segundo de dicho precepto²⁵⁷. Cuestión diversa es que estos supuestos sean más bien excepcionales y que las causales de nulidad que hemos venido comentando, puedan proyectarse a la fase de incumplimiento si, dichas circunstancias se han incorporado al contrato²⁵⁸.

Un fenómeno similar se presentaría, si la entrega de la cosa estuviera sujeta a solemnidades y estas no se observarán, como acontecería en la venta de inmuebles o en aquellas en que esta se hubiera elevado al carácter de solemne, dado que podría impetrar la nulidad absoluta, invocando el art. 1682 de dicho cuerpo normativo. O si la cosa fuera hurtada o robada, y dicha circunstancia fuera conocida por vendedor y comprador o solo por este último, ya que como se configura el delito de receptación previsto en el art. 456 bis A del *Código Penal*, tal contrato adolecerá de objeto ilícito,

²⁵⁵ DE LA MAZA (2012), pp. 109-113 y ABURTO-DE LA MAZA (2015), pp. 91-92 y DE LA MAZA-TORRES (2015), pp. 811-814.

²⁵⁶ Así aconteció en Banfactor S.A. con Cortéz Saavedra (2013). Véase la n. 197 y la anotación al texto.

²⁵⁷ Un tratamiento exhaustivo a propósito de la venta de cosa ajena en DE LA MAZA-TORRES (2015), pp. 797-805 y 814.

²⁵⁸ MORALES (1988), pp. 365-366; DÍEZ-PICAZO (2010), pp. 61-62; DÍEZ-PICAZO-GULLÓN (2015), pp. 29-30 y DE LA MAZA-TORRES (2015), pp. 802-803.

según el art. 1466, dado que estará prohibido por ley²⁵⁹ o, si se quiere, de causa ilícita, a partir de lo preceptuado en el inciso segundo del art. 1467.

*3. Imposibilidad de confluencia:
La ruptura injustificada de las tratativas preliminares
y la fuerza sicológica o intimidación*

De lo dicho hasta acá, ha quedado asentado que existen dos grandes zonas de confluencia entre la tutela precontractual y contractual y, que, atendida la cantidad de hipótesis que comprende, se verificaría, aparentemente, una superposición absoluta entre ellas. Tal circunstancia podría llevar a pensar que la fase precontractual no se justifica, pues todas las anomalías o disconformidades acaecidas en ella pueden proyectarse a la contractual, satisfaciéndose el interés del acreedor a través de los medios de tutela previstos en esta última.

Sin embargo, un análisis más detenido revela que no existe entre ambas un correlato absoluto, toda vez que, como lo ha destacado el profesor Iñigo De la Maza²⁶⁰, el error en las cualidades de la cosa no siempre coincide con presupuestos de resolución. Piénsese en el caso en que una persona comete un error sobre el objeto de su propia prestación, como el que referimos más atrás, de la vendedora que cree vender una réplica de una obra famosa y descubre que se trataba de fotografías auténticas²⁶¹. En tal hipótesis podrá intentar aniquilar el contrato a través de la nulidad invocando error sustancial, pero no la resolución por incumplimiento, toda vez que no ha existido incumplimiento de su obligación. A la inversa, si no se ha pagado el precio procede la resolución, mas no la nulidad por error. Otro tanto, acontece, a nuestro juicio, con el error y los vicios redhibitorios, dado que respecto de los primeros se exige una diligencia mediana, en tanto, tratándose de los segundos, la diligencia debe ser mínima²⁶².

Tampoco se aprecia una intersección *completa* entre la fase precontractual y contractual, ya que quedan fuera dos supuestos propios de la primera en que el acreedor no tiene tutela en la segunda, ya que no pueden subsumirse en esta. Se trata de la ruptura injustificada de las tratativas preliminares y la voluntad viciada como consecuencia de la fuerza moral o intimidación grave, injusta y determinante en los términos de los arts. 1456 y 1457. Y es que, efectivamente, la primera no puede estar protegida en la segunda, dado que aún no se ha celebrado el contrato, de modo que

²⁵⁹ Antes de la consagración de este delito ALESSANDRI (2003a), p. 228 y, con posterioridad, DE LA MAZA-TORRES (2015), pp. 800-801.

²⁶⁰ DE LA MAZA (2011b), p. 227, n. 55-56.

²⁶¹ Un supuesto similar conoció la Corte de Casación francesa en el caso “Fragonard”: FABRE-MAGNAN (1992), pp. 179-181.

²⁶² DE VERDA (2009) pp. 243-244 y LÓPEZ (2017a), p. 442.

ninguno de los medios de tutela por incumplimiento la puede absorber. Lo mismo ocurre en el caso que un sujeto sea intimidado para celebrar un contrato, toda vez que la falta de libertad para contratar –a diferencia de la ausencia de conocimiento o información, como sucede en el error o dolo– no puede proyectarse en el contenido del contrato.

Miradas las cosas desde la fase contractual, llegamos a una conclusión similar, pues existiría una hipótesis en que no podríamos desplazarnos a la fase precontractual. Se trataría de la venta de cosa ajena en que existe la obligación de transferir el dominio (porque así se ha pactado o, atendidas las exigencias de la buena fe, se entiende incorporada al contrato²⁶³), y la falta de titularidad del vendedor no pueda conducirse a alguna causal de nulidad (error, dolo, ausencia de solemnidades, objeto ilícito, causa ilícita), dado que, en tal caso, el art. 1815 valida dicho contrato²⁶⁴. Ciertamente estaremos ante un supuesto de incumplimiento que, al menos desde una perspectiva dogmática, facultaría al acreedor para instar por los medios de tutela contractual. Pero como el contrato no es ineficaz, no podremos recurrir a la tutela precontractual para impugnarlo, de modo que, en este caso excepcionalísimo, tampoco existe un correlato o efecto espejo entre dicha fase y la contractual.

En consecuencia, es posible advertir, al menos, tres supuestos que corroboran la utilidad de la tutela precontractual y que justifican abogar por su pertinencia. Podría, en principio, reducirse el recurso a ella, en aquellos casos que existe confluencia entre esta y la contractual, pero, de ningún modo, suprimirse. Con todo, aun en los casos en que estas pueden converger, existen distintos motivos que justifican que el acreedor se incline por una u otra, lo que determina la necesidad de erigir el derecho de opción entre ambos sistemas de tutela sobre bases dogmáticas que permitan sustentar su procedencia y fortalecer la protección del acreedor.

IV. LA OPCIÓN DEL ACREDOR ENTRE LA TUTELA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL: JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA DE SU RELEVANCIA Y ARGUMENTOS QUE DETERMINAN SU PROCEDENCIA

Establecidas las hipótesis en que puede confluir la tutela precontractual y contractual, cabe preguntarse si es posible optar por una u otra. Claro

²⁶³ Lo que acontecerá en el caso que al vendedor le constara o debiera constarle que el comprador ha actuado en la confianza de adquirir el dominio o que las finalidades económicas perseguidas por el comprador solo pueden conseguirse si este se convierte en propietario de la cosa comprada: ABURTO-DE LA MAZA (2015), p. 77, n. 44.

²⁶⁴ DE LA MAZA-TORRES (2015), pp. 789, 797 y 814.

está que nuestro *Código*, al igual que otros decimonónicos, no consagró expresamente un derecho de opción en favor del acreedor en sede pre-contractual ni en aquella contractual, lo que no ha obstado a que se ensaye su construcción en ambas fases, a partir de la premisa que este constituye un derecho *sucedáneo* al derecho de crédito y la necesidad de satisfacer el interés del acreedor frente a anomalías suscitadas durante la fase de formación y ejecución del contrato²⁶⁵.

Sin embargo, hasta ahora, no se han formulado, en forma sistemática, argumentos destinados a sustentar tal opción. La dogmática comparada y alguna nacional²⁶⁶, ha explorado este tópico, pero solo ha referido su regulación en los instrumentos contractuales de *soft law*, consignando los fundamentos esgrimidos por los comentaristas para admitirlo o denegarlo, pronunciándose, excepcionalmente, respecto de la pertinencia de reconocerlo positivamente. Si a ello se agrega que estos no consagran una regla uniforme, se hace más necesario aun arribar a una solución definitiva.

En efecto, el art. 3.2.4 de los PICC establece la incompatibilidad entre los medios de tutela precontractuales y contractuales en caso de nulidad por error, justificándose esta regla en que estos últimos otorgan una protección más efectiva al acreedor y son más flexibles que la nulidad²⁶⁷. El art. 4:119 de los PECL, en cambio, al igual que el 49 del borrador de los PLDC, consagra la compatibilidad entre ellos, pues indica que la parte que tenga derecho a intentar algún medio de tutela precontractual y, a la vez, uno contractual, está facultada para recurrir a cualquiera de ellos²⁶⁸. La regla es más confusa en el DCFR, toda vez que el art. II.-3:109 (3) descarta la compatibilidad a propósito de la infracción de deberes de información y el art. II.-7:214 relativo a los daños por pérdidas, parece consagrarse la regla contraria.

Con todo, los argumentos que se han dado en favor de la opción del acreedor no han sido tan concluyentes ni convincentes. Y es que los comentaristas de los PECL han justificado la compatibilidad, indicando que no existen buenas razones para impedir tal opción y que, si bien los medios de tutela contractuales ofrecen mayores posibilidades de recuperar las pérdidas, a la parte perjudicada le puede resultar más *simple* recurrir a los precontractuales, comunicando, por ejemplo, la anulación con base al

²⁶⁵ LÓPEZ (2012), pp. 21-30 y LÓPEZ (2015), pp. 106-154.

²⁶⁶ FENOY (2006), pp. 196-205; BASOZABAL (2009), pp. 708-711; FENOY (2010), pp. 122-125 y GARCÍA (2010), pp. 1640-1642. En nuestra doctrina, DE LA MAZA (2011b), pp. 230-232 y 234 y PRADO (2016), p. 449.

²⁶⁷ UNIDROIT (2010) p. 113. Dicho comentario de los PICC precisa que esta incompatibilidad tiene lugar, incluso, en casos de conflicto potencial con los remedios por incumplimiento.

²⁶⁸ LANDO y BEALE (2003), p. 413.

error²⁶⁹. Por otro lado, no es efectivo o, al menos, no en todos los casos, que, como sostienen los comentaristas de los PICC, los medios de tutela contractuales otorguen una protección más *efectiva* al acreedor y sean más *flexibles* que la nulidad.

A nuestro juicio, debe recocerse tal opción al acreedor, toda vez que, existen, al menos, cuatro argumentos que así lo justifican y que surgen, por un lado, como consecuencia de algunas reflexiones teóricas en torno a una contraposición entre la tutela precontractual y contractual y, por otro, a partir de una refutación de aquellos formulados por los comentaristas de los PICC y los PECL. Tales premisas son la naturaleza jurídica del derecho de opción, las dificultades probatorias a las que pueda verse enfrentado el acreedor, la efectividad y flexibilidad tuitiva que pueden presentar ambos sistemas y la existencia de determinados factores que justifican la conveniencia práctica de escoger entre ellos. En ese orden los examinaremos.

*1. Primer argumento:
el derecho de opción es sucedáneo al derecho de crédito*

Como es bien sabido, el derecho de opción, es un derecho subjetivo que constituye una prolongación del *derecho de crédito*, verificado el incumplimiento. En consecuencia, es *sucedáneo* a este²⁷⁰ y, por lo mismo, ha sido ampliamente reconocido en nuestra dogmática²⁷¹. Pues bien, siguiendo la misma lógica, también viene a reemplazarlo en aquellos supuestos de anomalías o disconformidades acaecidas en la fase precontractual, motivo por el cual se ha admitido que escoja entre la nulidad, indemnización y adaptación del contrato. Así podría ocurrir, como lo apuntamos más atrás, tratándose de la infracción del deber precontractual de lealtad e información, advirtiéndose una opción *horizontal* en dicha sede, cuyo propósito otorgar es mayores posibilidades de satisfacción al acreedor.

Si el fundamento del derecho de opción es la prolongación de la protección del acreedor, resulta evidente que este debe admitirse si, concurrendo los presupuestos de los medios de tutela contractuales y precontractuales, este pudiera escoger entre ellos (*opción vertical*), dado que, de lo contrario, se estaría conculcando la protección que el legislador pretendió otorgarle al tipificarlos. Y es que, como hemos consignado en otro sitio, solo puede limitarse el ejercicio de este derecho en aquellos casos en que el acreedor contravenga sus límites sustantivos y procedimentales. En el

²⁶⁹ LANDO y BEALE (2003), p. 413.

²⁷⁰ LÓPEZ (2015), pp. 107-108.

²⁷¹ Una visión panorámica en LÓPEZ (2015), pp. 106-125, 188-254 y 295-307.

primer grupo se encuentra el *extrínseco o institucional*, representado por la buena fe contractual y el límite *intrínseco*, cual es, el interés del deudor, cuya vulneración puede acarrear un abuso de este derecho, lo que no solo implicará la desestimación del medio de tutela escogido, sino que eventualmente, el acreedor, podría verse compelido a indemnizar al deudor los daños derivados de su actuar ilícito²⁷². Así acontecerá en sede precontractual si, el acreedor, pudiendo inclinarse por la adaptación del contrato, solicita la nulidad y en sede contractual, si demanda el cumplimiento específico y la ejecución se torna excesivamente onerosa para el deudor, en circunstancias que concurrían los presupuestos de la indemnización de daños o rebaja del precio. En el segundo grupo, esto es, en los límites procedimentales, se advierte la carga del acreedor de *seleccionar* la acción por la cual demanda, impetrando acciones compatibles, toda vez que así resguarda no solo sus intereses sino los del deudor, evitando los inconvenientes de la acumulación²⁷³.

*2. Segundo argumento:
el derecho de opción impide que por dificultades probatorias
el acreedor no pueda satisfacer su interés*

- 72 El segundo argumento que proponemos surge, a diferencia del anterior, a partir de una precisión respecto de aquella ventaja que, según los comentaristas de los PECL, tendría la regla de la compatibilidad, de conformidad a la cual para el acreedor sería más *simple* recurrir a los precontractuales, notificando, por ejemplo, la anulación con base al error²⁷⁴. Tal ejemplo, atendido el estado actual de nuestra dogmática, no nos resulta aplicable, dado que la nulidad extrajudicial es una figura cuya aplicación se ha esbozado incipientemente entre nosotros²⁷⁵ y que, por lo mismo, no ha sido recepcionada en nuestros tribunales. Pero en aquellos ordenamientos jurídicos en que lo ha sido por vía jurisprudencial o legislativa²⁷⁶ o en los instrumentos contractuales de *soft law* que la contemplan, también se prevé la resolución extrajudicial²⁷⁷, de modo que el argumento se diluye si se considera que la predicada *simpleza* se advierte a propósito de la nulidad

²⁷² En lo que respecta a ambos límites véase LÓPEZ (2015), pp. 113-125. Sobre el abuso del derecho de opción véase LÓPEZ (2012), pp. 31-55.

²⁷³ LARROUCAU (2015), pp. 273-274, 277 y 279.

²⁷⁴ LANDO y BEALE (2003), p. 413.

²⁷⁵ Una visión panorámica en LÓPEZ (2017c), pp. 474-476.

²⁷⁶ Es el caso del Derecho francés, antes de que se consagrara en el art. 1178 del *Code*, ya se había admitido jurisprudencialmente. Véase DESHAYES-GENICON-LAITHIER (2016), pp. 325-326; CHANTEPIE-LATINA (2016), p. 390.

²⁷⁷ Así ocurre en los arts. 4:112 de los PECL, II.- 7:209 del DCFR y 3.2.12 de los PICC.

y de la resolución y que la mayoría de sus causales pueden confluir, determinando la procedencia de una u otra, la elección del acreedor.

A nuestro juicio, el argumento que justifica la opción del acreedor entre ambos sistemas es que podría resultarle más *adecuado* inclinarse por los medios de tutela precontractuales no necesariamente, porque, como sostienen los comentaristas, los contractuales le ofrezcan una más completa reparación²⁷⁸, dado que ello dependerá de las circunstancias de cada caso²⁷⁹, sino en el evento que no pueda acreditar la concurrencia de los presupuestos de estos, pero sí de aquellos. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto que solo pueda acreditar el daño en el interés negativo y no en el interés positivo²⁸⁰ o probar la existencia de un vicio del consentimiento, mas no la frustración del interés del acreedor que da lugar a la resolución. En ese escenario, privar al acreedor del derecho de opción equivaldría a dejarlo absolutamente desprotegido, diluyéndose la tutela que el legislador le ha querido otorgar por anomalías o disconformidades en la ejecución de la prestación que se le adeuda.

*3. Tercer argumento:
el derecho de opción evidencia que la protección precontractual
puede ser incluso más amplia, efectiva y flexible
que la contractual*

73

Este argumento para abogar por la pertinencia del derecho de opción del acreedor entre sistema de tutelas constituye una refutación de aquel enunciado por los comentaristas de los PICC en las versiones del 1994, 2004 y 2010, según el cual la primacía de los medios de tutela contractual respecto de los precontractuales, consagrada en el art. 3.7 de las dos primeras y en el 3.2.4. de la tercera, encuentra explicación en el hecho que los contractuales otorgarían una tutela más *efectiva* y *flexible* que estos últimos²⁸¹. Incluso, en la década pasada, alguna dogmática española justificó dicha regla en la tendencia de los PICC de solucionar los conflictos de insatisfacción del interés del acreedor a través de la noción de incumplimiento y en la protección más adecuada que estos le otorgarían, toda vez que sería más *amplio* y de mayor *alcance* que el previsto para el error. A partir de estas reflexiones, se postuló que la razón última de este orden de prelación sería la *protección efectiva* del acreedor, acuñando la idea que

²⁷⁸ LANDO y BEALE (2003), p. 413.

²⁷⁹ Y es que probablemente si existe un supuesto de error, la adaptación del contrato satisface más al acreedor que la resolución o la indemnización de daños, porque se mantiene el contrato en la versión que fue entendida por él.

²⁸⁰ PANTALEÓN (2011), pp. 920-921.

²⁸¹ UNIDROIT (2010), p. 113.

“los remedios por invalidez no tienen nada que aportar respecto de los remedios por incumplimiento”²⁸².

Sin embargo, un análisis más detenido revela que estos argumentos son refutables y que la tutela precontractual puede ser, incluso, más amplia, efectiva y flexible que la contractual y, como lo constatamos más atrás, aquella no se subsume íntegramente en esta. Y es que la configuración actual de los medios de tutela, tanto en la dogmática comparada como nacional, es diversa a aquella que existía en 2010, cuando se elaboró la última versión de los PICC, de modo que, a nuestro juicio, no solo los argumentos de los comentaristas de los PICC y PECL a favor de la compatibilidad e incompatibilidad de ambos sistemas no resultan aplicables, sino que también deben desestimarse aquellos formulados dogmáticamente que abogan por una u otra regla, ya que se encuentran temporalmente desfasados.

En lo que concierne al primer grupo de argumentos, debe precisarse que tanto en la tutela precontractual como contractual, existe pluralidad de mecanismos de protección del acreedor que guardan cierta coherencia. De hecho, aludimos a tres *binomios* que así lo evidenciaban (nulidad/resolución, indemnización precontractual/indemnización contractual y adaptación del contrato/rebaja del precio)²⁸³ y excluimos la pretensión de cumplimiento específico, porque, atendida la estructura del sistema contractual, no encontraba correlato absoluto en el precontractual. Tal disquisición corrobora que la *amplitud* en la tutela que confieren puede predicarse de ambos.

Por otro lado, la *flexibilidad* de la protección se advierte en ambas sedes, porque los sistemas de tutela que venimos comentando se articulan en torno a un común denominador que permite al acreedor escoger entre los diversos medios de tutela que lo integran, en la medida que se presentan sus condiciones de procedencia. El *elemento articulador* en el precontractual es la infracción de los deberes precontractuales de lealtad e información y permite inclinarse por la nulidad, indemnización complementaria a ella o autónoma, según el caso y la adaptación del contrato. En el contractual, en cambio, es el incumplimiento que faculta al acreedor para escoger entre el cumplimiento específico, la resolución, la suspensión del propio cumplimiento, la rebaja del precio y la indemnización de daños. Por consiguiente, el acreedor puede desplazarse, con mayor o menor intensidad, desde una tutela *aniquilatoria* (nulidad/resolución) a una *satisfactiva* (adaptación/rebaja del precio) o *resarcitoria* (indemnización precontractual/ indemnización contractual), dependiendo del caso, determinando que su protección sea más o menos *efectiva*, según el interés que él decida satisfacer.

²⁸² FENOY (2006), p. 205.

²⁸³ Cuyo análisis detallado abordaremos en una próxima ocasión.

Con todo, a nuestro juicio, existen dos casos que indiscutiblemente que ratifican que la protección precontractual puede ser, incluso, más *efectiva* y *flexible* que la contractual. Así acontecerá en aquellas hipótesis en que el error vicio constituya, a la vez, un supuesto de resolución, pues no necesariamente acarrearía la aniquilación del contrato. En efecto, si uno de los contratantes lo experimenta y el otro manifiesta su disposición a cumplir o cumpliera el contrato tal cual había sido entendido por aquella o existiera error compartido, otorgándosele el sentido que razonablemente habrían acordado de no haber existido error, estaremos, entonces, ante la *adaptación del contrato*, lo que permitirá su subsistencia, propendiendo al *favor contractus*. Otro tanto se advierte si se piensa que la acción resolutoria puede ser enervada a través de la excepción de pago del art. 310 del *Código de Procedimiento Civil*, de modo tal que el demandante no podrá desvincularse del contrato, lo que sí acontecería si hubiera impetrado la acción de nulidad.

Finalmente, tratándose de los argumentos dogmáticos, actualmente no es efectivo que los medios de tutela por invalidez no aportan nada a aquellos por incumplimiento²⁸⁴, porque, si bien el dolo y el error pueden proyectarse a la fase de incumplimiento, determinando la procedencia de la resolución por incumplimiento, el error, como lo acabamos de apuntar, cumpliendo determinados requisitos, puede constituir una causal de adaptación de contrato, manteniendo el contrato, evitando, por consiguiente, su aniquilación. A ello se agrega que, como consignamos más atrás, la fuerza vicio del consentimiento no encuentra un correlato en sede de incumplimiento, advirtiéndose así otra particularidad de la tutela contractual que no se presenta en la contractual. Por otro lado, tampoco es correcto extrapolar, al menos en nuestro medio, el argumento invocado por la dogmática española según el cual

“la opción cobra especial relevancia cuando alguno de los medios de tutela por invalidez se ofrezca entre aquellos por incumplimiento con carácter subsidiario”²⁸⁵,

toda vez que en estado actual de nuestra dogmática, ningún medio de tutela tiene *per se* un carácter subsidiario, dado que, por un lado, se ha desestimado la idea que la pretensión de cumplimiento específico tenga un carácter principal y, por otro, se ha admitido la autonomía de la indemnización de daños²⁸⁶.

²⁸⁴ FENOY (2006), p. 205.

²⁸⁵ BASOZABAL (2009), p. 663.

²⁸⁶ Una visión panorámica en LÓPEZ (2015), pp. 48-55, 62-73 y 295-307.

4. Cuarto argumento:
existen factores que justifican escoger entre ambos sistemas,
pues inciden en el alcance de la tutela del acreedor

El último argumento que, estimamos, justifica abogar por la opción del acreedor entre los medios de tutela precontractuales y contractuales es la existencia de factores que condicionan el alcance de protección que estos otorgan al acreedor. En otras palabras, es posible advertir diversos motivos que lo inclinarán para organizar su estrategia y optar en línea *vertical* de protección entre la nulidad/resolución, indemnización precontractual/contractual, adaptación/rebaja del precio o en una *línea cruzada o pluridimensional*, escogiendo cualquiera de ellos.

Estos factores, sea que su opción la ejerza dentro de alguno de tales binomios o respecto de cualquier medio de tutela, son el carácter objetivo o subjetivo de este, esto es, la prescindencia de culpa o dolo del deudor para imponerlo, el plazo de prescripción de la respectiva acción, la modalidad judicial o extrajudicial que este reviste, el efecto derivado de su interposición y el alcance de la tutela que dispensa al acreedor.

Piénsese, por ejemplo, en la elección entre la nulidad y la resolución en el supuesto que estas converjan. Algunos de estos factores *condicionarán* la decisión de inclinarse entre una y otra, en tanto, otros tendrán un efecto *neutro*, porque no determinan una diferencia entre ambos medios de tutela. Entre los primeros se encuentran los efectos que acarrean una y otra. Respecto de las partes, la nulidad opera con efecto retroactivo, a diferencia de la resolución, que según los nuevos postulados, tendría una *retroactividad limitada* a ciertas situaciones, operando en las restantes hacia el futuro, a través de la liquidación del contrato. Respecto de terceros, la acción reivindicatoria en sede de nulidad, según lo prescribe el art. 1689 del *Código Civil* alcanza a todos los terceros independientemente de su buena o mala fe; en cambio, aquella que deriva de la resolución, solo afectaría a los terceros de mala fe, según se desprendería de los arts. 1490 y 1491 del *Código Civil*⁸⁷.

Un fenómeno similar se advierte con el *alcance* de la tutela que se obtiene a través de él, que es una consecuencia del efecto derivado de la interposición de estos medios de tutela, toda vez que, como consignamos más atrás, en la nulidad es totalmente *aniquilatoria* y en la resolución lo es parcialmente, atendida la retroactividad limitada que actualmente se le está atribuyendo, de modo que no produce la desaparición de todos los

⁸⁷ Con todo, se ha precisado que las reglas previstas para la condición resolutoria no serían aplicables a la resolución, abogándose por la necesidad de disciplinar y sistematizar los efectos de esta última: ALCALDE (2015), pp. 579-600.

efectos del contrato, sino la *transformación* de la relación obligatoria que debe liquidarse a través de la restitución, para restablecer el equilibrio ocasionado por el incumplimiento.

Finalmente, destaca el plazo de prescripción, pues, salvo aquellos casos en que se pueda sostener que estas operan *ipso iure* o extrajudicialmente²⁸⁸, el de la nulidad es de cuatro años, cuadrienio que, según la causal, se computará de la forma indicada en el art. 1691 del *Código Civil*; en tanto, el de la resolución, por regla general, será de cinco años desde la fecha de celebración del acto o contrato y de hasta cuatro años desde esa época, si se trata de un pacto comisorio dentro de la compraventa, a propósito de la obligación de pagar el precio, según lo prescribe el art. 1880.

En cambio, algunos factores provocan un efecto *neutro*. Tales son el carácter objetivo de ambos medios de tutela, ya que su procedencia opera al margen de la culpa o dolo del deudor, y su modalidad de ejercicio, toda vez que, la mayoría de nuestra dogmática, desde antiguo ha sostenido, al amparo de los arts. 1687 y 1698 de nuestro *Código Civil*, por un lado, y 1489, 1873, 1878 y 1879, que tanto la nulidad como la resolución deben ser declaradas por sentencia judicial, de modo que ninguno de ellos incidirían en la decisión del acreedor. Si bien la modalidad judicial ha sido superada en el movimiento de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos por aquella extrajudicial, como lo evidencian ciertos instrumentos de *soft law*²⁸⁹ y, recientemente, el *Code*, esta tendencia ha permeado parcialmente entre nosotros²⁹⁰. Pero en el evento que se consolide, tampoco será un factor determinante para el acreedor, toda vez que, como ha ocurrido en aquellos, probablemente se extenderá a ambos medios de tutela.

CONCLUSIONES

De lo expresado en los párrafos precedentes es posible arribar a las siguientes conclusiones:

²⁸⁸ En forma excepcional han abogado por la nulidad de pleno derecho: FABRES (1908), pp. 145-170; BARAONA (2012), pp. 50-63; SAN MARTÍN (2015), pp. 769-770 y LÓPEZ (2017c), pp. 474-475 y por la extrajudicial LÓPEZ (2017c), p. 475. En lo que concierne a la resolución, Carlos Pizarro ha postulado el efecto *ipso iure* del pacto comisorio y el extrajudicial de la cláusula resolutoria: PIZARRO (2013b), pp. 357-368.

²⁸⁹ Así lo evidencian los arts. 4:112 y 9:303 de los PECL, II.- 7:209 y III. 3:507 del DCFR, 3.2.12 y 7.3.2. de los PICC y 97 del borrador de los PLDC, que consagra la resolución por notificación. El *Code*, en cambio, consagra la nulidad extrajudicial en el art. 1178 y la resolución extrajudicial en el art. 1226.

²⁹⁰ Véase autores indicados en la n. 288.

1. Es posible articular un sistema de medios de tutela del acreedor en el *Código Civil* chileno a partir de la *infracción de los deberes precontractuales* de información y lealtad, reconocidos en diversos preceptos contenidos en él, elemento articulador que reviste una doble utilidad, pues, por una parte, permite introducir genéricamente la categoría de los *deberes precontractuales* y, por otra, permite acuñar una fórmula enunciativa más compacta, equiparable al *incumplimiento* en sede contractual.
2. Un cotejo entre el sistema de tutela precontractual y contractual evidencia que, a pesar de que son estructuralmente diversos, ya que atienden a diferentes momentos del íter contractual, existe cierta coherencia en la tutela que brindan al acreedor a través de sus diversos medios de tutela. En efecto, en ambos se aprecia, con mayor o menos intensidad, una tutela *aniquilatoria* en el binomio *nulidad/resolución, resarcitoria* en el binomio *indemnización precontractual/indemnización contractual y satisfactiva*, en un valor distinto al pactado originalmente, en el binomio *adaptación del contrato/rebaja del precio*.
3. Dicha coherencia se manifiesta en zonas de confluencia que se advierten con ocasión de la falta de conformidad y que evidencian la necesidad de reconocer al acreedor el derecho de optar entre una y otra tutela. Pero no implican una superposición absoluta de los supuestos en que ambas fases otorgan protección al acreedor, toda vez que existen algunos acaecidos en la precontractual, como la ruptura injustificada de las tratativas preliminares y la intimidación, que no quedan subsumidas en la contractual.
4. Existen, al menos, cuatro argumentos que permiten sustentar la procedencia del derecho de opción del acreedor entre ambos sistemas de tutela entre nosotros. Tales son: el carácter sucedáneo de este respecto del derecho de crédito, las dificultades probatorias a las que pueda verse enfrentado el acreedor en ambas sedes, la amplitud de mecanismos de protección, la efectividad y la flexibilidad tuitiva que pueden presentar el sistema de tutela precontractual y contractual y la existencia de determinados factores que justifican la conveniencia práctica de escoger entre ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014). *Las Obligaciones. Tomo II*. 6^a ed. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- ABURTO, Juan Pablo-DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2015). “Falta de conformidad jurídica y tutela del comprador”. *Revista Ius et Praxis*. vol. 21, N° 2, Talca, diciembre.

- AEDO BARRENA, Cristián (2015). ¿Cuál es el contenido de la obligación de entrega del vendedor en el derecho chileno?, en Ian HENRÍQUEZ HERRERA (coord.), *La compraventa. Nuevas perspectivas doctrinarias*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, La Ley.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2011). “La responsabilidad contractual en el Código Civil: del particularismo al régimen general”, en Gonzalo FIGUEROA YAÑEZ-Enrique BARROS BOURIE-Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2015), “Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento”, en Álvaro VIDAL-Gonzalo SEVERIN-Claudia MEJÍAS (eds.), *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003a). *De la compraventa y de la promesa de venta. Tomo I, vol. 1*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003b). *De la compraventa y de la promesa de venta. Tomo II, vol. 1*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (1971). “La responsabilidad precontractual”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* vol. 485, N° 2. Madrid, julio-agosto.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa (2012). “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)”. *Indret Privado*, disponible en www.indret.com/pdf/914_es.pdf [Fecha de consulta: 5 de enero de 2017].
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther (2003). “Formación y perfección del contrato”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Editorial Colex.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. (1989). *La culpa in contrahendo (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*. Bilbao: Ediciones Universidad del País Vasco.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.-José Javier HUALDE SÁNCHEZ (2003). “Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho Alemán”, en: *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Civitas.
- ATIENZA, Manuel y Juan RuíZ MANERO (2003). “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”. *Doxa*. N° 26, disponible en <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD47828941.pdf> [fecha de consulta: 23 de enero de 2017].
- BADOSA COLL, Ferrán (1987). *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Real Colegio de España.
- BANAKAS, Stathis (2009). *Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*, en *Indret 1*, disponible en www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124354/172327 [fecha de consulta: 25 de enero de 2017].
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997). “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una re-lectura en clase objetiva”. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 24. N° 1. Santiago. Abril.

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1998). *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Editorial Dykinson.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008). “La acción redhibitoria como acción de nulidad” en Alejandro GUZMÁN (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial LegalPublishing.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2012). *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca María (2013). “Artículo 19. Garantía Legal. Comentario” en Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.), Carlos PIZARRO WILSON-Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca María (2014a). “La articulación de remedios en el sistema de la responsabilidad civil del consumo”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica Valparaíso*. N° 42. Valparaíso. Julio.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008). *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*. Santiago: Editorial LegalPublishing.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2015a). “Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 22. N° 1. Coquimbo. Julio.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2015b). “El deber precontractual de información en el contrato de seguro, un producto financiero y de consumo: Estudio de sus fuentes”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 42. N° 2. Santiago. Abril.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006a). *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006b). *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*, en Hernán CORRAL María Sara RODRÍGUEZ (eds.). *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- BARROS BOURIE, Enrique (2008). “Finalidad y alcance de las acciones y los medios contractuales”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- BARROS BOURIE, Enrique-Nicolás ROJAS COVARRUBIAS (2010). “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.). *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing.
- BASOZABAL ARRÚÉ, Xabier (2009). “En torno a las obligaciones precontractuales de información”. *Anuario de Derecho Civil*, N° 62, fascículo 2. Madrid. Abril.
- BEALE, Hugo (2012). *Mistake and non-disclosure of facts. Models for English Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BENATTI Francesco (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Editorial Giuffrè.
- BERNAL FANDIÑO, Mariana (2013). “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta”. *Revista Vniversitas. Pontificia Universidad Javeriana*. N°126. Bogotá, Enero-junio.

- BERNAD MAINAR, Rafael (2015). “Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 747. Madrid. Enero.
- BENOIST, Anthony (2016). “Nullité, annulation et rescission”, en Javier LETE-Éric SAVAUX-Rose Nöelle, SCHÜTZ-Hélène BOUCARD (dirs.). *La recodification du droit des obligations en france et en espagne*. Paris: Editorial LGDJ.
- BOETSH GILLET, Cristián (2011). *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BORDA, Alejandro (2014). “La buena fe en la etapa precontractual”. *Revista Vniversitas*. N° 129. Colombia. Julio-diciembre.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1969). “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”. *Anuario de Derecho Civil*. N° 22. Fascículo 4. Madrid. Octubre.
- BETTI, Emilio (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- BIANCA, Cesar Massimo (1979). “Inadempimento delle obbligazioni, artículo 1218”, en Antonio SCIALOJA-Giuseppe BRANCA. *Commentario del Codice Civile*. Bologna: Editorial Zanichelli.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2013). “La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO-Joel GONZÁLEZ CASTILLO-Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO-Juan GOLDENBERG SERRANO (coords.). *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago: LegalPublishing Thomson Reuters.
- BOETSH GILLET, Cristián (2011). *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BUSTAMANTE SALAZAR, Luis (2005). “Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños”, en Juan VARAS BRAUN-Susan TURNER SAEZER (eds.). *Estudios de Derecho Civil I*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- CABANILLAS, Antonio (1995). “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in *contrahendo*”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 628. Madrid. Mayo-junio.
- CAUFFMAN, Caroline (2005). “Pour la résolution partielle!. Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de M. Rigalle”, in Herman COUSY-Sophie STIJINS-Bernard TILEMANN-Alain VERBEKE (dirs.). *Droits des contrats France-Belgique-1*. Bruxelles: Editorial Larcier.
- CAPILLA RONCERO, Francisco (1989). *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz: Editorial Fundación Universitaria de Jerez.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2008). “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho Comparado”, en Fabricio MANTILLA-Carlos PIZARRO (coords.). *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*. Santiago: Editorial Fundación Fernando Fueyo.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2012), “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 39. Valparaíso. Diciembre.
- CARTWRIGHT, John-Martijn HESSELINK (2009). *Precontractual liability in European Private Law*. Oxford: Cambridge University Press.
- CARUSO, Daniela (1993). *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*. Milano: Giuffrè.
- CELEDÓN FÖRSTER, Rosario-Patricia SILBERMAN VESZPREMI (2010). *Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2010). “El objeto ilícito contrario al derecho público (artículo 1462 del Código Civil)”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.). *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot Legalpublishing.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2015). “Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar”. *Revista de Derecho*. N° 44. Barranquilla. Julio-diciembre.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2011). “Procedencia de la indemnización de los daños incidentales por incumplimiento culpable de contrato”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ-Enrique BARROS BOURIE-Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2014a). “Independencia de la acción de perjuicios en sede contractual. Corte Suprema, Primera Sala (Civil), 10 de septiembre de 2013, Rol 885-2013”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22. Santiago. Julio.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2014b). “Por un sistema de medidas anticipatorias frente al incumplimiento contractual”, en Susan TURNER- Juan VARAS (coords.). *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley LegalPublishing.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015a). *Indemnización y resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015b). “La resolución por incumplimiento previsible y la suspensión del cumplimiento como medios de tutela anticipatorios del acreedor. Lectura desde los instrumentos de derecho contractual

- uniforme hacia la compraventa del Código Civil y de Comercio Chileno”, en Ian HENRÍQUEZ (coord.), *La compraventa. Nuevas perspectivas doctrinarias*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley LegalPublishing.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015c). “Concepto de juego de destreza y azar. Tribunal Constitucional, Rol 2758-2015, 10 de septiembre de 2015”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 25. Santiago. Diciembre.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015d). “Las providencias conservativas del acreedor condicional suspensivo y a plazo”, en Álvaro VIDAL-Gonzalo SEVERIN-Claudia MEJÍAS. *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago. Editorial Thomson Reuters La Ley LegalPublishing.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2016). “El plazo de gracia y el plazo adicional para el cumplimiento como límites a la facultad resolutoria”, en *Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción* (ed.)-Manuel BARRÍA (coord.). *Estudios de Derecho Civil XI*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- CHANTEPIE, Gael-LATINA, Mathias (2016). *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz.
- CLEMENTE MEORO, Mario E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). *Contratos y daños por Incumplimiento*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, LegalPublishing.
- CRESPO MORA, María Carmen (2012). “Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el derecho español y en el DCFR”, en Esteve BOSCH CAPDEVILLE (dir). *Nuevas perspectivas del derecho contractual*. Barcelona: Editorial Bosch.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2010). “La lealtad en el período precontractual” (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos”). *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 63. Fascículo 2. Madrid. Abril.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2014). “La formación del contrato de servicios”, en María Ángeles PARRA LUCÁN (dir.). *Negociación y perfección de los contratos*. Navarra: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006). “El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (ed.). *Cuaderno de Análisis Jurídico III*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2008). “Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N°11. Santiago. Diciembre.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010a). *Los límites del deber precontractual de información*. Madrid: Editorial Civitas-Thomson Reuters.

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010 b). “A propósito del artículo 1861”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.). *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: AbeledoPerrot LegalPublishing.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010c). “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 34. Valparaíso. Julio.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010d). “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 17, N° 2. Coquimbo. Diciembre.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2011a). “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 37. Valparaíso. Diciembre.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2011b). “El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coord.). *Cuaderno de Análisis Jurídico: Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*. Santiago: Ediciones Universitarias Universidad Diego Portales, colección Derecho Privado. Vol. VII.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2012). “Configuración de la obligación de entregar a través de la autonomía privada: derechos de terceros”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 39. Valparaíso. Diciembre.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014). “La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestadas en la cosa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 43. Valparaíso. Diciembre.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2015a). “La conformidad de la cosa vendida: adecuación material”. *Revista de Derecho de Valdivia*. Vol. 28, N° 1. Valdivia. Julio.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2015b). “El error en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, en Anthoni VAQUER ALOY-Esteve BOSCH CAPDEVILLA-María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (eds.). *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*. Barcelona: Editorial Atelier.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo-Ricardo TORRES URZÚA (2015). “La protección del comprador en la venta de cosa ajena”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 42, N° 3. Santiago. Diciembre.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2016). “Prever y asegurar” en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (ed.). Manuel BARRÍA PAREDES (coord.). *Estudios de Derecho Civil XI*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2017). “El ánimo y la omisión. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 21 de octubre de 2016”. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 23. N° 1. Talca.

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo-Álvaro VIDAL OLIVARES (2017). “Aliud pro alio. Incumplimiento y vicios redhibitorios en el contrato de compraventa”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, en prensa.
- DE LOS MOZOS, José Luís (2005). “Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato”, en José Luís DE LOS MOZOS (coord.). *Estudios sobre Derecho de Contratos, Integración Europea y Codificación*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (2006). “Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual”, en CENTRO DE ESTUDIOS (ed.). *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (2009). *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*. 2^a ed. Navarra: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2007). “¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y sanción”. en Jesús DELGADO (coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- DESHAYES, Olivier-Thomas GENICON-Yves Marie LAITHIER (2016). *Reforme du droit des contracts, du régime générale et de la prevue des obligations. Comentaire article par article*. Paris: Lexis Nexis.
- DÍEZ-PICAZO, Luís (1964). “El contenido de la relación obligatoria” en *Anuario de Derecho Civil*. Vol 17. N° 2. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luís (2007). *Fundamentos del Derecho Patrimonial I. Introducción a la Teoría del Contrato*. 6^a ed. Navarra: Editorial Civitas Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luís (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. 6^a ed. Navarra: Editorial Civitas Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luís, Encarna ROCA TRÍAS-Antonio Manuel MORALES MORENO (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Editorial Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luís (2009). “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 62. Fascículo 2. Madrid. Abril.
- DÍEZ-PICAZO, Luís (2010). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*. Navarra: Editorial Civitas Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís-Antonio GULLÓN BALLESTEROS (2012). *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. 10^a ed. Madrid: Editorial Tecnos. Vol. II. Tomo I.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís-Antonio GULLÓN BALLESTEROS (2015). *Sistema de Derecho Civil. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 11^a ed. Madrid: Editorial Tecnos. Vol. II. Tomo 2.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón-Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE-Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (1996). “Comentario de jurisprudencia: Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. Retiro inmotivado de las ne-

- gociaciones preliminares". *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 199. Concepción. Enero-junio.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005a). "Comentario de jurisprudencia: Responsabilidad precontractual. Principio de buena fe, aplicación del art. 1546 solo a la ejecución del contrato. Casación en el fondo por infracción de ley". *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 217-218. Concepción. Enero-diciembre.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005b). "Notas sobre el deber de minimizar el daño". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, Santiago, diciembre.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2010). "Los límites al principio integral de la reparación". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre.
- DUCCI CLARO, Carlos (1988). *Derecho Civil: Parte General*. 3^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DUCCI CLARO, Carlos (2009). "La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual", en R. TAVOLARI RIVEROS (dir.). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2009). "Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12. Santiago. Julio.
- ESPÍN CANOVAS, Diego (1964). "La excepción de incumplimiento contractual". *Anuario de Derecho Civil*. N° 7. Fascículo 2. Santiago. Abril.
- ESPINAR LAFUENTE, Francisco (1969). "Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas", en Amadeo FUENMAYOR CHAMPIN-Francisco SANCHO REBUDILLA (eds.). *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra. Vol. II.
- FABRE-MAGNAN, Muriel (1992). *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*. Paris: LGDJ.
- JEREZ DELGADO, Carmen (2011). *La anulación del contrato*. Navarra: Editorial Civitas.
- FABRES, José Clemente (1908). *Obras completas*. Santiago: Imprenta Cervantes. Vol. III.
- FAGGELLA, Gabrielle (1918). *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*. 2^a ed. Roma: Stabilimento Tipografico della Società Cartiere Centrali.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco (1997). "La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 639. Madrid. Marzo-abril.
- FENOY PICÓN, Nieves (2006). *El sistema de protección del comprador*. Madrid: Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- FENOY PICÓN, Nieves (2010). "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Primera parte: Aspectos generales. El incumplimiento". *Anuario de derecho civil*. N° 63. Fascículo 1. Madrid. Enero.
- FENOY PICÓN, Nieves (2011). "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte

- Segunda: los remedios por incumplimiento”. *Anuario de Derecho Civil*. N° 64. Fascículo 4. Madrid. Octubre.
- FERRANTE, Alfredo (2012). *La reducción del precio en la compraventa*. Navarra, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- FERRANTE, Alfredo (2014). ¿Es correcta la elección del método de cálculo de la reducción del precio en los principios latinoamericanos de contratos? *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22. Santiago. Julio.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2011). “Rescisión, Resolución y Redhibición: ¿Puede hablarse de un ‘cúmulo de acciones’?”, en *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FUENTES GUÍNEZ, Rodrigo (2005). “El deber de evitar o mitigar el daño”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. Vol. 217-218. Concepción. Enero-diciembre.
- FUEYO LANERI, Fernando (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 3^a ed. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- FLEISCHER, Holger (2010). “El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. N° 19. Bogotá. Julio-diciembre.
- GANDARILLAS SERANI, Cristián (2009). “Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Editorial LegalPublishing.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (1991). *La responsabilidad precontractual en el derecho español*. Madrid: Editorial Tecnos.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2010). “La responsabilidad precontractual en la Propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”. *Anuario de Derecho Civil* N° 63. Fascículo 4. Madrid. Octubre.
- GARCÍA RUBIO, María Paz-Marta OTERO CRESPO (2010). “La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, disponible en www.indret.com/pdf/731_es.pdf [fecha de consulta: 26 de enero de 2017].
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2012). “Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato”, en Esteve BOSCH CAPDEVILLA (dir.). *Nuevas perspectivas del derecho contractual*. Barcelona: Editorial Bosch.
- GENICON, Thomas (2007). *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: Editorial LGDJ.
- GINÉS CASTELLÉT, Nuria (2016). “La ventaja o explotación injusta en el futuro? Derecho contractual”. *Indret Privado*. Vol. 4, disponible en www.indret.com/pdf/1264_es.pdf [fecha de consulta: 5 de enero de 2017].
- GILIKER, Paula (2006). “Formation of Contract and Pre-contractual Information from an English Perspective”, in Stefan GRUNDMANN- Martin SCHAUER (eds.).

- The architecture of European Codes and Contract Law. Alphen aan den Rjin: Kluwer Law International.
- GÓMEZ CALLE, Esther (1994). *Los deberes precontractuales de información*. Madrid, La Ley.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2007). “El incumplimiento contractual en el Derecho español”. *Indret*. Vol. 3, disponible en www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78949 [fecha de consulta: 23 de enero de 2017].
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007). “Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción (opinión profesional)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9. Santiago. Diciembre.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013). *Derecho Privado Romano*. 2^a ed. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters. Tomo II.
- HONDIUS, Ewoud (1991). *Precontractual Liability*. Deventer: Kluwer Law internacional.
- JEREZ DELGADO, Carmen (2011). *La anulación del contrato*. Madrid: Editorial Civitas.
- JANSEN, Sanne (2012). “Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis”, in Marco B.M. LOOS, Anne L.M. KEIRSE (eds.). *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*. Cambridge: Intersentia.
- JORDANO FRAGA, Francisco (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Civitas.
- LANDO, Ole- BEALE, Hugh (2003). *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II* (trad.) Pilar Barres Benlloch, José Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz. Madrid: Colegios Notariales de España.
- LARENZ, Karl (1958), *Derecho de Obligaciones*. (trad.) Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015). “Vicios, acciones y prueba en la compraventa”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 22. N°1. Coquimbo. Julio.
- LIU, Chengwei (2005). “Price reduction for non-conformity: perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law”, disponible en www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html [fecha de consulta: 27 de enero de 2017].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2012), “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19. Santiago. Diciembre.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2015a). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil Chileno*. Santiago: Editorial Thomson Reuters LegalPublishing.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2015b). “Por una noción amplia de Lesión Enorme en el Código Civil Chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio

contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el Borrador de los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos”, en Álvaro VIDAL-Gonzalo SEVERIN-Claudia MEJÍAS, *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, La Ley.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2015c). “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. Vol. 25. Santiago. Diciembre.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2016a). “La indemnización de daños por vicios redhibitorios como medio de tutela precontractual autónomo en el Código Civil Chileno: un tópico cuya procedencia y alcance aún permanecen difusos, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (ed.)- Manuel BARRÍA (coord.). *Estudios de Derecho Civil XI*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2016b). “La protección del acreedor por vicios redhibitorios en el Código Civil chileno: entre la fase precontractual y contractual”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N°47. Valparaíso. Diciembre.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017a). “La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el Código Civil chileno: ¿Nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal ?”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 44. N° 2. Santiago. Mayo-agosto.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017b). “La noción de lesión enorme en el Código Civil chileno: una manifestación del equilibrio contractual orientada prevalentemente a configurar la adaptación del contrato como medio de tutela precontractual”, en *La Compraventa. Estudios*. Santiago, Editorial Thomson Reuters LegalPublishing.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017c), “Por la articulación de un sistema de medios de tutela precontractual en el Código Civil chileno”, en Hernán CORRAL TALCIANI-Pablo MANTEROLA GONZÁLEZ. *Estudios de Derecho Civil XII*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017d). “La indemnización precontractual y contractual: divergencias y eventuales zonas de confluencia”, en *Presente y Futuro de la Responsabilidad Civil. Actas del Congreso Internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2018a). “Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 1. Talca, en prensa.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2018b). “La adaptación del contrato como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno”. *Revista de Derecho de Valdivia*. Vol 31, N° 1. Valdivia. Junio, en prensa.

- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General.* 5^a ed. actualizada por Fa- bián Elorriaga De Bonis. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel (1997). “Art. 50”, en LUÍS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *La compraventa internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena.* Madrid: Editorial Civitas.
- LORENZETTI, Ricardo Luís (2004). *Tratado de los contratos. Parte General.* Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: (entre la aestimatio rei y el id quod interest).* Madrid: Editorial Trivium.
- LUMINOSO, Angelo (1990). “Risoluzione per inadempimento”, in Francesco GALGANO. *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro cuarto, Delle obbligazioni Della risoluzione per inadempimento, T.I, 1 artículo 1453 -1454.* Roma: Editorial Zanichelli.
- KUNCAR ONETO, Andrés (2014). “El principio de conservación de los actos jurídicos”, en Susan TURNER-Juan Andrés VARAS (coords.). *Estudios de Derecho Civil IX.* Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel (2016). *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español, derecho inglés y draft common frame of reference.* Navarra: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- MANZANARES, Alberto (1984). “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”. *Anuario de Derecho Civil.* N° 37. Fascículo 3. Madrid. Julio.
- MANZANARES SECADES, Alberto (1985). “La naturaleza de la responsabilidad pre- contractual o culpa *in contrahendo*”. *Anuario de Derecho Civil.* N° 38. Fascículo 4. Madrid. Octubre.
- MARIONI, Luiz GUILHERME (2008). *Tutela específica de los derechos. Necesidades del derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal.* Lima: Editorial Palestra.
- MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales.* Barcelona: Editorial Bosch. Tomo I.
- MEDINA ALCOZ, María (2005). “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”. *Revista de Derecho Privado.* Vol. 89. N° 3. Madrid. Mayo-junio.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2008). “El incumplimiento contractual y sus modalida- des”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Estudios de Derecho Civil III.* Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil.* Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2012). “La excepción de contrato no cumplido, en rigor, una manifestación del principio de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, Joel GONZÁLEZ CASTILLO- Mar- celo BARRIENTOS ZAMORANO-Juan Luís GOLDENBERG SERRANO (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII.* Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.

- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2013). “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 40, N° 2. Santiago. Julio.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2014). “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 21, N° 1. Coquimbo. Julio.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia Carolina (2016). “Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución”. *Revista Ius et Praxis*. Año 22, N° 1. Talca. Julio.
- MESTRE, Jaques-Betrand FAGES (2005). “Comentario a la sentencia Corte de Casación, Tercera Sala Civil, 11 de mayo de 2005”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 3. Paris. Juillet-septembre.
- MONSALVE CABALLERO, Vladimir (2008). “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”. *Revista de Derecho, Universidad del Norte Barranquilla*. N° 30. Barranquilla. Julio-diciembre.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2014). “Reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de derecho contractual”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Vol. 21, N° 2. Coquimbo. Diciembre.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1980). “El alcance protector de las acciones edilicias”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 33, N° 3, Madrid, julio.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1982). “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 35. N° 3. Madrid. Julio.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2003). “Validez del Contrato”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Editorial Colex.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006a). “Evolución del concepto de obligación en derecho español”, en Antonio Manuel MORALES MORENO. *La modernización del Derecho de obligaciones*. Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006b). “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria”, en Antonio Manuel MORALES MORENO. *La modernización del Derecho de obligaciones*. Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006c). “Adaptación del código civil al derecho europeo: La compraventa”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*. Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010). *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*. Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2011). “¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho europeo”, en Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (dir.)-María Luisa PALAZÓN GARRIDO-María del Mar MÉNDEZ SERRANO (coord.). *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*. Barcelona: Editorial Atelier.

- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2012). “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”. *Anuario de Derecho Civil*. N° 65. Fascículo 1. Madrid. Enero.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2013). *Claves de la modernización del Derecho de contratos* en Lorenzo PRATS ALBENTOSA (coordinador), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la ley del Notariado, Tomo III-1, Derecho Patrimonial 1*. Madrid: Editorial Consejo General del Notariado.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2016). “Prólogo” al libro de Miguel Ángel Malo Valenzuela, *Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español, derecho inglés y draft common frame of reference*. Navarra: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- MOSCO, Luigi (1950). *La resolución de los contratos por incumplimiento* (trad. cast.) José Pinto Ruiz. Barcelona: Editorial Dux.
- MORELLO, Augusto Mario (2006). *Ineficacia y Frustración del contrato*. 2^a ed. La Plata: Editorial Lexis Nexis.
- NÚÑEZ CARRERA, David (2007): “Declaraciones y silencios en el ámbito precontractual”, en Hernán CORRAL TALCIANI-María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coord.). *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- OVIEDO ALBÁN, Jorge (2014). “Indemnización de perjuicios por vicios redhibitorios en el Código Civil chileno-colombiano”. *Revista Universitas Pontificia Universidad Javeriana*. N° 129. Bogotá. Julio-diciembre.
- OVIEDO ALBÁN, Jorge (2015). *La garantía por vicios ocultos en la compraventa: estudio de derecho privado chileno y colombiano a la luz de las nuevas tendencias en obligaciones y contratos*. Bogotá: Editorial Temis.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado*. Navarra: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991). “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 44. N° 3. Madrid. Julio.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993). “Las nuevas bases de la responsabilidad civil”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 46. N° 4. Madrid. Octubre.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (2011). “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos”. *Anuario de Derecho Civil*. N° 64. Fascículo 3. Madrid. Julio.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2009). “Responsabilidad contractual objetiva”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.). *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Editorial LegalPublishing.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y Ricardo CONCHA MACHUCA (2015). “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio

- en el derecho civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, Vol. 28, enero-junio.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2005). “La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno”, en Juan VARAS BRAUN y Susan TURNER SAEZER (eds.). *Estudios de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2007). “La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno”, en Fabricio MANTILLA (coord.). *Problemas de Derecho de los Contratos*. Bogotá: Editorial Legis.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN (ed.). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2011), “El control de las cláusulas exclusivas y limitativas de responsabilidad. Algunas pistas para su régimen legal”, en Gonzalo FIQUEROA YÁÑEZ-Enrique BARROS BOURIE-Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2012). “Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing Thomson Reuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2013a). “Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos tan cerca”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO-Joel GONZÁLEZ CASTILLO-Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO-Juan Luís GOLDENBERG SERRANO (coords.). *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2013b). “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 41. Valparaíso. Diciembre.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2014). “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 21. N° 1. Coquimbo. Julio
- PIZARRO WILSON, Carlos (2015). “El hecho del acreedor en la responsabilidad civil contractual”, en Álvaro VIDAL-Gonzalo SEVERIN-Claudia MEJÍAS (eds.), *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2013). “La rebaja del precio como remedio contractual en el derecho chileno: Una aproximación”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, Joel GONZÁLEZ CASTILLO-Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO-Juan Luís GOLDENBERG SERRANO (coords.). *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2014a). “Sobre el método de cálculo de la acción *quanti minoris*”, en Susan TURNER SAEZER-Juan Andrés VARAS BRAUN (coords.). *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2014b). “La rebaja del precio: un mecanismo corrector a las cláusulas abusivas”, en Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.). *Cuaderno*

94

- de Análisis Jurídico: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, colección Derecho Privado. Vol. VIII.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015a). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomsom Reuters.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015b). “La cuantificación de la rebaja del precio en la acción *quanti minoris*”. *Revista Ius et Praxis*. Año 21. N° 1. Talca. Julio.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015c). “El dolo incidental: ¿una manifestación del dolo contractual?”, en Álvaro VIDAL-Gonzalo SEVERIN-Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2016). “El dolo causal: su repercusión en el contrato”. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 22. N° 2. Talca. Diciembre.
- PLANA ARNALDOS, María Carmen (2015). “Resolución y restitución”, en Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA-Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ (coords.). *Estudios sobre incumplimiento y resolución*. Navarra: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (2011). “Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato”, en Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (dir.)-María Luisa PALAZÓN GARRIDO-María del Mar MÉNDEZ SERRANO (coords.). *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España*. Barcelona: Editorial Atelier).
- QUIÑONEROS CERVANTES, Enrique (1979). “El dolo omisivo”. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 63, N° 4. Madrid. Abril.
- Reforme du droit obligations. Un supplément au Code Civil* (2016). Paris: Dalloz.
- RÉMY-CORLAY, Pauline (2009). “La réduction du prix”, in François TERRÉ (dir.). *Pour une réforme du droit des contracts*. Paris: Editorial Dalloz.
- RÉMY-CORLAY, Pauline (2006). “Structural Elements of French Civil Code”, in Stefan GRUNDMANN-Martin SCHAUER (eds.). *The architecture of European Codes and Contract Law*. Alphen aan den Rjin: Kluwer Law International.
- RIGALLE-DUMETZ, Corinne (2003). *La résolution partielle du contrat*. Paris: Editorial Dalloz.
- RÍOS OSSA, Roberto (2014). *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1995). *Inexistencia y nulidad en el Código Civil. Teoría Bimembre de la Nulidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003). *Responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004). “Sobre la excepción del contrato no cumplido”. *Actualidad Jurídica*. N° 9. Santiago. Enero.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2011): *Nuevas tendencias de la responsabilidad*. Santiago, Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing).
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2013): “Responsabilidad precontractual en la Ley 19.496 de 1997 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en

- Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO-Joel GONZÁLEZ CASTILLO-Marcelo BARRIENTOS ZAMORANO-Juan GOLDENBERG SERRANO (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago, Editorial LegalPublishing.
- ROJO AJURIA, Luís (1994). *El dolo en los contratos*. Madrid: Editorial Civitas
- ROOPPO, Vincenzo (2006). “Formation of contract and Pre-contractual Information from an Italian perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law)”, en Stefan GRUNDMANN-Martin SCHAUER (eds.), *The architecture of European Codes and Contract Law*. Alphen aan den Rjin: Kluwer Law International.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1979). *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- SALEILLES, M.R (1907). “De La Responsabilité Précontractuelle. A propos d’ un étude nouvelle sur la matière”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 6. Paris.
- SÁNCHEZ CASTRO, David (2010). “El cumplimiento por equivalente:¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles de toda pretensión indemnizatoria?”, *Anuario de Derecho Civil*. N° 63. Fascículo 4. Madrid. Octubre.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2013). “Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones. Corte Suprema, rol 1872/2010”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 40, N° 1. Santiago. Abril.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2014). “La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual” en Susan TURNER SAELZER-Juan VARAS BRAUN (coords.). *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago: Editorial LegalPublishing Thomson Reuters.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2015). “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*. Año 42. N° 3. Santiago. Diciembre.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula (2004). *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*. Madrid: Editorial Fundación Beneficentia el Peritia Iuris.
- SAPONE, Natalino (2008). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè.
- SEGURA RIVEIRO, Francisco (2007). “El interés indemnizable en las hipótesis de responsabilidad precontractual”, en Hernán CORRAL TALCIANI-María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coords.). *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo (2004). “La buena fe y los deberes secundarios de conducta”. *Revista Vniversitas*. N°108. Bogotá. diciembre.
- SCHULZE, Reiner (2006). “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el derecho contractual europeo”. *Anuario de Derecho Civil*. N° 59. Fascículo 1. Madrid. Enero.
- TALLON, Denis (1994). “L'inexécution du contraté: pour une autre présentation”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 2. Paris: avril-juin.
- THIBIERGE, Catherine (2010). *Nulidad, Restituciones y Responsabilidad* (trad. cast.) Gustavo de Greiff. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema (2010). “Naturaleza de la responsabilidad precontracual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 17. N° 1. Coquimbo. Julio.
- YÚSARI KHALILIH, Tarek (2012). *Incumplimiento recíproco y remedios contractuales*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- VAN ERP, J.H.M. (2011). “The precontractual stage”, in Arthur S. HARTKAMP (ed.). *Towards a European Civil Code*. 4^a ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International Nijmegen, Ars Aequi Libri.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2015). “La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio”, en Ian HENRÍQUEZ HERRERA (coord.). *La compraventa. Nuevas perspectivas doctrinarias*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, La Ley.
- UNIDROIT, INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2010). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Versión española dirigida por Alejandro A.M. Garro. Madrid: Ediciones UNIDROIT.
- VAQUER ALOY, Antoni (2011). “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?”. *Anuario de Derecho Civil*. N° 64. Fascículo 1. Madrid. Enero.
- VERDERA SERVER, Rafael (1995). *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- VERDERA SERVER, Rafael (2014). “Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Una visión general”, en Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA-Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ (coords.). *Estudios sobre incumplimiento y resolución*. Navarra: Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- VIGURI Perea, Agustín (2003). “Análisis de derecho comparado sobre la culpa in contrahendo”, en Santiago ESPIAU ESPIAU-Antoni VAQUER ALOY. *Bases de un Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006). “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en Hernán CORRAL-María Sara RODRÍGUEZ (eds.). *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a). “Cumplimiento e Incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34, N° 1. Santiago. julio.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007b). “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 Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008). “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.

- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009). “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Vol. 32*. Valparaíso. Julio.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011a). “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 16. Santiago. Julio.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011b). “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ-Enrique BARROS BOURIE-Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2015). “La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio”, en Álvaro VIDAL-Gonzalo SEVERIN- Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Editorial Thomson Reuters LegalPublishing.
- VINEY, Geneviève (2001). “Exécution de l’ obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français”, in Marcel FONTAINE-Geneviève VINEY [eds.]. *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelle, Etudes de droit comparé*. Paris: Editorial LGDJ.
- VIVANCO LUENGO, Pablo (2008). “Aspectos relevantes de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones precontractuales”. *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*. N° 17. Concepción. Julio.
- VISINTINI, Giovanna (1972). *La reticenza nella formazione dei contratti*. Padova: Editorial Cedam.
- VON IHERING, Rudolf (1861). “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”. *Jherings Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Privatrechts*. N° 4.
- WILL, Michael (1987). “Art. 50”, in Cesare Massimo BIANCA-Michael Joachim BONELL (eds.). *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano: Editorial Giuffrè.
- ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita (2006). *Teoría de la responsabilidad precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.

Jurisprudencia citada

- Pinochet con Pradema y otra. Corte Suprema, 6 de septiembre de 1926, en *Gaceta de los Tribunales*, N° 118. Santiago. pp. 525-535.
- Montané con Reiser y Petibon y Cía. Corte Suprema, 29 de marzo de 1930, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 27. Sección 1º. Santiago. pp. 777-789.
- Tecdia S.A. con Aceites del Sur S.A. Tribunal Supremo Español, 21 de octubre de 2005 (casación en el fondo). Disponible en www.vlex.com, VLEX N° 20091690.

- Arriagada Sepúlveda con Fernández Toloza. Corte Apelaciones de Concepción, 9 de enero de 2002 (recurso de apelación), disponible en www.Legalpublishing.cl, N° CL/JUR/1334/2002.
- Cecinas La Preferida con Comercial Salinak Ltda. Corte Suprema, 27 de julio de 2005 (casación en el fondo), disponible en www.vlex.com, N° VLEX-255209958.
- Glide Inversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A. Corte Suprema, 19 de mayo de 2008 (casación en el fondo), disponible en www.vlex.com N° VLEX 41113399.
- Consejo de Defensa del Estado con Desarrollo y Comercio S.A. Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de octubre de 2009 (recurso de apelación), disponible en www.Legalpublishing.cl, N° CL/JUR/2390/2009.
- Consorcio Transportes Trancura Ltda. con Tocale Tuna, Romilio. Corte Suprema, 19 de enero de 2010 (casación en el fondo), disponible en www.microjuris.com, N° MJCH_MJJ22895.
- Aguilera Parada con GSE Living Technology Chile S.A. Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de enero de 2010 (recurso de casación en la forma y apelación), disponible en www.vlex.com, N° VLEX 563670114.
- Toro Mancilla con Banco Santander Chile (2011). Corte Suprema, 26 de septiembre de 2011 (casación en el fondo), disponible en www.Legalpublishing.cl, N° CL/JUR/9809/2011.
- Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. Corte Suprema, 31 de octubre de 2012, (casación en el fondo), disponible en www.Legalpublishing.cl, N° Legal Publishing: CL/JUR/2412/2012.
- Banfactor S.A con Cortés Saavedra. 23º Juzgado Civil de Santiago, 29 de agosto de 2013 (sentencia de primera instancia), disponible en www.vlex.com, N° VLEX 567870062.
- Galaz con Universidad Iberoamericana de Ciencia y Tecnología (2014). 10º Juzgado Civil de Santiago, 15 de junio de 2014 (sentencia de primera instancia), disponible en www.vlex.com, N° VLEX 570178594.
- Morales y López Ltda. con Banco Itaú Chile (2014). Corte Suprema, 2 de septiembre de 2014 (recurso de casación en el fondo), disponible en www.microjuris.com, N° MJCH_MJJ38700.
- Bulnes con H-Network S.A.(2015). Corte Suprema, 2 de abril de 2015 (sentencia de casación en la forma y en el fondo), disponible en www.vlex.com, N° VLEX 563378422.
- Sociedad Agrícola Santa Anita con Faenadora El Milagro S.A. Corte Suprema, 9 de diciembre de 2015 (casación en el fondo), disponible en www.vlex.com, N° VLEX-589170582.