

LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTICIPADA. BASES PARA UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN EN EL DERECHO CHILENO

THE ANTICIPATED CONTRACTUAL RESOLUTION. FOUNDATION FOR A PROPOSED SOLUTION IN CHILEAN LAW

PATRICIA MORA MOSCOSO*
RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ**

“En una palabra, se está ante una situación problemática cuando no se puede estar más en ella y urge encontrar una solución”.
(Marías, Julián)

RESUMEN: El trabajo analiza el problema de la resolución contractual anticipada, a la luz de la doctrina y Derecho nacional. Si bien el Código Civil no consagra una regla precisa que permita aceptarla, se propone una solución a partir de la buena fe contractual, en su función integradora de obligaciones de lealtad y comunicación entre las partes.

ABSTRACT: *The work analyzes the problem of anticipated contractual resolution, in light of national doctrine and law. Even if the Civil Code doesn't consecrate a precise rule that allows accepting it, a solution is proposed based on good contractual faith, in its integrating function of obligations of loyalty and communication between the parties.*

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento contractual - resolución contractual anticipada - buena fe.

KEY WORDS: *Breach of contract - anticipated contractual resolution - good faith.*

* Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y candidata a Magíster en Derecho privado por la misma casa de estudios. Dirección postal: Lincoyán 255, Concepción, Chile. Dirección electrónica: patriciamoraabogado@gmail.com

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Dirección postal: Lincoyán 255, Concepción, Chile. Dirección electrónica: rfuentes@ucsc.cl

I. INTRODUCCIÓN

En enero del año 2001, una empresa de cementerios privados compró un horno crematorio a una compañía dedicada a la fabricación de equipos industriales. Como la vendedora debía construirlo, pues no lo tenía en existencia, el plazo de entrega se fijó para el 16 de julio de 2001. El contrato no contenía ninguna cláusula resolutoria.

Faltando un mes para el vencimiento del plazo de entrega, un asesor técnico del acreedor constata que aún no se iniciaba la fabricación del horno; situación preocupante y grave, pues el proceso de producción del bien requiere un tiempo ostensiblemente mayor. Lo anterior constituía una razón fundada para estimar que el vendedor no cumpliría en el plazo acordado, quien por lo demás no daba ninguna garantía que disipara el temor de su contraparte. Conviene precisar que un cumplimiento posterior, no le serviría a la compradora, pues ya había efectuado ventas en verde de los servicios de cremación, comprometiéndose con los clientes a comenzar a operar en la fecha convenida.

En el ejemplo planteado, nos encontramos frente a un caso en que un cumplimiento tardío no es de utilidad para el acreedor y, por el contrario, le acarrearían un sinnúmero de perjuicios. En estas condiciones y existiendo antecedentes serios, que permiten vislumbrar con certeza o gran probabilidad que el deudor no ejecutará la prestación, a menos que de seguridades comprobadas de que sí podrá cumplir (por ejemplo, acreditando la compra del bien vendido a uno de sus proveedores), la mejor solución para el comprador es desligarse del contrato y acudir rápidamente al mercado para intentar conseguir un negocio de cobertura que reemplace el contrato cuyo incumplimiento resulta inminente.

Entonces, desde una perspectiva jurídica es válido preguntarnos: ¿Qué opciones da el ordenamiento jurídico al acreedor en situaciones como la descrita, desde el momento que sentarse a esperar el incumplimiento “anunciado” es la más insatisfactoria de las respuestas?

En una primera instancia, podríamos pensar en acudir al art. 1496 del Código civil chileno¹ (en adelante CCCh), que permite la exigibilidad anticipada, y considerar la obligación como de plazo vencido, en los casos contemplados en el mismo. Sin embargo, esta norma no resultaría aplicable, porque la empresa deudora no se encuentra en ninguna de las hipótesis que ella describe, esto es, no ha caído en un procedimiento concursal de liquidación ni de reorganización, tampoco se han extinguido las cauciones, ni se encuentra en notoria insolvencia².

Es verdad que en Francia, en base a una norma similar a nuestra 1496, como es el antiguo 1888 del *Code*, se planteó si se trataba de la punta de lanza de la resolución anticipada moderna, que pudiera servir de soporte a su generalización. Sin embargo, tal idea tiende a rechazarse, atendido que permitiría la resolución anticipada ante el mero peligro de incumplimiento y no la certeza de la ocurrencia del mismo, relajo en el requisito que acarrearía nefastas consecuencias³.

Yendo a la normativa de la compraventa, podríamos pensar en el art. 1826 inciso cuarto CCCh⁴, que otorga al vendedor el derecho de suspender el cumplimiento de su propia obligación

¹ El artículo 1496 del CCCh dispone: “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1° Al deudor que tenga dicha calidad en un procedimiento concursal de liquidación, o se encuentre en notoria insolvencia y no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización; 2° Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”.

² Además, las excepciones del art. 1496 del CCCh, se han entendido completamente excepcionales y, por lo mismo, de calificación muy estricta.

³ GENICON, THOMAS, *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 232 y 233

⁴ El artículo 1826, inciso 4°, del Código civil dispone “Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”.

de entregar la cosa, cuando la fortuna del comprador haya mermado considerablemente después de la celebración del contrato, mientras el comprador no le dé seguridades del pago del precio, aunque dicha obligación no sea todavía exigible. No cabe duda que estamos ante una disposición que se inspira en el principio de prevenir las consecuencias de incumplimientos futuros; pero que se avizoran ya como una seria posibilidad. Sin embargo, pensamos que por sí sola tampoco permite solucionar el problema, porque su supuesto de aplicación está restringido a una situación de insolvencia, ampara sólo al vendedor y no al comprador⁵; pero sobre todo, porque mantiene a las partes atadas al contrato, sin poder desligarse y buscar la solución con otro proveedor.

Finalmente, tampoco resulta de gran utilidad para el problema planteado la facultad concedida al comprador en el artículo 1872 inciso 2° del CCCh⁶, consistente en retener el pago del precio, en el caso que un tercero reclamara la propiedad del horno que está en proceso de construcción. Aun cuando estuviéramos en un caso en que se cumplieran los supuestos de la norma y pudiéramos aplicarla (que en el ejemplo plantado no ocurre), tampoco nos serviría, porque a lo más conseguiría no empeorar la situación, pero no constituye una solución definitiva al problema.

Situaciones como el caso que hemos planteado no son en absoluto infrecuentes. En la práctica profesional es común que clientes planteen su problema ante contratos celebrados, donde, por diversas circunstancias, han llegado a la convicción, fundada en antecedentes serios, de que su contraparte no cumplirá sus obligaciones programadas para un tiempo futuro. Y si bien al afectado le sería de gran utilidad deshacer el contrato de común acuerdo, el otro contratante se niega a tal solución alegando que si cumplirá; pero se trata de una afirmación basada más en una esperanza que en realidades. O simplemente, no dice nada amparado en la seguridad que todavía ningún incumplimiento puede imputársele.

De todo lo señalado, podemos concluir que, en casos como el planteado, la resolución contractual anticipada es el remedio que mejor satisface el interés del acreedor, presentándose como una solución justa y, sobre todo, eficiente, desde el momento que permite al acreedor poner término a la relación contractual, liberarse de su propia obligación y seguir adelante sin quedar ligado a un contrato del que ya no obtendrá el beneficio esperado. Sin embargo, en el Derecho nacional la regla general en materia de obligaciones que contienen un tiempo para su cumplimiento es que, antes de la llegada del plazo, el deudor no está obligado a cumplir, pues si bien la obligación ha nacido, aún no es exigible. En consecuencia, la primera respuesta es decir que el acreedor no puede anticiparse y debe esperar hasta el vencimiento del término estipulado para solicitar la resolución por incumplimiento⁷.

Frente a este escenario, nos volvemos a preguntar, ¿qué respuesta diferente a esperar el vencimiento del plazo para solicitar la resolución, podemos dar al acreedor, cuando existen serias razones para estimar que su deudor no cumplirá su obligación? ¿podría el acreedor, en determinadas circunstancias, optar por la resolución antes de la llegada del plazo fijado contractualmente para su

⁵ La doctrina no es unánime en su aplicación sólo al vendedor, la profesora LEAL, es partidaria de una ampliación de la hipótesis contemplada en el inciso cuarto del art. 1826 CCCh, al comprador, en los siguientes términos: “Si bien se trata de una excepción que según algunos autores no puede extenderse más allá de lo establecido por el legislador a otros casos y a otros contratos, opinamos que, ya que el contrato de compraventa es un contrato y sinalagmático perfecto, los derechos de una de las partes pueden ser atribuidos a la otra; de lo contrario, pierde la característica de sinalagma, por ende, este derecho del que hasta ahora es sólo titular el vendedor, podría ser un derecho también del comprador en vista de la característica sinalagmática del contrato de compraventa. Todo lo anterior en atención al fundamento ético que informa a esta institución, ya que, como hemos dicho, no es justo que una de las partes se allane a cumplir el contrato cuando existan fundados motivos para presumir que puede perder la prestación por un hecho o falta del deudor. Ver LEAL BARROS, PATRICIA, “La excepción de incumplimiento previsible en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Un estudio comparado con la legislación chilena”, en: MORALES, MARÍA ELISA y MENDOZA, PAMELA (coords.), *Estudios de Derecho Privado II Jornadas nacionales de profesoras de Derecho Privado*, Ed. DER, Santiago, 2020, pp. 457-472.

⁶ El artículo 1872, inciso 2° CCCh dispone: “Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance los resultados del juicio”.

⁷ Por todos, PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp.406 y ss.

cumplimiento?, ¿no sería una decisión racional dar al acreedor la posibilidad de evitar los perjuicios de un incumplimiento inminente?

En el Derecho privado comparado y uniforme, existe una modalidad especial de resolución, denominada resolución por incumplimiento previsible, o resolución por incumplimiento anticipado, que permite al acreedor dar por resuelto un contrato antes de la llegada del plazo, en dos supuestos: cuando no haya dudas que el deudor no ejecutará la prestación en el tiempo debido o, bien, que su inejecución aparezca como muy probable. Se le concibe sí, como una medida de carácter excepcional, ante un justo y fundado temor por parte del acreedor de ver incumplida la prestación.

En general, nuestro sistema legal, no contempla tal modalidad de resolución, y la única excepción es el contrato de compraventa internacional de mercaderías⁸. Esto significa que tanto en las compraventas internas, como en todos los demás contratos, no existe una respuesta del todo satisfactoria para el acreedor, que se enfrenta ante la posibilidad cierta de ser víctima de un incumplimiento previsible.

En los últimos años, ha existido en nuestro medio una importante evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre el modo de entender el incumplimiento y los diversos medios de tutela de que dispone el acreedor⁹. Sin embargo, esta evolución no ha sido homogénea y remedios como la resolución anticipatoria han tenido un menor desarrollo, pese a la atención y preocupación de algunos autores.

Por lo anterior, y a la espera de una reforma legal –de incierta llegada–, nos planteamos proponer una construcción asentada en los textos y en los principios jurisprudenciales vigentes, que posibiliten al acreedor, de cualquier contrato interno, obtener en su beneficio los efectos prácticos propios de una resolución por incumplimiento previsible, para aquellos casos o situaciones en que el Derecho uniforme y comparado ha estimado procedente concederle tal medio de tutela anticipatoria.

Para cumplir esta finalidad, el presente trabajo se articula en tres partes, a saber: la primera, destinada a plantear el problema y acotar los tipos de contratos en que la resolución anticipada cobra importancia práctica; la segunda, dar una breve síntesis de cómo se aborda esta materia en el Derecho comparado; finalmente, se efectuarán propuestas encaminadas a admitir un efecto muy similar a la resolución anticipada, para los casos no solucionados.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción

Los estudios de Derecho comparado sobre la forma de ejercicio de la resolución suelen contraponer dos modelos: el de resolución mediante sentencia judicial y el modelo de resolución mediante declaración de voluntad del acreedor¹⁰.

⁸ El 3 de octubre de 1990 la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, fue promulgada en Chile como ley de la República por el Decreto No. 544 y constituye desde entonces ley especial para los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. El art. 72 de la citada Convención, en su numeral 1), contempla expresamente este tipo de resolución anticipada. “... Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto”.

⁹ Para una visión de esta evolución, puede consultarse FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO y MORA MOSCOSO, PATRICIA, “Evolución de la doctrina y jurisprudencia chilena en materia de incumplimiento contractual y medios de tutela del acreedor”, En Estudios de Derecho privado. En memoria del profesor Nelson Vera Moraga, Carlos Céspedes Director, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2019, pp. 261-309.

¹⁰ SAN MIGUEL PRADERAS, LIS PAULA, “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXIV-IV, Octubre 2011, p.1715, en especial nota n° 107.

A pesar de que desde hace tiempo la idea de exigir sentencia judicial en la resolución contractual viene en retirada, y que el artículo 1489 del CCCh –a diferencia del hoy derogado artículo 1184 del CC francés–, no estableció expresamente su necesidad, nuestra doctrina y jurisprudencia casi unánime entienden que en Chile el sistema es judicial¹¹. Sin embargo, no debemos dejar de recordar que, entre nosotros, tradicionalmente existió una opinión disidente¹², a la que en los últimos años se han unido nuevas voces. Se aboga actualmente por la necesidad de otorgar al acreedor insatisfecho remedios adecuados, pero sobre todo oportunos, para satisfacer sus intereses¹³ y, en este contexto, se ha propuesto admitir la resolución extrajudicial del contrato, aunque el contrato no contemple cláusula resolutoria expresa¹⁴.

En el contexto latinoamericano, destacan las palabras de MÉLICH-ORSINI, quien en su monografía de 1982, dedicada a la resolución contractual, señalaba a propósito de la ruptura unilateral del contrato:

“(…) [E]s innegable que los tribunales han tenido que admitir, en muchos casos, la ruptura unilateral del contrato por obra de la parte inocente que se ha creído autorizada para actuar como si el contrato hubiera quedado resuelto de pleno derecho por el incumplimiento imputado a su contraparte, y a pesar de no poder invocar a su favor ni una cláusula resolutoria expresa, ni una disposición de la ley que la absolviera de la necesidad de acudir al juez”¹⁵.

Por nuestra parte, coincidimos con la necesidad de una resolución extrajudicial, como el hecho que tal mecanismo cobra gran utilidad práctica cuando se requiere una resolución anticipada del contrato. Como lo ha hecho presente la doctrina comparada, obligar al contratante diligente a mantenerse ligado al contrato hasta la fecha en que su contraparte debía cumplir, sin poder desligarse previamente y acudir al mercado a celebrar un negocio de cobertura, le causará importantes perjuicios, que una resolución anticipada y extrajudicial podrían evitar en gran medida.

En consecuencia, la posibilidad de admitir la resolución por incumplimiento previsible, y que idealmente pueda ejercerse de manera extrajudicial, es una discusión pertinente, necesaria y plenamente vigente en Chile. Sin embargo, como hemos señalado, lo que nos interesa abordar en este estudio es el análisis de la resolución anticipada en el Derecho chileno. Obviamente, no desconocemos que su modalidad extrajudicial sería de gran utilidad para el acreedor, pero no es el problema que pretendemos dilucidar.

¹¹ En este sentido señala Elorriaga: “(…) aún cuando el Código no lo dice expresamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han concluido de manera casi uniforme que la resolución del contrato debe ser declarada por sentencia judicial firme o ejecutoriada, y mientras ello no suceda, el contrato sigue vigente y produciendo todos sus derechos y obligaciones. La conclusión se impone nuevamente a partir del tenor literal del artículo 1489, según el cual el acreedor, en caso de incumplimiento podrá “pedir” o la resolución o el cumplimiento forzado; si puede pedirlos es porque el contrato no está resuelto. De modo que en tanto no se estipule expresamente, no existe ni la resolución de pleno derecho, ni la posibilidad de que el acreedor declare resuelto el contrato unilateralmente mediante una comunicación dirigida al deudor”. ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN, “Las dificultades de los remedios por incumplimiento contractual en la experiencia chilena”, en *Nuevos horizontes del Derecho Privado*, MONDACA MIRANDA, ALEXIS y AEDO BARRENA, CRISTIAN (coords.), Librotecnia, Santiago, 2013, p.406, en especial nota n° 30.

¹² ALESSANDRI, ARTURO, *Teoría de las obligaciones*, (versiones de clases de Ramón Latorre), Editorial Zamorano y Caperran, Santiago, 1934, pp. 161 y 162, señala que RUPERTO BAHAMONDES defendió en la cátedra y en los tribunales la opinión que la resolución contemplada en el artículo 1489 del CCCh se produce cuando el contratante diligente decide solicitar la resolución del contrato. Indicaba que al actuar el acreedor de esta forma, él ya ha declarado su voluntad que el contrato se extinga y al Juez únicamente le corresponde dejar constancia que la condición resolutoria operó.

¹³ PIZARRO WILSON, CARLOS, “Hacia un sistema de remedios por incumplimiento contractual”, en *Estudios de Derecho Civil III*, Guzmán Brito, Alejandro (ed.), Legal Publishing, Santiago, 2008., p. 395 y ss.; BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*, en *Estudios de Derecho Civil III*, Guzmán Brito, Alejandro (ed.), Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 403 y ss.

¹⁴ En este sentido PIZARRO WILSON, CARLOS, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en *Ius et Praxis*, v.13, n.1, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2007, pp. 11-28; OLIVA LEAL, NICOLÁS, “Notas para la admisión de la resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia en el Código Civil chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n.34, 2018, pp. 65-98.

¹⁵ MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá-Caracas, 1982, pp. 257-258.

Es también importante acotar que, en la realidad jurídica y práctica el problema no tiene la generalidad y masividad que en un primer momento pudiera pensarse. Fuera de la compraventa internacional de mercadería, donde se contempla expresamente la resolución extrajudicial unilateral anticipada en la Convención de Viena y algunos contratos específicos regulados en nuestro Código civil, que contemplan la facultad de terminación unilateral, como son el contrato mandato (art. 2163 n. 3 y 4 del CCCh), el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2009 del CCCh) e incluso, a lo menos en teoría, el contrato de sociedad (art. 2108 inciso primero del CCCh), la verdad es que en la contratación administrativa y en la gran contratación privada, la resolución anticipada no se presenta como una necesidad apremiante, según se explicará en el apartado siguiente.

2. Tipos de contratos en que se puede presentar el problema

En la contratación administrativa, el art. 13 de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en lo pertinente, dispone:

“Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: [...] b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante [...] d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes. Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas”... Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas”.

Esta disposición regula, la resolución unilateral extrajudicial en la contratación administrativa, en cualquier momento del contrato, fundada en el incumplimiento contractual del concesionario. Se trata de una facultad unilateral conferida a la Administración en virtud de normas expresas del Derecho público¹⁶, que se ejerce mediante un acto administrativo, que obviamente debe ser fundado y basarse en un incumplimiento de entidad suficiente¹⁷. En consecuencia, aunque la Administración se encuentre dotada de esta prerrogativa, debe ejercerla cuando existan motivos graves que justifiquen la resolución¹⁸.

¹⁶ A modo ejemplar, esta es una cláusula tipo, en que se regula la resolución anticipada de un contrato de obra, celebrado entre la Administración y un particular. “11. TÉRMINO ANTICIPADO DEL CONTRATO. La Unidad Técnica podrá poner término unilateral y administrativamente el contrato, en forma anticipada, sin forma de juicio e ipso facto, mediante acto administrativo fundado, en los siguientes casos, que se enuncian a vía enunciativa y ejemplar, sin ser taxativas, y sin perjuicio de las multas e indemnizaciones y demás acciones que procedan. 11.1 Causales de Terminación Anticipada del Contrato: a) Si el Contratista es declarado en quiebra, solicita su quiebra o inicia proposiciones de convenio con sus acreedores; b) Si hay orden de ejecución y embargo de todo o parte de sus bienes; c) Si ha llegado a un arreglo de traspaso de todo o parte de sus bienes en favor de sus acreedores; d) Si ha acordado llevar el Contrato a un comité de inspección de sus acreedores; e) Si el Contratista es una sociedad y va a su liquidación; f) Si al Contratista le fueron protestados documentos comerciales que mantuviere impagos durante 60 días o no fueron debidamente aclarados dentro de dicho plazo; g) Si el Contratista fuere condenado por algún delito que merezca pena afflictiva, o algún socio de una empresa constituida en forma distinta a una sociedad anónima, o si lo fuere, el gerente o alguno de los directores de dicha sociedad anónima; h) Si el Contratista ha hecho abandono de las obras o ha disminuido el ritmo de trabajo a un extremo que, a juicio de la Unidad Técnica, equivalga a un abandono de las mismas; i) Si no ha comenzado las obras dentro de los 15 días corridos siguientes a la entrega del terreno o las ha suspendido por 15 días o más, habiendo requerimiento por escrito de la Unidad Técnica en orden de iniciarla o continuarla sin que el Contratista haya justificado su actitud; j) Si no ha efectuado, dentro de 15 días después de haber sido notificado por escrito por la Unidad Técnica, la remoción y reemplazo de materiales, equipos o personal que hayan sido rechazados; k) Si a juicio de la Unidad Técnica no está ejecutando las obras de acuerdo al Contrato o, en forma reiterada o flagrante, no cumple con las obligaciones estipuladas; l) Si por errores del Contratista las obras que quedaren con defectos graves no pudieren ser reparadas y dichos defectos comprometieren, a juicio de la Unidad Técnica, la seguridad de las obras u obligasen a modificaciones sustanciales del proyecto; m) En caso de muerte del Contratista o socio que implique término de giro de la empresa constructora; n) El incumplimiento del pago de los sueldos, salarios y leyes sociales o el pago de proveedores, a menos que se subsane dicha situación dentro de quinta día desde que le fuera advertido formalmente por la Unidad Técnica; o) Todo otro incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratista; p) Cuando la Unidad Técnica de común acuerdo con el contratista, acuerdan terminar anticipadamente el contrato. En cualquiera de los casos señalados en la presente cláusula, excepto el indicado en la letra p), la Unidad Técnica podrá solicitar la Mandante hacer efectiva la Boleta de garantía que corresponda, sin perjuicio de las multas e indemnizaciones por perjuicios que fueren precedentes”.

¹⁷ Por todos, ver MORAGA KLENNER, CLAUDIO, *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 244 a 246 y 273 a 276.

¹⁸ Como acertadamente señala CARVAJAL, a propósito de la terminación anticipada del contrato de concesión municipal: “(...) Desde

No se trata de una hipótesis de resolución por incumplimiento previsible, por cuanto la disposición del art. 13 de la Ley 19.886 es prístina al exigir que el incumplimiento se haya verificado. Sin embargo, el problema práctico que está llamado a solucionar la resolución anticipada no se presenta en esta clase de contratos, debido a que, como se indicó, la administración dota a sus convenios de especiales cláusulas resolutorias unilaterales, que son de uso extendido en los contratos de construcción de obras públicas. De la lectura de tales causales, se aprecia que, además de tratarse de situaciones de cierta entidad o gravedad, incorporan implícitamente supuestos que darían lugar a una resolución anticipada en el Derecho comparado, por ser patente que el contratista no podrá cumplir con su prestación. Pensemos por ejemplo en la causal de terminación “muerte del contratista o socio que implique término de giro de la empresa constructora”. De concurrir ella, existirá una certeza casi absoluta de que el contratista ya no podrá cumplir en el futuro con el contrato.

A lo anterior se suma un dato importante. Nos referimos a la práctica asentada en la contratación administrativa de proceder a fragmentar la obligación impuesta al privado. Lo usual es que el mandante (entidad pública) transforme la que pudiera ser una obligación instantánea del empresario aunque postergada en el tiempo en una obligación de tracto sucesivo, o mejor aún, la divide en diferentes obligaciones menores, todo dependiendo de cómo se redacte el contrato¹⁹. Así por ejemplo, la obligación de construir un hospital, que es el fin práctico del contrato, no se diseña en el contrato como una obligación única y final para ser instantánea y postergada (se entregará y pagará el hospital funcionando en dos años más), sino que se fracciona en un sinnúmero de obligaciones menores y la obligación correlativa también se va fraccionando mediante estados de pago por avance. Junto a ello, se establece póliza de garantía por la ejecución de obra y los adelantos de dinero. Todo lo anterior, permite un control permanente de la ejecución del contrato y la posibilidad de poner término por incumplimiento presente ante cualquier atraso que permita avizorar que la obligación total no estará cumplida dentro del plazo proyectado.

De esta forma, se evita tener que esperar un incumplimiento total o de gran entidad al finalizar el plazo del contrato, y gracias tanto a las causales de terminación que incorpora como al fraccionamiento de la obligación principal, se pueden poner remedios en las etapas donde el contratante comienza a manifestar una desviación del programa prestacional acordado. Luego, esta modalidad de contratación, impide en los hechos, que el deudor pueda desplegar un comportamiento contrario a los fines prácticos del contrato, cuyos perniciosos efectos se produzcan al finalizar el plazo de ejecución del mismo.

La misma solución práctica precedentemente descrita, ha sido adoptada por la que denominaremos la gran contratación privada, al adoptar en sus contratos similares reglas, y logrando en los hechos los mismos efectos económicos que la resolución anticipada. Evidentemente, acá a diferencia de la contratación administrativa, no existe posibilidad de resolver extrajudicialmente, sin cláusula expresa²⁰.

el punto de vista del derecho público, para la terminación anticipada y unilateral de una concesión municipal no basta con sólo indicar o invocar la causal legal que se estime pertinente, ni la norma legal o contractual de la cual emane la obligación hipotéticamente incumplida. Se debe señalar la gravedad. Pues, de otra forma, el órgano administrativo atendería sólo formalmente al deber de propender al bien común, atropellándose sustancialmente los derechos y garantías del concesionario, lo cual pugna con los artículos 1 inciso cuarto, 7 y 19 N° 21 y N° 24 de la Constitución Política. Desde el punto de vista del derecho privado, la resolución del contrato tiene lugar respecto de obligaciones cuyo incumplimiento rompe el ‘equilibrio’ o ‘equidad’ contractual; al incidir de manera importante en los “fines prácticos” queridos por las partes. Por contraste, la resolución del contrato no puede tener lugar respecto de incumplimientos de poca relevancia, referidos a “minucias”, como es el caso de obligaciones ‘secundarias’ o ‘accesorias’. La terminación unilateral anticipada no puede ser un mecanismo ‘para deshacerse de contratos molestos o meramente inconvenientes’. CARVAJAL, PATRICIO-IGNACIO, “‘Plus est in re quam in existimatione’: La terminación anticipada del contrato de concesión municipal por declaración administrativa unilateral. Aspectos de Derecho Privado y de Derecho Público”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.46, pp. 105-131.

¹⁹ En este sentido, ver PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 347.

²⁰ Se ha propuesto en esta esfera, la incorporación de cláusulas resolutorias que permitan al acreedor declarar resuelto el contrato por medio de una manifestación de voluntad recepticia en tal sentido, una vez constatado el incumplimiento del deudor. Ver KUNKAR ONETO, ANDRÉS, “Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato”, en *Estudios de Derecho Civil*, Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción, (coords.), Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 553-567.

En definitiva, al sacar de la ecuación a las compraventas internacionales de mercaderías, a algunos contratos específicos, a los contratos administrativos y a la gran contratación privada, se reducen los casos; pero obviamente el problema sigue teniendo la gravedad y entidad suficiente para justificar su estudio y propender a una solución jurídica y justa.

III. LA SOLUCIÓN EN EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN

Como se ha venido introduciendo, los instrumentos de Derecho contractual uniforme²¹, regulan una modalidad especial de resolución, denominada resolución por incumplimiento previsible, que contempla la posibilidad que el acreedor pueda resolver el contrato anticipándose al incumplimiento del deudor. Escapa a nuestra intención hacer un análisis detallado de las distintas normativas y sus respectivos comentarios, y como el único de los instrumentos de Derecho uniforme que tiene fuerza normativa entre nosotros es la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG), centraremos nuestro análisis en este último.

El art. 72 de la CISG regula la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento previsible de la otra parte, fijando los presupuestos de procedencia y, al mismo tiempo, estableciendo las consecuencias jurídicas de su realización, en los siguientes términos:

- “1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.
- 2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.
- 3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”²².

Siguiendo a CALVO CARAVACA²³, el art. 72 es un remedio concebido para ser utilizado en verdaderas circunstancias de incumplimiento anticipado y no donde un incumplimiento real ya ha tenido lugar, ya que ese último caso será de aplicación el art.49 y 64 CISG.

EL CITADO ART.72 CISG, exige para que opere la resolución anticipada, la existencia de un peligro para el contrato, el que a su vez, deberá reunir dos requisitos copulativos: (i) ser muy grave y (ii) ser muy previsible.

(i) Que el peligro para el contrato sea grave, se refiere a un incumplimiento esencial del mismo. El concepto de incumplimiento esencial se encuentra definido en el mismo instrumento, en el art. 25: “*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la*

²¹ Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PICC) art. 7.3.3. dispone: “*Incumplimiento anticipado. Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato*”; El Borrador para un marco Común de Referencia (DCFR) el art. III.- 3:504, prescribe: “*Termination for anticipated non-performance. A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental*”.. El art. III.-3:505 del dispone: “*Termination for inadequate assurance of performance. A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time*»; Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) el art. 9°: 3024 señala: “*Anticipatory Non-Performance. Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract.*”; Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea del año 2011 (CESL) el art. 116, dispone: “*Resolución por incumplimiento previsible. El comprador podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el vendedor ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución*”.

²² Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

²³ En este apartado seguimos los comentarios de CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, “(Comentario al) Artículo 72”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1997, pp.569-573.

otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”²⁴.

Para ser calificado de esencial, un incumplimiento ha de ser de cierta índole y peso. Se necesita que la parte perjudicada haya experimentado un menoscabo que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

(ii) Que el peligro del contrato sea muy previsible, significa que el incumplimiento esencial debe ser patente. La expresión patente, exige que exista una base objetiva, una realidad que ponga en evidencia el peligro grave y cierto para el cumplimiento futuro del contrato, es lo que se denomina, juicio sobre la magnitud de la inseguridad contractual.

El art. 72 no especifica qué tipo de obstáculos deben impedir la plena realización del contrato, y caben una variedad de supuestos muy variados: destrucción de la fábrica del vendedor, embargo, huelga, graves alteraciones al orden público, etc.

En todo caso, el aspecto más difícil de interpretar de este artículo, es el de establecer cuál es el grado de certeza exigido, de que producirá un incumplimiento esencial del contrato. Se indica sí que, a diferencia del art. 71 de la Convención, se requiere que no quede la menor duda del riesgo que pende sobre la relación contractual, es lo que se denomina, juicio sobre la probabilidad de la inseguridad contractual. Luego, se dice que no basta una duda razonable sobre el futuro cumplimiento, sino que debe existir una certeza casi absoluta de que ocurrirá el incumplimiento y, conforme al estándar de razonabilidad del artículo 8.2, es necesario que a una persona razonable, en la misma situación y en circunstancias semejantes, no le pasara desapercibido ni le fuera indiferente ese tipo de peligro.

Otros autores²⁵ matizan la idea anterior señalando que, aunque no existe un estándar perfecto para determinar el grado de certeza necesario para anticipar un incumplimiento esencial, debe obviamente existir un alto grado de probabilidad de que el incumplimiento se produzca, pero no se necesita un grado de certeza absoluta ya que el apartado 2º del artículo prevé la posibilidad de que se proporcione una garantía por la parte incumplidora. En todo caso, una sospecha, aunque sea bien fundada, no es suficiente.

Es necesario recordar que los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), al igual que los Principios de UNIDROIT, tratan en dos normas diferentes el problema que la Convención de Viena aborda en una sola, y de esta forma distinguen entre una creencia razonable y una situación evidente o clara. El artículo 8.105 de los PECL (equivalente al artículo 7.3.4 de UNIDROIT) establece que cuando exista una razonable creencia de incumplimiento esencial se podrá exigir garantías de cumplimiento, y de no darse se podrá dar por terminado el contrato. Por su parte, el artículo

²⁴ En el artículo 25 CISG se define la expresión “incumplimiento esencial”, que se utiliza en varias disposiciones de la Convención. El incumplimiento esencial, tal como se define en ese artículo, es un requisito previo para ejercer ciertos recursos con arreglo a la Convención, por ejemplo, el derecho de una parte de declarar resuelto el contrato en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 49 y del apartado a) del párrafo 1 del artículo 64, y el derecho de un comprador a exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de unas no conformes al contrato (párrafo 2 del artículo 46). La expresión también se utiliza en otras disposiciones de la Convención, en relación con la resolución del contrato (véanse el párrafo 2 del artículo 51, el párrafo 1 del artículo 72, y los párrafos 1 y 2 del artículo 73). Un incumplimiento esencial afecta a la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a la transmisión del riesgo (véanse el artículo 70 y el párrafo 13 del capítulo del presente Compendio dedicado al Capítulo IV de la Sección III de la Parte III). En general, en el artículo 25 se traza la línea divisoria entre situaciones que dan lugar a recursos “normales” por incumplimiento de contrato –como daños y perjuicios y reducción de precio– y las que requieren recursos más drásticos, como la resolución del contrato. Ver Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/digest2008/article025.pdf>

²⁵ ESPARZA LASAGA, IÑIGO, “*El incumplimiento previsible del contrato en la Convención de Viena de 1980*”, Trabajo fin de master acceso a la abogacía, dirigida por Iriarte Ángel, José Luis, Universidad Pública de Navarra, 2014, p.30.

9.304 (equivalente al artículo 7.3.4 de UNIDROIT) señala que si resulta evidente que existirá un incumplimiento esencial se podrá resolver el contrato, sin necesidad de exigir previamente garantías de cumplimiento²⁶.

Cumpléndose los requisitos del artículo 72 de la convención, se despliegan las consecuencias jurídicas:

(i) Se resuelve el contrato. Ante tales circunstancias, una parte puede dar por resuelto el contrato, mediante una declaración unilateral y no recepticia. La resolución tiene carácter constitutivo y produce varios efectos tales como que quien realiza la realiza no tiene que esperar al plazo eventualmente fijado para el cumplimiento del contrato, deja de estar obligado a cumplir su parte del contrato y recupera la libertad de disposición para vender las mercancías a un tercero.

(ii) Surge la obligación de notificar dicha resolución. Si hubiere tiempo, la declaración de resolución debe, en principio, ser comunicada al otro contratante, indicando los motivos de la resolución y del temor a que incumpla sus obligaciones. La omisión de este deber, acarrea la obligación de indemnización de daños y perjuicios.

Su finalidad es permitir al otro contratante que ofrezca garantías que no se producirá el incumplimiento esencial del contrato, si acredita la existencia de circunstancias que le permitan cumplirlo u ofrece una garantía. El tipo de seguridad o garantía que deba ofrecerse estará en relación con la prestación contractual que haya de ser protegida. En este caso, restaurada la confianza contractual, se extinguirá el derecho de resolución del contrato.

Existen supuestos en que la mencionada comunicación no es obligatoria. En primer lugar, cuando no hubiere tiempo para notificarla con antelación razonable a la otra parte, es decir, cuando no haya tiempo suficiente –entre el momento que se hace pública la situación de peligro para el contrato y el momento de su cumplimiento– para que la otra parte de seguridad de su ejecución o, simplemente. Tampoco es exigida cuando a la luz de las circunstancias, no sea razonable esta exigencia, si es manifiesta la existencia e inamovilidad del obstáculo que imposibilita el cumplimiento del contrato (destrucción de fábrica, prohibición legal de exportación), en cuyo caso se trataría de una formalidad sin sentido. Finalmente, resulta innecesaria cuando la otra parte hubiera declarado en forma definitiva que no cumplirá sus obligaciones, es decir, debe quedar manifiesto que dicha parte desconoce, “repudia” –en la terminología anglosajona– totalmente el contrato y que no cambiará de opinión, ni lo cumplirá a tiempo. Los comentaristas difieren acerca de si el comportamiento contrario al contrato (por ejemplo, vender la mercadería) puede o no equipararse a la declaración expresa²⁷.

Esta institución también ha sido incorporada en la legislación interna de algunos países. Es el caso de Alemania, parágrafo 323 (4) del BGB²⁸, en el nuevo Código civil argentino, art. 1084 letra e, aunque en su versión restrictiva²⁹. Si bien, no se ha convertido en ley es interesante tener

²⁶ Ver DIEZ-PICAZO, LUIS; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, 2002, pp. 353-355.

²⁷ Al repudio del contrato se asimila la exigencia por parte del deudor para cumplir de contraprestaciones injustificadas, como mejoras o compensaciones posteriores a las que no tiene ningún derecho. Se podrá optar en última instancia, a resolver el contrato, si bien existirá el riesgo de que un tribunal estime que tales pretensiones de la otra parte tenían cierto fundamento, y eventualmente, se condene por incumplimiento contractual a la indemnización de daños y perjuicios a quien resolvió el contrato y denegó el cumplimiento de su prestación. Ver CALVO CARAVACA, ob. cit., pp. 572-573 y nota 24.

²⁸ “El acreedor ya puede resolver antes del vencimiento de la prestación si es manifiesto que se darán los requisitos de la resolución”.

²⁹ ARTICULO 1084.- Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

- a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;
- b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;
- c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;
- d) el incumplimiento es intencional;
- e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

En palabras de FERNÁNDEZ: “Existen a este respecto dos tendencias en el derecho comparado: los países del common law suelen restringir

presente la Propuesta Española para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos³⁰.

La situación del Derecho francés es un caso paradigmático. Siguiendo las palabras de TERRÉ y otros, podemos decir que se estableció como principio pretoriano la resolución extrajudicial, en circunstancia que el antiguo artículo 1804 del *Code* exigía expresamente y sin excepción sentencia judicial. Haciéndose eco de esta nueva tendencia, la *ordonnance* de 2016 confirmó la creación jurisprudencial y doctrinal de la resolución unilateral extrajudicial para determinados supuestos, sin abandonar las modalidades de resolución convencional y judicial³¹.

Pero la resolución anticipada no corrió la misma suerte. Pese al apoyo de un sector doctrinal, a algunos antiguos fallos que le dieron cierto reconocimiento, a estar incorporada en instrumentos del Derecho uniforme y a ser sugerido por el anteproyecto TERRÉ, finalmente no fue admitida en la reforma del año 2016³². Esta decisión no puede sorprender. La falta de una contundente jurisprudencia que avale la institución, unido al hecho de las discusiones al interior de la doctrina sobre la conveniencia o no de su implantación, al punto de no ser pocos los autores que celebraron su exclusión de la reforma, conspiraron contra su reconocimiento.

No obstante lo anterior, el legislador del 2016 sí incorporó un valioso elemento normativo para su futuro desarrollo por la doctrina y jurisprudencia. Nos referimos a la figura del incumplimiento futuro del art. 1220 del *Code*; incumplimiento que si bien hoy en día no está contemplado expresamente para obtener la resolución del contrato, faculta desde ya para impetrar su suspensión.

En cuanto a nosotros, creemos que gran parte de la elaboración de la doctrina francesa sirve de inspiración a nuestra propia propuesta normativa.

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN PARA EL DERECHO NACIONAL

Como indicamos, nuestro Derecho privado interno no contempla la resolución por incumplimiento previsible, ni en el Código civil, ni en el Código de comercio, al menos expresamente. El único caso regulado desde que la CISG es ley de la República, está dado para los contratos de compraventa de mercaderías internacionales, en que concurren las condiciones que determinan su

los remedios propios del incumplimiento anticipado (anticipatory breach) a los casos en los cuales el deudor hubiera repudiado el contrato, ya sea por declaraciones o ya sea por conducta concluyente. En cambio, por ejemplo, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (“CIGS”) recoge un principio más amplio: el incumplimiento anticipado puede configurarse por circunstancias que hagan altamente probable el incumplimiento, aun cuando esas circunstancias no sean reconducibles al deudor (vid. art. 72 de la CIGS).

“El Cód. Civ. y Com. ha seguido la corriente más restrictiva, al menos en sede de resolución contractual bajo la cláusula resolutoria implícita. Así el art. 1084 del Cód. Civ. y Com. califica como esencial al incumplimiento cuando este “[...] ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”, de FERNÁNDEZ, LEONARDO, “Incumplimiento anticipado del contrato. Su relevancia en el contexto de la pandemia”, disponible en <https://westlawchile-cl.dti.sibucsc.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001766dfa63642075162b&docguid=i04CF624286B06C0D8F8DAE66E7FADFDE&hitguid=i04CF624286B06C0D8F8DAE66E7FADFDE&tocguid=&spos=2&epos=2&td=230&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1ACD7B5&searchFrom=&savedSearch=false&context=6&crumb-action=append&> (fecha consulta 16 de diciembre de 2020)

³⁰ La profesora LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA, en este sentido se refiere a la resolución por riesgo patente de incumplimiento, en los siguientes términos: “La Propuesta introduce otra novedad entre los supuestos de resolución por incumplimiento: se trata de la resolución por incumplimiento anticipado. Según lo previsto en el artículo 1200 PMDOC: «También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado». Son casos en los que todavía no se ha producido el incumplimiento, pero existe riesgo de que este se produzca y de que éste, además, tenga carácter esencial. En estos casos, si el acreedor quiere resolver el contrato, previamente tiene que conceder un plazo razonable al deudor para que cumpla u otorgue garantía de que va a cumplir. Transcurrido el plazo, el acreedor puede resolver el contrato. Pues bien, no es necesario otorgar plazo o esperar a que éste transcurra si el deudor ha declarado o declara que no cumplirá. Esta posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento anticipado está claramente inspirada en el artículo 72 CISG, aunque con pequeñas diferencias, pues el texto de la PMDOC establece como requisito general la concesión del plazo al deudor; mientras que la CISG sólo lo prevé en los casos en que «hubiera tiempo para ello». SAN MIGUEL, ob.cit., p. 1714.

³¹ TERRÉ, FRANCOIS, *Droit civil. Les obligations*, 12^a edic., Dalloz, Paris, 2019, p. 863. Ver también FABRE-MAGNAM, MURIEL, *Droit des obligations. 1 Contrat et engagement unilatéral*, 3^a edic., Themis droit, Paris, 2012, pp. 657 y 658.

³² TERRÉ, cit. p. 865.

aplicación, quedando éstos sometidos a sus disposiciones, contenidas en este caso concreto en el art. 72 CISG, con prescindencia del derecho interno que regla sobre la materia (Código de comercio y civil).

Entonces, el derecho interno chileno no contempla la resolución anticipada del contrato, sin perjuicio de normas específicas para algunos contratos y prácticas contractuales, que logran efectos similares, pero en ningún caso idénticos. Queda, entonces, la gran tarea de cómo articular una solución para nuestro Derecho interno.

1. Propuestas de nuestra doctrina

En Chile ha existido cierta preocupación por el problema en estudio, y se han dado diversas propuestas de solución.

CONTARDO, tiene el mérito de haber planteado la posibilidad de admitir una resolución anticipada del contrato, antes de la llegada del plazo suspensivo, en aquellos casos en que el incumplimiento se prevé próximo o inminente. Sustenta su posición, entre muchos otros argumentos, en lo dispuesto en el art. 1826 inc. 4° CCCh, así como en el art. 147 del CCom, los que regulan el derecho del vendedor a suspender su cumplimiento, normas a partir de las cuales estima que sería posible configurar una aceptación de esta modalidad de resolución con caracteres generales³³.

Esta idea, sin duda interesante, presenta similitud a la desarrollada en su momento en España por CLEMENTE MEORO, en su monografía del año 1992, cuando acude a la aplicación analógica del art. 1503 Código civil español (equivalente a nuestro art. 1826)³⁴, y en dicho país

³³ Para más antecedentes, ver CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, “Resolución por incumplimiento. Constitución en mora del deudor. Caducidad legal del plazo. Resolución por incumplimiento previsible. Resolución por pérdida de confianza. Corte Suprema, Primera Sala (Civil), 17 de enero de 2012, rol N° 424-2010, cita Microjuris: MJJ30743”, en *Revista chilena de derecho privado*, (20), pp. 225-228. (En este texto, el autor trata esta materia, a propósito de algunos comentarios de una de la Exma. Corte Suprema, que si bien no fue técnicamente el objeto del debate, era un caso que daba lugar para plantear eventualmente una resolución anticipada); CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “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 chilenos”, en *Compraventa nuevas perspectivas doctrinarias*, Legal Publishing, Santiago, 2015, pp.155-180.

³⁴ MARIO E. CLEMENTE MEORO, expresa: “(...) Pero aún se puede llegar más lejos si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.503 del Código Civil: “Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124”.

El supuesto de hecho del párrafo primero de este precepto es el de una compraventa con precio aplazado en que el vendedor ha entregado el inmueble. Que no ha vencido la obligación de pagar el precio se deduce de su relación con el segundo párrafo: si no hay fundado temor a perder la cosa inmueble vendida y el precio, se aplica el artículo 1.124, en lugar de poder resolver inmediatamente, es decir, hay que esperar al vencimiento y posterior incumplimiento. En consecuencia, el fundado temor a la pérdida de la cosa y el precio faculta para resolver aun antes de que haya vencido la obligación de pagar el precio por existir plazo en beneficio del comprador”.

Luego, el autor se cuestiona: “(...) ¿Cabe obtener del artículo 1.503 del Código civil un principio general conforme al cual cuando un contratante tenga fundado motivo para temer que no recibirá la contraprestación puede resolver inmediatamente, esto es, aun antes de que haya vencido la obligación del otro contratante? Un grave inconveniente al respecto presenta el carácter excepcional que cabe apreciar en el citado precepto. En efecto, el artículo 1.503 no se refiere a cualquier compraventa, sino solamente a la de inmuebles, y puede deducirse de su segundo párrafo que el principio general se encuentra en el artículo 1.124, mientras que la excepción al mismo es la que el propio artículo 1.503-1° se establece. Sin embargo, podemos también preguntarnos qué sentido tiene esperar al vencimiento cuando resulta evidente que la prestación no podrá ejecutarse en el día pactado. Como ya apuntamos, la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación, en buena lógica, extingue la relación obligatoria de manera automática y sin necesidad de instar a la resolución. Igualmente, consideramos que la extinción se produce inmediatamente, esto es, sin necesidad de que venza la obligación. Pues bien, por la misma razón creemos que debe admitirse la inmediata resolución cuando el deudor lleva a cabo un acto que haga imposible el futuro cumplimiento. Si el deudor, por un acto de carácter material –como puede ser la destrucción, consunción o completa transformación de la cosa específica debida–, o por un acto de naturaleza jurídica –como la enajenación de la cosa específica debida–, se pone en situación de no poder cumplir, no creemos que tenga el acreedor que esperar al vencimiento de la obligación del deudor para instar la resolución. Y consideramos que esta solución es particularmente adecuada en el caso de que el acreedor, cuando el deudor se ponga en situación de no poder cumplir, aún no haya cumplido, por no haber vencido su propia obligación. De otra manera, en este último supuesto el acreedor tendría que cumplir y posteriormente demandar la resolución.

Sin embargo, no creemos que nuestro sistema admita la resolución inmediata o anticipada por la “repudiación” del deudor anterior al vencimiento o, lo que sería su equivalente en el Derecho español, por la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento manifestada antes de que su obligación haya vencido. Mientras la ejecución de la prestación sea posible, y no haya vencido la obligación, el acreedor no puede resolver”. CLEMENTE MEORO, MARIO E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 216-218.

autores posteriores han seguido esta misma corriente de pensamiento³⁵.

No obstante, en nuestro caso, la situación es un poco más complicada que en el sistema español, porque entre nosotros no existe una norma semejante al art. 4 número 1° del Código civil español³⁶, que contempla la aplicación analógica, lo que permite a sus autores hacer esta extrapolación con mayor facilidad. En el Derecho civil chileno, por regla general, únicamente está permitida la interpretación analógica y no la aplicación por analogía, salvo situaciones de laguna legal, y por la vía de acudir a la equidad y los principios generales del Derecho.

OCTAVIO FAVERO, en su memoria de licenciado, se plantea una integración convencional de la resolución anticipada por las partes al contrato, mediante la estipulación de un pacto comisorio. En esencia propone:

“En conclusión, lo que se propone es que las partes acuerden que se otorgue el derecho de exigir el cumplimiento forzado o resolución del contrato con indemnización de daños, en el caso de que, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación, fuese evidente que la contraparte no quiere o no puede cumplir con lo prometido. De esta forma, la circunstancia bajo la cual opera el Pacto Comisorio no será el incumplimiento actual de la obligación principal, sino que el evento de un incumplimiento del deber de no repudiar el contrato o de conservar la habilidad para cumplirlo. Las partes deben ser explícitas y claras en la determinación de qué incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato”³⁷.

El problema es que este autor parte de la base que en nuestro sistema no se reconoce la institución del incumplimiento anticipado (salvo en lo que se refiere a la Convención de Viena), y la única forma de obtener efectos semejantes es acudiendo a la figura del pacto comisorio.

Con posterioridad, en la memoria elaborada por FELIPE GONZÁLEZ Y STEPHANO NOVANI, se postula que se podría configurar la resolución anticipada en nuestro sistema, esta vez, al amparo del art. 1482 CCCh, considerando que el incumplimiento constituiría una condición negativa, que podría ser potestativa de parte del deudor o incluso causal, haciendo una suerte de calificación a contrario, calificando a esta condición como cumplida para dar lugar a la resolución del contrato. En este sentido señalan textualmente:

“(…) El incumplimiento se puede entender como una ‘condición negativa potestativa del deudor o causal’. Será condición negativa al tenor del art. 1474, ya que consiste en que no acontezca un evento (cumplimiento); es potestativa en la medida que dependa de la voluntad del deudor (si el incumplimiento llega a ser deliberado) o causal, si es ajeno (de acuerdo a un concepto de incumplimiento objetivo). En ese orden de cosas y de acuerdo al art. 1482, si llega a ser cierto que el deudor no cumplirá, ya sea porque deliberadamente no dará cumplimiento a la obligación o ya es patente que no se podrá

³⁵ Aceptando la aplicación analógica del art. 1503 del Código civil español, AGUSTÍN VIGURÍ PEREA, señala: “(…) En relación a una posible resolución anticipada en el supuesto de que uno de los contratantes tuviera fundados motivos para pensar que el acuerdo pudiese ser incumplido y la prestación realizada pudiera perderse, pensamos que cabe aplicar, por la vía de la analogía, lo dispuesto por el artículo 1503 del Código Civil”. VIGURÍ PEREA, AGUSTÍN, *Los contratos comerciales internacionales. Análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, p. 220. En el mismo sentido, ÁNGEL LÓPEZ, indica: “(…) Por lo que se refiere al tiempo del ejercicio de la acción resolutoria, no está sometida a otro tiempo que al general de la prescripción de las acciones personales, es decir, quince años. Así lo tiene declarado la jurisprudencia. En cuanto a la posibilidad de que se decrete la resolución anticipadamente, cuando se vea por una de las partes, con fundado motivo, el peligro de incumplimiento y de la pérdida de su propia prestación sin obtener el correspondiente, se puede proponer la aplicación analógica del artículo 1.503 del CC”. LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL, “(Comentario al) Artículo 49”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1997, p. 444.

³⁶ El art. 4 número 1° Código civil español, dispone “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

³⁷ FAVERO BANNEN, OCTAVIO, *Integración convencional de la teoría del incumplimiento contractual por repudiación anticipada del contrato*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Reveco Urzúa, Ricardo, Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 124. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116250/De36-DEL%20FAVERO_octavio.pdf?sequence=1.

dar cumplimiento en el tiempo establecido (suponiendo que en el tiempo restante resulte imposible realizar la prestación), debemos entender que la condición negativa se encuentra cumplida. De aceptarse esto, debemos estar de acuerdo en la procedencia de la aplicación del art. 1489, lo que hará procedente solicitar la resolución por incumplimiento, puesto que se habría cumplido la condición resolutoria “de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”³⁸.

Esta última argumentación nos suscita dudas. Otorgarle al incumplimiento, la naturaleza jurídica de una condición resolutoria, parece ir en contra de las nuevas orientaciones, que lo consideran más bien un medio de tutela ante el incumplimiento y cuya inclusión entre las condiciones obedece a razones históricas. Unido a lo anterior, pensamos que fundar una institución como la resolución anticipada del contrato, sólo en el argumento “a contrario” resulta poco convincente³⁹. Finalmente, la doctrina dominante ha señalado que las condiciones negativas, a diferencia de las positivas, solo se consideran fallidas, sin distinción, cuando acaece el hecho en que la condición consiste, y no antes⁴⁰.

Más recientemente, PAMELA PRADO también se ha referido a la posibilidad de dar lugar a una resolución por incumplimiento anticipado a la luz de nuestro Derecho. Plantea que una línea de argumentación para sustentar la procedencia de esta figura, podría ser razonar sobre la base del art. 1546 CCCh, entendiéndose que cuando el deudor declara que no va a cumplir, o lleva a cabo una serie de comportamientos tendientes al incumplimiento, pendiente el plazo suspensivo, habría un comportamiento contrario a la buena fe comercial; sin embargo, estima que este antecedente por sí solo es insuficiente. Postula, que un razonamiento que puede resultar determinante, para dar lugar a la resolución anticipada, es el comportamiento doloso con que el deudor ha obrado a lo largo de la convención, de manera tal que la conducta dolosa desplegada antes del plazo suspensivo, permitiría solicitar calificar la situación como un incumplimiento esencial que habilitaría al acreedor a promover la resolución por incumplimiento, ya que estas conductas dolosas manifestarían de manera patente que el deudor finalmente no va a cumplir. Enfatiza, que reflexiona en torno a una resolución anticipada de contrato, sólo para situaciones graves y completamente excepcionales⁴¹.

2. Nuestra propuesta

Partamos por indicar que en nuestro país un grupo de autores tiene el mérito de hacer patente la importancia que la resolución contractual anticipada tiene para nosotros, así como aportar diferentes elementos normativos y doctrinarios en favor de su acogimiento. Lo anterior, unido al desarrollo de otros principios y decisiones jurisprudenciales, nos permite avanzar hacia una formulación de las bases necesarias para su acogimiento.

En concreto, postulamos que, en determinadas circunstancias y cumpliendo ciertos requisitos, un comportamiento del deudor desplegado en la etapa de ejecución del contrato, que sea incompatible con el vínculo contractual y, a la vez, reñido con la buena fe comercial, configurará

³⁸ GONZÁLEZ LAGOS, FELIPE EDGARDO, y NOVANI CORREA, STEPHANO, *Algunos problemas de la resolución por incumplimiento en la contratación contemporánea*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por Cárdenas Villarreal, Hugo, Universidad de Chile, Santiago, 2016, pp. 92. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140333/lgunos-problemas-de-la-resoluci%C3%B3n-por-incumplimiento-en-la-contrataci%C3%B3n-contempor%C3%A1nea.pdf?sequence=1>

³⁹ Para ver un análisis de las razones que los codificadores decimonónicos tuvieron a la vista para incorporar la facultad resolutoria en la regulación de las condiciones, ver MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA, “La resolución por incumplimiento en la jurisprudencia nacional reciente. Cuestiones problemáticas a la luz del derecho común”, en Céspedes Muñoz, C. (director) *Estudios de Derecho Privado en memoria del profesor Nelson Vera Moraga*, Legal Publishing, Santiago, 2019, pp 236-259. Sin embargo, la autora advierte, que aún existen fallos de nuestros tribunales de justicia en que expresamente se le sigue calificando de condición, modificando su verdadera naturaleza jurídica.

⁴⁰ Por todos, PEÑAILILLO, cit., p. 370.

⁴¹ Para más antecedentes, ver PRADO LÓPEZ, PAMELA, “La resolución anticipada del contrato: Reanudando el debate en torno al incumplimiento doloso”, en: Bahamondes, CLAUDIA; ETCHEVERRY, LEONOR; y PIZARRO, CARLOS (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp. 689-706.

desde ya un incumplimiento sustancial o grave, de carácter actual o presente, lo que permitiría al acreedor diligente ejercer el remedio resolutorio.

En lo que sigue intentaremos justificar esta solución. Para lograrlo, hemos razonado, en base a las siguientes ideas.

a. Su innegable necesidad tanto práctica como de eficiencia económica.

Hay consenso, en la doctrina nacional y extranjera, que éste es uno de los argumentos determinantes para abogar por la adopción de la resolución anticipada o por incumplimiento previsible.

Ilustrativas y aplicables –tributarios como somos del Derecho francés– resultan las palabras de THOMAS GENICON, para quien la resolución anticipada del contrato, es a veces de innegable utilidad y, más precisamente, de notable eficiencia económica. Así, el autor se cuestiona, de qué sirve, de hecho, esperar hasta la fecha de vencimiento del plazo, cuando es seguro que el deudor no cumplirá, esperando lo que sin duda, será la fuente de una pérdida de tiempo y dinero⁴².

Conviene apuntar aquí, que el Derecho está para solucionar problemas y no para hacer subunciones abstractas, lo que no implica en caso alguno desconocer la ley, sino adaptarla e interpretarla conforme a las necesidades sociales⁴³.

b. La buena fe en la etapa de ejecución del contrato como fuente integradora de obligaciones.

En el Derecho chileno, la disposición legal que reconoce con carácter general el principio de la buena fe contractual es conocidamente el art. 1546 CCCh⁴⁴. Nuestra doctrina, ha entendido que la buena fe objetiva establece un modelo de conducta⁴⁵ al que se someten los contratantes, imponiéndoles el deber de lealtad, cooperación y rectitud⁴⁶ en todo el *iter* contractual⁴⁷.

Es en la etapa de ejecución o cumplimiento del contrato donde la buena fe ha tenido un mayor desarrollo por nuestra doctrina y jurisprudencia, precisamente por contener la disposición que la consagra la expresión “ejecutarse de buena fe”. Agrega BOETSCH que en dicha disposición se le ha reconocido a la buena fe su potencialidad jurígena, integrando lagunas contractuales y legales, pero sobre todo –y en lo que nos interesa– creando especiales deberes de conducta para ambas partes de la relación contractual, operando como un patrón de conducta exigible tanto al acreedor, al ejercer sus derechos que emanan del crédito, como al deudor, al cumplir la

⁴² GENICON, ob. cit., p. 229.

⁴³ Al respecto, ilustrativas son las palabras de Adrián Schopf: “La necesidad del derecho de contratos de contar con un instrumento de esa naturaleza radica en la falta de exhaustividad de sus normas, permitiendo la buena fe, primero, morigerar la aplicación puramente formal de la ley cuando en atención a circunstancias particulares esa aplicación lleva a resultados insatisfactorios y, segundo, hacerse cargo de las transformaciones sociales que inciden en la institución del contrato y que resultan imprevisibles para el legislador. La buena fe permite, de esta manera, la aplicación coherente y el desarrollo interno del derecho de contratos, de un modo que resulta consistente con los valores y fines que lo fundan”. SCHOPF OLEA, Adrián, “La buena fe contractual como norma jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 31, 2018, pp. 109.

⁴⁴ El art. 1546 CCCh dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

⁴⁵ Como acertadamente señala Boetsch: “(...) La buena fe, principio de carácter ético-social que como ya vimos alude a los conceptos de lealtad, honradez, fidelidad y rectitud, etc., adquiere, en materia negocial, una de sus manifestaciones más fuertes, pues se nos presenta como un modelo de conducta que las partes deben seguir durante toda la vida del negocio, expandiendo su aplicación incluso a las etapas preparatorias o preliminares del contrato y también una vez concluido éste, influyendo a su vez de manera determinante en la interpretación del negocio”. BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 109.

⁴⁶ “Este modelo o estándar de conducta es aquel del *contratante leal y honesto*, el que esencialmente implica honrar la confianza que supone la especial relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato, de modo de no comportarse abusivamente y no defraudar las legítimas expectativas de comportamiento de la parte contraria, en atención a la finalidad económica o el propósito práctico que subyace a la convención. SCHOPF, ob. cit, pp. 114-115.

⁴⁷ Sobre la buena fe objetiva, LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, T.II, vol. I, edit. Jurídica, Santiago, reimpresión 2003, n° 1662, p. 384 y ss. Este autor se refiere a las distintas manifestaciones de la buena fe en el *iter* contractual.

prestación debida. Para ambas partes del contrato pueden *surgir ciertos deberes, que encuentran su fundamento en la buena fe*⁴⁸. Más adelante, citando a Saavedra, señala un catálogo de manifestaciones de la buena fe en la ejecución de los contratos, de las que destacamos el deber de cada una de las partes de *realizar el deber contractual de la otra o de evitar causarle daño y la obligación de informar cualquier circunstancia sobrevenida que la contraparte no haya podido conocer*⁴⁹.

c.- La inobservancia de las obligaciones de lealtad, cooperación e información, integradas al contrato por la buena fe, pueden constituir un incumplimiento resolutorio

El autor antes citado agrega que la buena fe, como principio general de Derecho, es una real norma dispositiva, y por lo tanto, por sí misma, tiene la denominada “potencialidad jurídica” que le permite imponer obligaciones a los particulares, *las cuales son plenamente exigibles*⁵⁰. Si alguna duda cupiera, el art. 1546 CCCh es prístino al expresar que los contratos “*obligan so sólo a lo que en ellos se expresa*”, ampliando de manera expresa las obligaciones contenidas en un contrato. En consecuencia, es claro que las obligaciones que nacen de la buena fe contractual no son meros deberes de orden moral, sino que poseen una real entidad jurídica, sea que se sitúe a la buena fe como principio general del Derecho o, bien, en su calidad de norma positiva⁵¹.

Luego, de todo lo dicho, podemos concluir que la violación de los deberes que impone en cada contrato la buena fe, entre ellos los de lealtad, cooperación e información, importan incumplimiento del contrato mismo, y atendida su gravedad, puede dar lugar a su resolución.

En palabras de CONTARDO:

“... [L]a buena fe en su función integradora del contrato, cual es el sentido más propio del art. 1546, permite configurar el denominado incumplimiento «resolutorio» o «esencial»...”⁵²

Tal conclusión, ha sido avalada por nuestra jurisprudencia, al sostener que a pesar de que no existan obligaciones explícitas en un contrato, la buena fe podría configurar los deberes más allá de la mera literalidad del texto⁵³. Demostrativo de esta corriente jurisprudencial es la sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de noviembre de 2014, cuyo su considerando duodécimo señaló:

“Que, en efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil los contratos deben *ejecutarse de buena fe* y obligan, por tanto, no solamente a lo que en ellos se expresa sino a lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, disposición con la que encuentra asidero la teoría de la integración contractual, sustentada por la doctrina moderna, destacando el pensamiento del jurista italiano E.B., quien postula que *la ejecución del contrato de buena fe impone, no sólo un deber de lealtad y corrección sino que la necesidad de cooperación recíproca en que se encuentran ambos contratantes*, encontrándose facultado el juez para encontrar en el vínculo contractual obligaciones no expresadas y que encuentran su fuente en la buena fe, lo que se extiende al período anterior al perfeccionamiento de la convención en la etapa de formación del consentimiento... *Sobre esta base pudiera configurarse un incumplimiento de obligación que,*

⁴⁸ Por todos, BOETSCH, ob.cit., p. 146.

⁴⁹ Idem, p. 147, nota 242. El énfasis es nuestro.

⁵⁰ El énfasis es nuestro.

⁵¹ BOETSCH, ob. cit., p. 148.

⁵² CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, “Buena fe y resolución de contratos por incumplimiento”, en *La buena fe y la jurisprudencia. Comentario y análisis de sentencias*, Retamales M., Silvia y Guevara P., Valentina (coords.), San Martín Neira, Lilian C. (Editora), Legal Publishing, Santiago, 2015, pp. 88.

⁵³ Este fenómeno jurisprudencial, ha sido explicado por el profesor Hernán Corral, quien lo denomina, “extensión vertical de la buena fe”. Para más antecedentes, ver CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado*, n°. 12-13, enero-diciembre, 2007, pp. 143-177.

*según lo establece el artículo 1489 del Código Civil, autorizaría a la contraparte de la infractora en el contrato bilateral a perseverar en el contrato o demandar su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios...*⁵⁴.

En consecuencia, de infringirse las obligaciones de cooperación, información y lealtad, integradas al contrato por la buena fe, surgirá *una responsabilidad de carácter contractual*, plenamente exigible y atendida su gravedad permitirá la resolución contractual⁵⁵.

Llegados a este punto, a nuestro entender, si el deudor tiene una imposibilidad para cumplir, encontrándose pendiente el plazo para que su obligación sea exigible, tiene la obligación de comunicar lealmente tal circunstancia a su acreedor, y de no hacerlo, su conducta constituiría un incumplimiento esencial o resolutorio, que permitiría al acreedor ejercitar la acción resolutoria por un incumplimiento actual.

d.- El declarar o demostrar un comportamiento contrario al cumplimiento futuro de una obligación, constituye de por sí incumplimiento actual

Siguiendo a GENICON, y a la doctrina que cita, podemos indicar que la resolución anticipada es procedente en todos los casos en que el deudor de la obligación a plazo adopta un comportamiento contrario al vínculo contractual. Así, si el deudor declara que no ejecutará sus obligaciones, ya violó el contrato, y como bien señaló la sentencia de casación de 4 de enero de 1927, en tal situación ya es inútil interponer la correspondiente demanda.

También puede suceder que el deudor no efectuó dicha declaración, pero deliberadamente adopte un comportamiento que haga imposible que en el futuro pueda cumplir con su obligación. En este caso estamos igualmente ante un incumplimiento que habilita para demandar la resolución contractual. Para ello se tiene presente la obligación que pesa sobre las partes de ejecutar el contrato de buena fe. Se dice que si en virtud del contrato se asume una obligación para ejecutarla en un tiempo futuro, en el intervalo entre la celebración del contrato y la ejecución de la prestación existe implícitamente el compromiso de no hacer nada que perjudique a la otra parte o que sea incompatible con el vínculo contractual. En palabras de ROUJOU DE BOUBÉE, *“tout contract comporte (...), pour chacune des parties, l’obligation s’abstenir de tout comportement incompatible avec l’exécution du contrat”*⁵⁶.

Desde un punto de vista teórico, esta explicación resulta satisfactoria a GENICON, a pesar de las críticas de las que fue objeto. Por un lado, la resolución por inejecución se funda en la violación de una obligación impuesta a los contratantes por el principio de la buena fe contractual, y por tanto, en un incumplimiento del contrato; por otro lado, esta solución permite un acogimiento inmediato de la resolución anticipada del contrato, a lo menos en ciertas hipótesis⁵⁷.

Una construcción de esta naturaleza es plenamente aplicable entre nosotros. En consecuencia, es factible en nuestro sistema solicitar la resolución de un contrato, no ya por el incumplimiento grave y previsible que se avizora en el futuro, sino por la actuación presente del deudor, que declara que no va a cumplir o efectúa un comportamiento que lo coloca en la imposibilidad de cumplir la prestación, y con ello incumple su deber de ejecución de buena fe del contrato. Igual regla deberá aplicarse en aquellos casos en que por cualquier circunstancia, y

⁵⁴ Corte Suprema, 2 de noviembre de 2014, rol16602-2013 (casación), disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/tapia-berrios-juan-luis-542235638> (fecha consulta 17 diciembre 2020). Lo resaltado es nuestro. Hacemos dos observaciones. Si bien, en el fallo la buena fe se ubica en la etapa de formación del contrato, las ideas expuestas son plenamente aplicables a infracción durante la ejecución del convenio. En segundo lugar, la sentencia rechazó el recurso de casación, porque el actor en lugar de solicitar la resolución o el cumplimiento, demandó indemnización de perjuicios por actuación dolosa, y no se dio por acreditado el dolo.

⁵⁵ BOETSCH, ob. cit. pp. 150-151. El énfasis es nuestro.

⁵⁶ GENICON, ob. cit. p. 229. Nota 155.

⁵⁷ GENICON, ob. cit. pp. 230-231.

atendido el caso concreto, resultará evidente para cualquier persona razonable o diligente que la ejecución de la prestación no podrá realizarse.

e. El deber de mitigar el daño

Consiste en el deber de la víctima de impedir el agravamiento del perjuicio, ya sea que el daño tenga su origen en un incumplimiento contractual o en un ilícito civil⁵⁸. Este deber ha sido explícitamente reconocido en instrumentos de Derecho uniforme⁵⁹, constituyendo en los usos y principios generales de Derecho internacional y que forman parte de la denominada *lex mercatoria*, una cuestión admitida.

En Chile no existe norma expresa que contemple el deber de mitigar el daño, en términos generales⁶⁰. Excede con creces al propósito de este trabajo, abordar las discusiones sobre su admisión en nuestro medio, pero sí se dirá que la doctrina en general lo admite, por diversos fundamentos técnicos tales como entender a este deber como un problema de concurrencia causal, de conculpabilidad del acreedor, en el principio de la buena fe y también se ha entendido que su fundamento inmediato se encuentra en la exigencia del daño directo⁶¹.

Pensamos que es perfectamente posible imponer al acreedor la adopción de medidas mitigativas útiles y razonablemente exigibles, atendiendo al modelo del buen padre de familia y, además, teniendo siempre presente que el alcance de este esfuerzo debe medirse con flexibilidad, sin ser riguroso en la conducta exigida al acreedor, sin olvidar que ha sido él la víctima del incumplimiento.

En el caso que nos convoca, PIZARRO, a propósito del análisis de cómo opera el deber de mitigar el daño a cargo del acreedor, ha señalado que se exige que el acreedor actúe de manera oportuna y rápida, dejando abierta la interrogante sobre *la posibilidad de reacción del acreedor con anterioridad al incumplimiento existiendo certeza que no se ejecutará la obligación* en los términos convenidos, explicando que a diferencia del Derecho inglés, el Derecho estadounidense impulsa al acreedor a la operación de reemplazo aún antes del incumplimiento⁶².

En verdad, el acreedor no sólo puede, sino que debe mitigar su daño y si existen fundamentos ciertos del incumplimiento de su deudor, no resulta razonable que opte por la inactividad esperando una cascada de perjuicios, sino por el contrario, debe actuar con celeridad desligándose del contrato y acudiendo a un negocio de cobertura.

f.- Posible aplicación analógica del art. 72 de la Convención de Viena

⁵⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°5, 2005, pp. 82.

⁵⁹ Art. 9:505 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, art. 167 del Código Europeo de Contratos (Pavia), art. 7-4-8.1 de los Principios de Unidroit y art. 75 y 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías o Convención de Viena.

⁶⁰ En materia de seguros, aunque el art. 556 N° 4 del Código de comercio, impone al asegurado la obligación de tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos”.

⁶¹ En Chile, entre los autores que remarcan esta limitación del daño indemnizable, por nombrar sólo algunos, tenemos, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, año (2005), 73-95; CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, LegalPublishing & Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 383; VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”, en GUZMÁN, ALEJANDRO (Editor científico), *Estudios de Derecho civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 429-456; FUENTES GUÍÑEZ, RODRIGO, “El deber de evitar o mitigar el daño”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, n. 217-218, (2005), pp. 223-248; SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico comparado*, Universidad Externado de Colombia 2012; PIZARRO WILSON, CARLOS, “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI* (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre), pp. 69-82, ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE, *La Responsabilidad Contractual*, Ediciones UC, diciembre 2018, pág. 519, y HERMOSILLA ESTAY, PAOLA y REYES ESPEJO, RAMÓN, *El deber de mitigar el daño en la responsabilidad contractual chilena*, memoria de prueba, Santiago, 2013.

⁶² PIZARRO WILSON, CARLOS, “Contra el fatalismo del perjuicio: A propósito del deber de mitigar el daño”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.41, 2013, p. 80.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, fue promulgada en Chile como ley de la República el 3 de octubre de 1990, y, como se ha indicado, en su art. 72 regula la resolución del contrato por incumplimiento previsible, razón por la cual la resolución anticipada está consagrada en nuestro sistema, pero para un contrato específico, la compraventa de mercaderías y, cuando su ámbito territorial es internacional. Las necesidades económicas y de seguridad en los negocios, presentes en la regulación de la Convención de Viena y que dieron lugar a la resolución anticipatoria, se reclaman también en la contratación interna, puesto que resulta injustificada esa diferencia de regímenes.

Refuerza la idea anterior, el hecho de cumplirse con los requisitos típicos de la aplicación analógica, esto es, un caso jurídicamente relevante que no se encuentra regulado (la resolución anticipatoria en la contratación interna); un caso similar que si está previsto y regulado por la ley (El artículo 72 de la Convención de Viena); semejanza relevante entre ambos casos, y, finalmente, razón de justicia o de otra índole que aconseje al caso no previsto, la regulación del caso previsto

Tenemos claro que este planteamiento puede resultar objetable, en especial atendida la discusión acerca de si la aplicación analógica requiere un texto expreso que lo autorice, al estilo del artículo 4. n. 1 del Código civil español (a diferencia del texto chileno que nada dice), o no es necesario. Pero no es menos cierto que nuestra jurisprudencia ha aceptado anteriormente casos de integración, acudiendo a los principios generales del Derecho y la equidad. Si bien la laguna existente puede no ser de naturaleza legal, claramente sería axiológica, lo que ameritaría de todas formas la integración propuesta. Por lo demás, se trata de un argumento de refuerzo, que viene a confirmar los expuestos anteriormente.

3. Cómo operaría en la práctica nuestra propuesta

Desarrolladas las ideas que fundamentan la resolución anticipatoria, corresponde esbozar brevemente la actuación que, a nuestro entender, debería adoptar el acreedor, ante antecedentes verídicos y graves de un futuro incumplimiento.

Adoptar un procedimiento adecuado para estos casos no es baladí. Incluso entre los partidarios de la resolución anticipada, se tiene presente sus peligros, en especial cuando la resolución será de naturaleza extrajudicial, que van desde una falsa resolución que oculta más bien una pérdida de interés en el contrato, a una excesiva flexibilización de sus requisitos, que termine finalmente perjudicando al propio acreedor, al ser la decisión bajo su riesgo y peligro, si el deudor llega a demostrar que sí estaba en condiciones de cumplir.

1.- En primer lugar, el acreedor debe analizar si los antecedentes que obran en su poder permiten concluir conforme al modelo de nuestro buen padre de familia que existe una certeza absoluta o al menos una alta probabilidad (y no meramente una duda o creencia razonable) de que se producirá un incumplimiento sustancial. Obviamente, la declaración del deudor contraria a la ejecución del contrato disipará toda su duda sobre su efectividad, y solo quedará pendiente calificar el carácter de tal incumplimiento, como grave o sustancial. En el caso de comportamientos del deudor contrarios al vínculo contractual o sucesos externos (embargos, paralización de la empresa, actos de autoridad) el análisis y calificación para cada caso concreto resultará sumamente importante.

2.- Fuera de los casos de expresa declaración del deudor a incumplir una obligación sustancial, corresponde que el acreedor comunique y transparente a su deudor los antecedentes que permiten adelantar un futuro incumplimiento de su parte. En base a ello, le solicitará en un plazo razonable explicaciones y seguridades de que sí cumplirá la obligación contraída en tiempo y forma.

3.- Ante este requerimiento, el deudor puede adoptar posiblemente tres actitudes diferentes:

- (i) Asegurar que va a cumplir y dar garantías concretas.
- (ii) Asegurar que cumplirá pero sostenerse solo en su afirmación o en antecedentes insuficientes para desvirtuar el peligro de incumplimiento.
- (iii) No decir nada o tener una actitud evasiva.

4.- En los dos últimos casos, el acreedor estará en condiciones de comunicar su decisión de resolver, atendida que la actitud del deudor es grave, contraria a la buena fe y constitutiva de incumplimiento contractual. En el mundo de los negocios se requiere actuar en base a confianzas y si el acreedor ha tenido el cuidado de comunicar y transparentar los antecedentes que permiten fundadamente estimar un incumplimiento futuro, corresponde al deudor, de igual forma y en base a los deberes que impone la buena fe contractual, entre ellos los de lealtad, cooperación y comunicación, responder en forma seria y fundada.

5.- Respecto a la forma en que el acreedor, debería efectuar la comunicación al deudor, atendido a que el contrato no ha previsto ni detallado la forma en que deberá efectuarse, corresponderá a la buena fe en su función integradora o creadora de deberes especiales de conducta, suplir el vacío. Pensamos que la comunicación deberá ir dirigida al deudor, por un medio idóneo y expedito. En todo caso, cuando en el contrato se ha previsto una forma de comunicación por un medio electrónico (vgr. correo electrónico) se facilitará esta comunicación.

6.- No obstante las ventajas que presenta la modalidad extrajudicial, al punto de indicarse que es bajo ella que la resolución anticipada adquiere realmente utilidad, somos de la opinión que en nuestro medio, salvo excepciones, como sería declaración expresa del deudor de no cumplir el contrato, se necesitará demandar judicialmente.

Lo anterior, por diversas razones. En primer lugar, la resolución extrajudicial no es todavía una modalidad resolutoria aceptada entre nosotros, para los casos que los contratos carezcan de pacto comisorio. En segundo lugar, si existen prestaciones entregadas previamente al deudor, deberá instar por su restitución, caso en el cual deberá acudir necesariamente a tribunales, sea para demandar directamente la restitución o interponerla conjuntamente con la acción de resolución. En tercer lugar, porque alegará un incumplimiento actual y no futuro (sin perjuicio de aludir a este último), lo que permite al tribunal desde ya analizar la situación planteada. En cuarto lugar, porque de esta forma aminora el riesgo de que el deudor posteriormente efectúe diversas alegaciones contrarias a la resolución, como sería que la comunicación resolutoria no llegó a sus manos o que entregó seguridades adecuadas de cumplimiento y el acreedor las desechó injustificadamente.

V. CONCLUSIÓN

- 1.- En el Derecho interno chileno no está recogida la institución de la resolución anticipatoria.
- 2.- Su utilidad práctica es evidente, a pesar de que en algunos contratos existen instituciones que cumplen similares efectos.
- 3.- Para lograr su recepción en Chile, a la espera de una eventual reforma legal, se debe realizar una construcción argumentativa a partir de las normas y principios doctrinales y jurisprudenciales vigentes. Para estos efectos, se acude a la buena fe contractual en su función integradora de obligaciones de lealtad, cooperación y comunicación entre las partes, cuyo incumplimiento por parte del deudor, ante el requerimiento del acreedor por fundados temores de un incumplimiento

futuro de las obligaciones del contrato, da lugar a la resolución del mismo. De esta forma, el fundamento de la resolución no sería el incumplimiento futuro que se teme, sino la actual y grave violación de las obligaciones que la buena fe incorporó al contrato.

- 4.- A lo anterior, se une como argumentos de refuerzos la evidente necesidad económica y jurídica de su acogimiento, unido al deber de mitigar el daño por parte del acreedor ante un futuro incumplimiento, que le impide quedarse en la inactividad, y la aplicación analógica de las normas de la Convención de Viena.