

NOTAS PARA LA ADMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL POR DECLARACIÓN UNILATERAL Y RECEPCIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

NOTES FOR THE ADMISSION OF THE EXTRAJUDICIAL RESOLUTION BY MEANS OF A DECLARATION THAT IS UNILATERAL IN NATURE AND REQUIRES COMMUNICATION AND RECEIPT TO BECOME EFFECTIVE INTO THE CHILEAN CIVIL CODE

NICOLÁS MAURICIO OLIVA LEAL*
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

ARTÍCULO PUBLICADO POR HABER OBTENIDO PRIMER LUGAR EN CONGRESO REGIONAL ESTUDIANTIL DE DERECHO CIVIL, AÑO 2018, ORGANIZADO POR ALUMNOS DE GRUPO INTERMEDIO IURA NOVIT DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: La dispersa y precaria reglamentación de la resolución por incumplimiento, sumada a la pretendida hegemonía que nuestra doctrina y jurisprudencia atribuyen al ejercicio judicial de la resolución, no armoniza con las actuales condiciones del tráfico jurídico. Los costos, falencias y discusiones asociados a dicho modelo, provocan que, lejos de dar tranquilidad al acreedor, sólo obtenga un pesar de incertidumbres mientras espera el resultado del juicio. Otras tantas desgracias sobrevienen al

ABSTRACT: *The disperse and precarious regulations of the termination due to breach, together with the alleged hegemony that our doctrine and precedent attribute to the judicial exercise of the resolution, are not compatible with the current state of legal transactions. In point of fact, far from reassuring the creditor, the costs, shortcomings and discussions associated to said approach actually cause the creditor to experience uncertainty whilst awaiting for the resolution of the trial. Another hardship experienced by the*

* Egresado (2017), alumno ayudante de la cátedra de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, U. Católica de la Santísima Concepción; correo postal: Salas 445, departamento 1411, Concepción, Chile; correo electrónico: noliva@derecho.ucec.cl.

Abreviaturas: BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch*; CC: Código Civil; CCo: Código de Comercio; CCyCo: Código Civil y Comercial argentino; CESL: *Common European Sales Law*; CPC: Código de Procedimiento Civil chileno; CVCIM: Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; DCFR: *Draft Common Frame of Reference*; LAPU: Ley N° 18.101, sobre arrendamientos de predios urbanos; PECL: *Principles of European Contracts Law*; PICC: *Unidroid Principles of international commercial contracts*; PLDC: Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos; PMDOC = Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos al código civil español; ULIS = *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*.

acreedor que, creyendo reforzar su crédito estipulando una cláusula de resolución automática, descubre que sólo conculcó su derecho de opción, empeorando la tutela de su derecho de crédito. Por ello, en este trabajo se postularán algunas ideas encaminadas a admitir, en nuestro Código Civil, el modelo de resolución por declaración unilateral y recepticia (o por cuenta y riesgo del acreedor).

creditor occurs when attempting to build up the credit by stipulating a clause for an automatic termination of the contract, only to later find out that the right of option has been infringed, thus jeopardising the protection of the creditor's credit claim. On the grounds of the hereby presented facts, this paper puts forward a few ideas which have the purpose of admitting the model of a resolution by means of a declaration that is unilateral in nature and requires communication and receipt to become effective (or at the creditor's own risk and responsibility), into our Civil Code.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento contractual, resolución extrajudicial, resolución unilateral, derecho de desistimiento, extinción unilateral del contrato, cláusula de resolución automática.

KEY WORDS: *Breach of contract, extrajudicial resolution, unilateral resolution, right of withdrawal, unilateral contract termination, automatic termination of contract clause.*

I. INTRODUCCIÓN

La resolución por incumplimiento de un contrato sinalagmático es una de las materias que más controversias provoca en el Derecho de Obligaciones. Las discusiones son tantas, que podemos atestiguar que ellas abarcan todos los aspectos de la resolución, desde su naturaleza jurídica y fundamento¹; pasando por todos y cada uno de sus requisitos de procedencia²; la producción de sus efectos *ex tunc* o *ex nunc*³; su reglamentación especial en diversos contratos⁴; su coordinación con otras figuras, tales como la acción redhibitoria⁵, la acción indemnizatoria⁶ y la

¹ Sobre el particular, v.: FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 292-301; Rivera, José, *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, memoria para optar al grado de doctor, dirigida por Anguita, Luis, Universidad Complutense de Madrid, España, 2015, pp. 44-108.

² Para una exposición de los requisitos en la doctrina tradicional y reciente, v.: CONTARDO, Juan Ignacio, *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2015, pp. 193-216; y, MEJÍAS, Claudia, "El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil", en: DE LA MAZA, Iñigo (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 171-212.

³ Sobre las críticas al efecto retroactivo de la resolución, v.: BÉCAR, Emilio, "Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato", en: *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 2, Santiago, 2010, pp. 133-152; PIZARRO, Carlos, "Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual", en: ELORRIAGA, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2012, pp. 449-460; MEJÍAS, Claudia, "Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución", en: *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, Talca, 2016, pp. 295-306; PANTALEÓN, Fernando, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, fascículo 4º, Madrid, 1993, p. 1734. Este último autor indica que "no puede quedar lugar a dudas sobre que la resolución no afecta, por ejemplo, a las estipulaciones contractuales relativas a solución de conflictos, o que disciplinan los derechos y deberes de las partes en caso de resolución...". En este sentido, v.: art. 1230 CC francés; art. 1078(h) CCyCo argentino; art. 1202 PMDOC; art. 81.1 CVCIM; art. 99 PLDC; art. 9:305(2) PECL; art. 7.3.5(3) PICC; art. III.3:509(2) DCFR; art. 8(1) CESL.

⁴ *Vid.*: en la donación entre vivos (arts. 1426, 1427 y 1432 CC), en la compraventa (arts. 1826, 1832, 1833, 1834, 1873, 1875 y 1876 CC), en el arrendamiento de cosas (arts. 1925, 1926, 1938, 1939, 1977, 1978, 1979 CC), en la confección de una obra material (art. 1999 CC), en la sociedad (art. 2101 CC), sin perjuicio de los preceptos que reglamentan al pacto comisorio, la cláusula resolutoria en las asignaciones modales y la acción redhibitoria.

⁵ Acerca de la coordinación entre la acción resolutoria y redhibitoria, y, en particular, sobre la doctrina del *aliud pro alio*, v.: CAPRILE, Bruno, "Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad en el derecho privado", en: CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 640-649; DE LA MAZA, Iñigo, "El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa", en: *Revista chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012, pp. 638-644. Respecto a la naturaleza jurídica de la acción redhibitoria, v.: LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el código civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?", en: *Revista chilena de Derecho*, Vol. 44, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2017, pp. 423-459; FENOY, Nieves, *Falta de conformidad del objeto, modelo de compraventa y sistema de acciones. Evolución del ordenamiento español*, tesis doctoral bajo la dirección de MORALES, Antonio, Universidad Autónoma de Madrid, España, 1993, pp. 163-241.

⁶ El principal problema consiste en determinar si el acreedor que resuelve el contrato tiene o no derecho al resarcimiento de perjuicios (v. gr.: § 325 BGB que, en su texto previo a la reforma de 2002, establecía una incompatibilidad entre ambos remedios), y, en caso de tenerlo, determinar cuál es el *interés contractual* que se le debe indemnizar; sobre el particular, v.: CONTARDO, Juan Ignacio, "Los criterios de interés

cláusula penal⁷); su aplicación en caso de cumplimientos imperfectos (cumplimiento parcial y retardo en la ejecución)⁸, entre otros problemas⁹, y, por supuesto, el asunto que nos convoca: los modelos de ejercicio de la resolución por incumplimiento.

El tema ha recibido varias denominaciones: modalidades¹⁰, clases¹¹, tipos¹² o modelos¹³ de resolución, o, más descriptivamente, modo en que opera¹⁴, formas de actuación¹⁵, de ejercicio¹⁶ o de hacer valer la resolución¹⁷. Generalmente, la mayoría de los textos legales contemplan (al menos implícitamente) dos grandes modelos o formas de ejercicio del remedio resolutorio: (i) una judicial, mediante la interposición de la acción resolutoria¹⁸, y, (ii) otra extrajudicial, que puede tener lugar por medio de una declaración unilateral y recepticia del acreedor, o, incluso, en forma automática por el solo hecho de sobrevenir un incumplimiento.

Previo al estudio de dichos modelos, debemos hacer una breve referencia a las fuentes que determinan la forma de ejercicio de la facultad resolutoria. Por un lado, tenemos la *f fuente legal* (art. 1489 CC), que concede al acreedor perjudicado por el incumplimiento un *ius electionis* o derecho de opción entre diversos medios de tutela del crédito, uno de los cuales, es la resolución. Por otro lado, está la *f fuente convencional*, basada en el principio de la libertad contractual, en virtud del cual los contratantes son libres de fijar el contenido interno del contrato, añadiendo los pactos o cláusulas que estimen pertinentes, respetando los límites impuestos por la ley, el orden público, la

contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, N° 1, pp. 85-118; CONTARDO, Juan Ignacio, “Indemnización...” cit. (n° 2), pp. 299-334; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 725-727; MORALES, Antonio, “Evolución del concepto de obligación en el Derecho Español”, en MORALES, Antonio, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 43-44; PANTALEÓN, Fernando, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 42, fascículo 4º, Madrid, 1989, pp. 1143-1168.

⁷ Acerca del problema de determinar si el efecto retroactivo de la resolución alcanza o no a la cláusula penal, v.: CORRAL, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 253-274; MEJÍAS, Claudia, “Una revisión crítica...” cit. (n° 3), pp. 298-302. Sobre su compatibilidad en la resolución *ex nunc* (terminación) de un contrato de arrendamiento, v. *Jorge Tordecillas Puentes con Lino Ponce Ibarra* (SCA de San Miguel, 18.05.2018, rol N° 1677-2017), considerando 16º.

⁸ *Vid.*: DIEZ-PICAZO, Luis, “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, fascículo 2º, Madrid, 1969, pp. 383 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 712-715. También, v.: § 323(5) BGB; arts. 1083 y 1088(a) CCyCo argentino; art. 1604 inc. 2 CC de Quebec; art. 9:301(2) en relación con el art. 8:106(3) PECL; art. 7.3.1(3) PICC; arts. 92 y 95 PLDC; y, art. 1200 PMDOC. El tema se relaciona con la gravedad del incumplimiento como requisito fundamental de la resolución.

⁹ Otros problemas serán referenciados más adelante. Sobre el anacronismo de nuestra reglamentación de la resolución y la necesidad de reforma, v. PEÑAILILLO, Daniel, “La reforma del Código Civil francés en Derecho de Obligaciones, y el Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007, p. 244-246; PEÑAILILLO, Daniel, “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 231-232, año LXXX, Concepción, 2012, p. 7-60.

¹⁰ TORRES, Miguel, “Pacto comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria”, en: *Revista Ius et Veritas*, N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, pp. 62 y ss.; RONQUILLO, Jimmy, “La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013, pp. 360-361.

¹¹ Fueyo, Fernando, *ob. cit.* (n° 1), pp. 314 y ss.

¹² PIZARRO, Carlos, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, t. XXXVI, Valparaíso, 2011, p. 132.

¹³ CÁRDENAS, Hugo, y REVECO, Ricardo, *Remedios Contractuales*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018, pp. 323 y ss.; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial: modelos de derecho comparado y evolución del derecho español*, trabajo presentado para la obtención del grado de doctor, dirigida por MORALES, Antonio, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2003, pp. 3-4; PALADINI, Mauro, “Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento”, en *Revista IUSTA*, N° 30, Vol. 1, Bogotá, 2009, p. 132.

¹⁴ GREGORACI, Beatriz, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 28.

¹⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los Contratos, t. I: Parte General*, 4ª ed., Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997, pp. 623-624.

¹⁶ CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39, Valparaíso, 2012, pp. 69-70, nota n° 36; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 722; PEÑAILILLO, Daniel, “Algunas reformas...” cit. (n° 9), p. 33; VIDAL, Álvaro, “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en PIZARRO, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 349 y 368.

¹⁷ BARROS BOURIE, Enrique, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en: GUZMÁN, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 423; MORALES, Antonio, “Evolución...” cit. (n° 6), p. 46.

¹⁸ Además de la acción resolutoria, la resolución judicial puede tener lugar por medio de la acción comisorio, exclusiva del pacto comisorio típico, que presenta importantes diferencias con la acción resolutoria: un plazo de prescripción inferior, que se cuenta desde la fecha del acto o contrato; además, en el pacto “calificado”, el deudor puede pagar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, enervando la resolución.

moral y las buenas costumbres¹⁹, y, los exigidos por la buena fe (art. 1546 CC). En nuestro medio, no obstante no indicarlo de forma expresa el art. 1489 CC, se ha entendido –en forma casi unánime– que la facultad resolutoria de fuente legal sólo puede ejercerse judicialmente. Entonces, para su ejercicio extrajudicial, se requerirá siempre de una estipulación expresa de los contratantes, es decir, se exige de fuente convencional. Esta visión tan limitada de la resolución por inejecución que tiene nuestra doctrina y jurisprudencia, es paulatinamente abandonada en Derecho Comparado y en los instrumentos de *Soft Law*. Por ello, pretendemos dar algunas propuestas de relectura de varios textos del Código Civil, con la finalidad de desincentivar el uso de la resolución automática, por un lado, y motivar la admisión de la resolución unilateral recepticia, por el otro.

Por ello, en lo que sigue, revisaremos brevemente las falencias del ejercicio judicial de la resolución (II); continuando con la exposición del modelo extrajudicial (III), en el cual distinguiremos entre la resolución automática o *ipso facto* (§ 1) y la resolución unilateral por declaración recepticia del acreedor (§ 2). Luego de reseñados los diversos modelos de ejercicio del remedio resolutorio, nos referiremos a la posibilidad de admitir la resolución por declaración unilateral y recepticia en nuestro Código Civil (IV). Finalmente, consignaremos nuestras conclusiones (V).

II. EJERCICIO JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN

La resolución provocada a través del ejercicio de la acción resolutoria es el modelo tradicional entre las codificaciones decimonónicas seguidoras del sistema francés de resolución judicial, entre las cuales se cuenta nuestro Código Civil.

A diferencia del antiguo art. 1184 CC francés²⁰, nuestro art. 1489 CC no exige expresamente la presencia de un juez o tribunal que decrete la resolución. Sin embargo, tanto doctrina y jurisprudencia²¹ han entendido que la resolución requiere declaración judicial, esgrimiendo como argumentos la historia de la ley²² y las expresiones “*pero en tal caso*”²³ y “*pedir*”²⁴ que utilizó don Andrés Bello en la redacción de nuestra llamada condición resolutoria tácita o sobreentendida.

En este modelo, el rol del juez es controlar *ex ante* que el acreedor no abuse del remedio resolutorio, verificando que se den los supuestos que dan lugar a la resolución²⁵. Esta sería la principal ventaja de la resolución por declaración judicial.

¹⁹ Se refieren a estos límites, entre otros, los arts. 1461 inc. final, 1467 inc. 2, 1475, 1478 y 1887 CC chileno. Iguales límites reconocen los arts. 1518, 1524 y 1532 CC colombiano; arts. 6, 1255 y 1275 CC español; arts. 6, 1102 y 1162 CC francés; arts. 6 y 1133 CC de Luxemburgo; arts. 6 y 1133 CC belga; art. 1332 CC italiano; arts. 12, 279, 386, 958, 1004 y 1014 CCyCo argentino; art. V, 1354, 1355 y 1356 CC peruano; art. 1:102 PECL; art. 5 PLDC; art. 1237 PMDOC. Acerca de éstos límites en legislaciones orientales, v. LÓPEZ, Jorge, *Los Contratos, Parte General*, 5ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 214, nota n° 404.

²⁰ También hacen expresa referencia al ejercicio judicial de la resolución, entre otros, el art. 1124 CC español; art. 1431 CC uruguayo; art. 1184 CC de Luxemburgo y art. 1184 CC belga.

²¹ *Vid.*: jurisprudencia del art. 1489 CC en *Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias*, t. V, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 160 y 161.

²² En este sentido, Arturo ALESSANDRI señala que “[l]a historia fidedigna del establecimiento del artículo 1489 corrobora ampliamente la doctrina sustentada; este artículo es una reproducción casi literal del artículo 1184 del C. francés, y en él se dispone expresamente que la resolución no se produce de pleno derecho, sino en virtud de una sentencia judicial; lo único que ha hecho el legislador chileno es dar a esta disposición una forma más elegante, pero en el fondo es igual”, ALESSANDRI, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda, Santiago, 1988, p. 199.

²³ La voz “*pero*” importa contraposición con la idea anteriormente expresada: la reglamentación de la condición resolutoria ordinaria, la cual opera de pleno derecho; *cfr.*: *Ibidem* y CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Vol. X, De las Obligaciones*, Ed. Nascimento, Santiago, 1936, pp. 176-177.

²⁴ La palabra “*pedir*” se explica en el sentido que, como al acreedor aún le es posible pedir el cumplimiento, ello es porque el contrato no se resolvió de pleno derecho; *cfr.*: ABELIUK, René, *Las Obligaciones*, t. I, 6ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 658; CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit.* (nº. 23), p. 176; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil, 2º año, 1ª parte: De las obligaciones en general*, 4ª ed., Ed. Nascimento, Santiago, 1932, p. 135-136.

²⁵ SAN MIGUEL, Lis Paula, “La modernización del Derecho de Obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno”, en: *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 156.

Sin embargo, este modelo resolutorio no está exento de problemas.

Algunos de ellos son los aparejados a todo proceso judicial, tales como, los gastos económicos, la duración del procedimiento ordinario y su fácil dilación. A éstos, debemos agregar otros problemas netamente jurídicos, los cuales sólo aumentan la incertidumbre del acreedor; así, por ejemplo, doctrina y jurisprudencia tienen vacilaciones sobre si, el deudor demandado, en caso de incumplimientos recíprocos, puede atajar la resolución oponiendo la excepción de contrato no cumplido²⁶ o alegando una compensación o purga de la mora²⁷⁻²⁸; tampoco hay acuerdo sobre si, en la cesión o legado del crédito, se entiende incluida la acción resolutoria, por lo que el demandado podría alegar la falta de legitimación activa del actor²⁹; o, también, la falta de consenso acerca del momento en que se produce la resolución³⁰, lo cual repercute

²⁶ Sobre la *exceptio non adimpleti contractus* y su relación con la resolución por inejecución, v.: ALCALDE, Enrique, “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido”, en: *Revista Actualidad Jurídica*, N° 8, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004, pp. 68-82; CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 53-93; MEJÍAS, Claudia, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013, pp. 389-412.

²⁷ Sobre la situación en que ambos contratantes incumplidores ejercitan la acción resolutoria y los criterios que debe tener en cuenta el juez para decidir cuál derecho debe prevalecer, v.: DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...* *cit.* (n° 8), vol. II, p. 721. Para un caso que resolvieron nuestros tribunales, v.: *Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas. Código civil y leyes complementarias*, t. VII, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 368.

²⁸ Nuestra jurisprudencia, en una primera etapa, sostenía la improcedencia de la resolución en caso de incumplimiento o mora de los dos contratantes [cfr.: *Repertorio, ob. cit.* (n° 21), t. V, p. 156]. Con posterioridad, se ha sostenido que, en caso de incumplimientos recíprocos, existe una laguna jurídica, y, como ninguno de los contratantes está dispuesto a cumplir el contrato, procede la resolución, pero sin indemnización de perjuicios [v.: sentencias citadas en ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 657, nota n° 702]. En este último sentido, se agrega, como fundamento a favor de la procedencia de la resolución, el carácter temporal de la obligación, cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 414-415.

Otra alternativa, postulada en Derecho Comparado, es que, en caso de incumplimientos recíprocos, habría un mutuo disenso tácito de los contratantes, cfr.: CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 70-72.

Por nuestra parte, creemos que la resolución procede perfectamente en caso de incumplimiento recíproco, sin necesidad de recurrir a la artimaña de la laguna legal. Estimamos que todo se debe a un problema de comprensión de los requisitos de la resolución, cuestión que, una vez despejada, permite aceptarla sin trabas. En primer lugar, la mora no es un requisito de la resolución, por lo que el demandado no podrá oponer la purga o compensación de moras (la cual sólo tiene por función enervar la pretensión indemnizatoria, ex art. 1552 CC). En segundo lugar, estimamos que tampoco es requisito de la resolución que el acreedor haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación, en consecuencia, la excepción de contrato no cumplido tampoco es apta para enervar la resolución; la *exceptio non adimpleti contractus* sólo paraliza o suspende la pretensión de cumplimiento, más no la resolución (advertimos que, en todo caso, su función aún es discutida). Por lo anterior, en los casos de incumplimiento recíproco, cualquiera de las partes podrá liberarse del contrato, extinguiendo la relación obligatoria, por medio del ejercicio de la resolución, haciéndose las restituciones que correspondan. Sobre el rechazo a la indemnización de perjuicios en los incumplimientos recíprocos, no es esta la ocasión de tratar el tema en detalle, sólo me limitare a señalar que la mora debe restringirse a ser un requisito de la indemnización “moratoria”, por lo que, la compensación de moras (art. 1552 CC) sólo cancela los daños provocados por el retardo “moroso”. En conclusión, entendidos de esta forma los requisitos de la resolución (esto es, sin confundirlos o asimilarlos con los presupuestos de los demás remedios, y, comprendiendo que el incumplimiento resolutorio es un hecho objetivo o neutro) nunca se dará aquella nefasta situación de dos partes eternamente atadas (a lo menos hasta opere la prescripción) a un contrato que no pretenden cumplir.

En sentido similar al aquí planteado, v.: AGUAD, Alejandra, “Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 9-28; CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 53-93; MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 29-36; VIDAL, Álvaro, “El incumplimiento...” *cit.* (n° 16), pp. 351-352; YÚSARI, Tarek, *Los remedios contractuales frente al incumplimiento recíproco del contrato bilateral*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por PIZARRO, Carlos, Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp.153-220. También, v.: art. 97(2) PLDC. Acerca de lo dicho sobre la función de la mora, v.: ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. II, pp. 1000-1001 y 1009-1010; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *ob. cit.* (n° 24), pp. 65-67; y, en particular, por su directa relación con el caso de incumplimientos recíprocos, v.: CAPRILE, Bruno, “Algunos problemas...” *cit.*, (n° 16), pp. 88-90.

²⁹ Para un escueto resumen de la discusión sobre su transferencia y transmisión, v.: OLIVA, Nicolás, *Las cláusulas resolutorias. Sobre la validez o ineficacia de las cláusulas resolutorias en el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos*, tesina para optar al egreso de la carrera de Licenciatura en Derecho, dirigida por BARDISA, Carolina, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, 2017, pp. 32-33.

³⁰ El problema consiste en determinar si la sentencia que decreta la resolución es declarativa de una resolución ya producida (al momento de la notificación de la demanda), o es constitutiva de la extinción del contrato.

Si bien hoy parece existir mayor consenso en que la sentencia es declarativa [cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, “Algunas reformas...” *cit.* (n° 9), p. 37], ello no es compartido por todos. Así, Christophe PAULIN, en el derecho francés, indica que la resolución resulta de la decisión judicial, no de la voluntad del acreedor [citado por SAN MIGUEL, Lis Paula, “La modernización...” *cit.* (n° 25), p. 157, nota n° 153]. También, han sostenido que la sentencia es constitutiva, entre otros: SANABRIA, Arturo, “La resolución en el derecho colombiano”, en: GAITÁN, José. y MANTILLA, Fabricio (directores), *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del derecho comparado*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 162; FORNO, Hugo, “La resolución por incumplimiento”, en: DE LA PUENTE, Manuel y MUÑOZ, Jorge, *Temas de Derecho Contractual*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 107.

Nuestros tribunales han resuelto que: “como la resolución del contrato no se produce mientras no es declarada por sentencia judicial, el deudor puede pagar la obligación impidiendo la resolución hasta el momento en que se dicte la sentencia respectiva”, en: *Agrícola y Comercial Chileno con Bocaz Contreras* (SCA de Chillán, 14.11.2008, rol N° 212-2008), considerando 4°. También, se ha fallado que: “...en tanto no se hubiera dictado sentencia, el contrato de compraventa de la *litis* subsistía, por lo que la demandada de autos podía enervar la acción resolutoria enderezada en su contra, pagando lo adeudado. Entenderlo de otra manera, sería igual a considerar que la sentencia tiene el carácter de una

en otras materias³¹, tales como la posibilidad del deudor de cumplir su obligación durante el desarrollo del juicio (mediante la excepción de pago, *ex art. 310 CPC*)³², o, en la posibilidad del acreedor de ejercer su *ius variandi*³³ una vez elegido uno de los remedios contractuales. A todo ello, sumémosle que la jurisprudencia sigue exigiendo culpa y mora del deudor, y que el acreedor cumpla o esté llano a cumplir su propia obligación, como requisitos de operatividad de la resolución³⁴.

Por los problemas y trabas indicados, creemos que es necesario que junto al modelo judicial subsista otro modelo, de carácter extrajudicial, que satisfaga de mejor manera los intereses del acreedor que opta por desligarse del contrato.

III. EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN

En su sentido natural y obvio, la voz “*extrajudicial*” designa aquello “que se hace o trata

mera declaración de certeza y, según ya se ha visto, ello no es así”, en: *Emden Blumer con Ivanyi Gaspar* (SCS, 14.01.2010, rol 5431-2008), considerando 11°. Además, v.: *Repertorio, ob. cit. (n° 21)*, t. V, pp. 162-163.

El problema se acentúa en el pacto comisorio calificado típico, que concede al deudor un plazo de 24 horas para pagar. Transcurrido dicho plazo sin cumplir ¿cuándo se produce la resolución? Sobre las alternativas posibles, v. PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit. (n° 28)*, p. 423; y, con mención de los autores de cada postura: *Repertorio, ob. cit. (n° 27)*, t. VII, p. 389, en nota n° 2.

³¹ Cfr. SAN MIGUEL, Lis Paula, “La modernización...” *cit. (n° 25)*, pp. 164 a 166. La autora española agrega la facultad del juez de otorgar un plazo de gracia al deudor para que cumpla, existente en el antiguo art. 1184 CC francés y en el art. 1124 CC español. En nuestro CC, en cambio, no tiene el juez tal facultad, por la regla del art. 1494 CC, según la cual el juez no puede señalar plazo para el cumplimiento, salvo en los casos especiales que la ley designe, cfr. CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit. (n° 23)*, p. 180.

³² La doctrina y jurisprudencia tradicional sostenían que el deudor podía cumplir su obligación mientras la resolución no era declarada por el juez, en los momentos que indica el art. 310 CPC. En este sentido, ABELIUK, René, *ob. cit. (n° 24)*, t. I, p. 659; ALESSANDRI, Arturo, *Teoría... cit. (n° 22)*, p. 200; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *ob. cit. (n° 24)*, p. 136; CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit. (n° 23)*, p. 209. En todo caso, esta doctrina reconoce como excepción la estipulación del pacto comisorio calificado típico (*ex art. 1879 CC*), pues, con tal cláusula, el deudor sólo podría pagar el precio dentro las 24 horas siguientes a la notificación judicial de la demanda; de esta forma, queda limitado su derecho a pagar durante el desarrollo del juicio, cfr.: CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit. (n° 23)*, p. 207-210. Para jurisprudencia que sigue esta postura, v.: *supra*, nota n° 30.

La postura tradicional puede deberse a su devoción por la doctrina francesa anterior al *Code*. En este sentido, Joseph POTHIER, en su *Traité du contrat de vente*, indicaba que: “Por derecho romano la rescisión del contrato en virtud del pacto comisorio se verificaba de pleno derecho, si el comprador no pagaba dentro del término convenido; de suerte que no podía el comprador impedir la rescisión cualesquiera que fuesen los ofrecimientos de pago que hiciese después de espirado el plazo. [...] Según nuestra jurisprudencia la falta de pago dentro el tiempo prefijado no rescinde de pleno derecho la venta celebrada con el pacto comisorio; solo compete al vendedor en tal caso una acción para pedir la rescisión del contrato, la cual no se verifica hasta que se haya dado la sentencia declarándole rescindido. Podrá pues el comprador antes de la sentencia, por más que haya espirado el plazo impedir la rescisión del contrato ofreciendo debidamente el precio”. POTHIER, Joseph, *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Imprenta y Lit. de J. Roger, Barcelona, 1841, N° 460, p. 233.

En contra: BARROS BOURIE, Enrique, “Finalidad...” *cit. (n° 17)*, pp. 425-426; GALAZ, Sergio, “¿Puede el deudor demandado enervar la acción resolutoria, pagando?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 12, Concepción, 2004, pp. 111-127; PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit. (n° 28)*, pp. 416-418. La jurisprudencia mayoritaria reciente se inclina por esta última doctrina [v. OLIVA, Nicolás, *ob. cit. (n° 29)*, p. 34]. También, es útil recordar la postura, en ese entonces minoritaria, de don Ruperto BAHAMONTE, quien sostenía que la resolución se produce al solicitarse, limitándose la sentencia judicial a constatar la resolución ya producida, lo que tendría como consecuencia que el pago posterior a la solicitud del acreedor no enervaría la acción resolutoria; cfr.: ABELIUK, René, *ob. cit. (n° 24)*, t. I, p. 657, nota n° 704.

En todo caso, aún aparecen fallos que aceptan el pago durante el juicio; v.: *Martínez Morales Bernardo con Dávila Díaz Juan Carlos* (SCA de Arica, 27.06.2018, rol N° 169-2017, civil).

³³ Es el llamado “derecho de mudar de pretensión”, cfr.: SÁNCHEZ, Julio y TINTI, Guillermo, “El pacto comisorio. Su consideración en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, en el Código Civil y en los proyectos de reforma”, en: MOISSET, Luis (editor), *Homenaje a los congresos de Derecho civil*, t. II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2009, p. 1220.

Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria postula que es posible desistirse de la acción resolutoria y luego pretender el cumplimiento forzado y viceversa. En este sentido: ABELIUK, René, *ob. cit. (n° 24)*, t. I, p. 670; Fueyo, Fernando, *ob. cit. (n° 1)*, pp. 312 a 314; PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit. (n° 28)*, pp. 432 y 433; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *ob. cit. (n° 24)*, p. 136-137. Además, v.: *Repertorio, ob. cit. (n° 21)*, t. V, pp. 157-158 y *Repertorio, ob. cit. (n° 27)*, t. VII, pp. 289-290 y 364. Una opinión aislada sostiene que el art. 1489 CC otorga un derecho alternativo sujeto a preclusión, por lo que si se opta por el cumplimiento se extingue el derecho a pedir la resolución (y viceversa). Solicitar una y otra cosa, aun subsidiariamente, es un contrasentido, pues no se puede optar por ambas a la vez, cfr.: RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 236 y 237.

La cuestión es diferente en Derecho Comparado: v. *gr.*: art. 1453 CC italiano; art. 1124 inc. 2° CC español, a *contrario sensu*; art. 725 CC paraguay; art. 568 inc. 2 CC boliviano; arts. 1078 e), f), g) y 1085 CCyCo argentino y art. 1204 inc. 4 del anterior CC argentino; preceptos que establecen que demandado el cumplimiento, el acreedor aún tiene el remedio resolutorio, pero, una vez solicitada la resolución, pierde la facultad de desistirse y pedir el cumplimiento.

Como explican unos comentaristas del anterior CC argentino, “la demanda [de resolución] extingue la relación, por lo que no parece lógico que el deudor quede sujeto a las variaciones del interés del acreedor, quien al tiempo de decidir su voluntad a resolver, debe ponderar plenamente las drásticas consecuencias que ello implica”, PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Vol. 2: Cumplimiento, tutela satisfactiva, conservatoria, resolutoria y resarcitoria del crédito. Teoría general del incumplimiento obligacional*, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999, p. 268.

³⁴ *Vid.*: OLIVA, Nicolás, *ob. cit. (n° 29)*, pp. 27-28.

fuera de la vía judicial³⁵”. La resolución extrajudicial se puede provocar por, al menos, dos mecanismos: (§1) la extinción automática del contrato por haberse incumplido la obligación precisada en un pacto que previó tal efecto, y, (§ 2) la extinción del contrato provocada por una declaración unilateral y recepticia del acreedor.

§ 1. Resolución automática o *ipso facto* por el hecho del incumplimiento

Esta forma de operar la resolución tiene aplicación por medio de la estipulación contractual denominada “pacto comisorio calificado atípico³⁶”, en virtud del cual, en caso de incumplimiento de la obligación especificada en el pacto, el contrato quedará resuelto automáticamente, sin necesidad de declaración del acreedor o del tribunal. La resolución, por tanto, “opera *ope legis*, al margen de la voluntad de las partes³⁷”.

La expresión “*automática*”, de entre sus varias acepciones, tiene dos que nos interesan para una mejor comprensión de este pacto: (i) “dicho de un mecanismo: que funciona en todo o en parte por sí solo³⁸”, y, (ii) aquello “producido sin necesidad de la intervención directa del interesado³⁹”. La aclaración es necesaria, porque, lo que caracteriza a este modelo resolutorio, es la extinción del contrato con prescindencia de la elección del acreedor; ella se produce *ipso facto* por el hecho del incumplimiento fijado en la cláusula. Como se entenderá, este efecto automático de la resolución del contrato es el generador de graves y variados problemas.

En primer lugar, se ha sostenido, que la naturaleza jurídica del pacto es la de una condición resolutoria ordinaria, debido a que la resolución en virtud de esta estipulación opera “de pleno derecho” por el mero incumplimiento⁴⁰.

Luego, se agrega que sería una condición potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, y, como sabemos, nuestro art. 1478 inc. 1 CC declara nula tal condición. En todo caso, tal afirmación ha sido refutada: se trataría de una condición consistente en un hecho

³⁵ ALEMANY, José, *Nuevo diccionario ilustrado Sopena de la lengua española*, Ed. Ramón Sopena S.A, Barcelona, 1967, p. 482.

³⁶ El adjetivo “atípico” lo usamos en contraposición al pacto comisorio reglamentado (típico) en los arts. 1877 a 1880 CC, el cual es de necesario ejercicio judicial (*ex art.* 1879 CC). No pretendemos ni nos es posible exponer aquí la reglamentación y problemas del pacto comisorio típico. Sobre el particular, v.: ALESSANDRI, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta, t. II, vol. 1º*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 457-513; MEJIAS, Claudia y SEVERIN, Gonzalo, “La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX, N° 2, Valdivia, 2017, pp. 87-109; PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), pp. 419-428.

Por nuestra parte, creemos que la expresión “pacto comisorio” debe reservarse exclusivamente para el pacto típico. Los atípicos simplemente no son pactos comisórios, son cláusulas resolutorias (en un sentido amplio) o cláusulas de resolución por incumplimiento. Lo anterior, lo proponemos para evitar confusiones y discusiones sobre la pretendida extensión por analogía de las reglas de los primeros a los segundos, sobre todo teniendo presente su defectuosa reglamentación y su carácter de excepcional (en varias materias) a las reglas generales de la resolución por incumplimiento. Además, el nombre “pacto comisorio” es equivoco, pues, puede referirse tanto a aquella cláusula de resolución *ipso facto* por incumplimiento del contrato, como al pacto por el cual un acreedor prendario o hipotecario adquiere de pleno derecho el dominio del bien empeñado o hipotecado, por no cumplir el deudor principal la obligación garantizada con dichos bienes (incluso, en el Derecho español, admite una tercera acepción: el comiso del censo enfiteutico, *ex arts.* 1648 a 1650 CC español, *cfr.*: MOLL DE ALBA, Chantal, “El pacto comisorio en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho vLex*, N° 10, Ed. vLex, España, 2003). Por último, la palabra “comisorio” no explica satisfactoriamente la función de tal estipulación. Por todo ello, creemos que, en los casos en que –por ausencia de una reglamentación legal– prima la autonomía privada, debe abandonarse el nombre de pacto comisorio; se tratará de pactos o cláusulas innominadas y atípicas, por lo que, de darle un nombre, que sea uno que no lleve aparejado tantos problemas como los dados por el pacto comisorio. En un sentido similar: ÁLVAREZ CID, Carlos, “¿El pacto comisorio simple no es más que la condición resolutoria tácita expresada?”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (COORD.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 451 y 453; y, MOLINA, Rafner, “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 88-89.

³⁷ SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), p. 29. En contra, podrá sostenerse que no opera con prescindencia de la voluntad de las partes, pues fueron ellas quienes, en su tiempo, así lo estipularon y previeron la situación que se produciría, *cfr.*: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), p. 427.

³⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario del español jurídico*, dirigido por MUÑOZ, Santiago, Ed. Espasa, Madrid, 2016.

³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, Ed. Espasa, Madrid, 2014.

⁴⁰ Así: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Extinción... cit.* (n° 33), p. 245; ÁLVAREZ CID, Carlos, *ob. cit.* (n° 36), p. 452. En contra: ALESSANDRI, Arturo, *Teoría... cit.* (n° 22), p. 203; BOTTESELLE, Andrea, “El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 90-91. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en varias ocasiones, a calificado tal cláusula como una condición resolutoria expresa, *cfr.*: GREGORACI, Beatriz, *ob. cit.* (n° 14), pp. 28-29, en nota n° 4.

voluntario (el incumplimiento), y que, por tanto, es una condición válida, conforme al art. 1478 inc. 2 CC⁴¹.

En tercer lugar, como la resolución opera con prescindencia de la voluntad del acreedor, es correcto decir que éste carece del *ius electionis*. Por ello, perseverar en el contrato le estaría vedado, pues el solo incumplimiento provocó el efecto liberatorio de la resolución, extinguiendo, en consecuencia, las obligaciones que emanaban del contrato. Por tanto, el pacto comisorio calificado atípico importa una renuncia a la pretensión de cumplimiento⁴² y a la acción resolutoria⁴³.

En cuarto lugar, se ha controvertido si el acreedor puede renunciar a la resolución ya producida. El argumento de texto a favor de la renuncia es el art. 1487 CC, pero la aplicación de tal precepto a la resolución por incumplimiento es discutible⁴⁴.

En quinto lugar, si luego del incumplimiento (*ergo*, luego de la resolución), los contratantes continuaron con la ejecución del contrato, surge la interrogante de determinar la naturaleza jurídica de aquella relación (*cuasi*)contractual⁴⁵.

Por último, se ha controvertido el carácter automático de la resolución⁴⁶. En este sentido, nuestra jurisprudencia en varias ocasiones ha resuelto que, no obstante la estipulación de un pacto comisorio *ipso facto*, el acreedor debe necesariamente optar por la resolución y comunicárselo a su deudor, aduciendo los siguientes argumentos: i) históricamente, la resolución por *lex commissoria*

⁴¹ Cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), pp. 426-427, en especial, nota n° 783, donde expone agudos argumentos en contra de la pretendida nulidad de tal estipulación. En el mismo sentido, Pizarro, Carlos, "Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno", en: De la Maza, Iñigo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico, III: Temas de Contratos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p. 253.

⁴² Así: PIZARRO, Carlos, "Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos tan cerca", en Domínguez, Carmen *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 363-364; PIZARRO, Carlos, "Comentarios de jurisprudencia. Pacto comisorio calificado. Necesidad de un acto recepticio por el acreedor (Corte Suprema, 21 de enero de 2013, rol 5504-2011)", en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013, p. 341; implícitamente, PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), p. 427, en nota n° 784.

En contra: CLARO SOLAR, Luis, *ob. cit.* (n° 23), p. 207-210. El autor señala que, las expresiones utilizadas en el pacto (de pleno derecho, sin sentencia, sin requerimiento, etcétera) son cláusulas manifiestamente conminatorias. Ellas no modifican los derechos que esencial y naturalmente emanan del contrato; por lo que no privan al acreedor de su derecho a la ejecución efectiva del contrato. Por su parte, MEJIAS, Claudia y SEVERIN, Gonzalo, *ob. cit.* (n° 36), pp. 106-107, sostienen que, "toda obligación presupone un vínculo jurídico, siendo inherente a él la posibilidad del acreedor de exigir el cumplimiento de la prestación. Su fundamento radica en el contrato válidamente celebrado, en particular, en el derecho que aquel crea para el acreedor. Su renuncia, al momento de contratar, implica que ese derecho no nace, y, al mismo tiempo y necesariamente, que no exista la obligación correlativa. [...] Si no existe obligación, no podemos hablar de incumplimiento, que es presupuesto fundamental para que pueda operar cualquier mecanismo de tutela". También, ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 667; RUZ, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil, t. II, Obligaciones*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 209-210.

⁴³ En *Banco Security con Sociedad de Transportes San Marcos* (SCS, 09.12.2008, rol N° 5821-2007), la Corte Suprema resolvió que la estipulación de un pacto comisorio calificado no impide que el acreedor diligente pueda ejercer la acción resolutoria que nace del art. 1489 CC. Sin embargo, en este caso la Corte cometió una impropiedad en la calificación del pacto: lo estipulado por las partes no fue una cláusula de resolución *ipso facto*, sino una cláusula resolutoria con acto recepticio, pues, para que operara la resolución, las partes establecieron como mecanismo de operatividad el envío de una carta certificada o entregada por notario comunicando la resolución.

⁴⁴ Cfr.: PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones... cit.* (n° 28), p. 427, en nota n° 784, en relación con ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 667. Hay jurisprudencia que acepta la renuncia del pacto comisorio calificado: *Agrícola y Comercial Chilenu con Bocaz Contreras* (SCA de Chillán, 14.11.2008, rol N° 212-2008), considerando 1°. Por nuestra parte, creemos que no es posible la renuncia de la resolución. El art. 1487 CC, es una regla de las obligaciones condicionales, y, la resolución por incumplimiento, aún la que tiene lugar por un pacto comisorio, no constituye manifestación del cumplimiento de una condición. Además, de aceptarse la renuncia de la resolución ya producida, implicaría que un negocio que ya feneció, reviva.

⁴⁵ Cfr. KUNCAR, Andrés, "Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato", en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 554; Pizarro, Carlos, "Las cláusulas resolutorias..." *cit.* (n° 41), p. 254; PIZARRO, Carlos, "Comentarios..." *cit.* (n° 42), pp. 341-342. Los autores dan las siguientes alternativas: i) se verifica un precario (art. 2195 inc. 2 CC), o, ii) si el contrato era un arrendamiento, tendrá aplicación lo dispuesto en el art. 1956 CC; iii) importa una renovación del contrato; iv) debe entenderse que se ha celebrado un nuevo contrato; v) se renunció a la resolución; vi) se rescindió el pacto comisorio.

⁴⁶ A favor de su operatividad automática o *ipso facto*: ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 667 y 672; ÁLVAREZ CID, Carlos, *ob. cit.* (n° 36), p. 451; PIZARRO, Carlos, "Cláusula resolutoria y pacto comisorio..." *cit.* (n° 42), pp. 363-365. En contra: BORDA, Alejandro, "Capítulo XIII: Efectos Particulares", en: BORDA, Alejandro (dir.) *Derecho Civil, Contratos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 195; BOTTESELLE, Andrea, *ob. cit.* (n° 40), pp. 90-94; PANTALEÓN, Fernando, "Las nuevas bases..." *cit.* (n° 3), pp. 1731-1732 (éste último autor rechaza la resolución automática en todo evento, no sólo cuando se estipule el pacto en comento, sino incluso cuando la resolución tiene lugar por la imposibilidad sobrevinida definitiva e inimputable al deudor). Para un breve resumen de la discusión en la doctrina y jurisprudencia nacional, v.: OLIVA, Nicolás, *ob. cit.* (n° 29), pp. 40-42.

no operaba de pleno derecho por el incumplimiento, sino que daba al vendedor la facultad de optar por ella⁴⁷; ii) dejaría la suerte del contrato en manos del contratante incumplidor, a quien le bastará con incumplir para desligarse del contrato⁴⁸; iii) tal pacto importaría una condición resolutoria ordinaria, lo que contradice el sinalagma funcional característico de los contratos bilaterales; y, iv) va en contra de la evolución que, en Derecho Comparado, a tenido la institución, que exige al acreedor declarar su decisión de valerse de la cláusula por un acto unilateral recepticio⁴⁹.

Por nuestra parte, estimamos que debe vedarse a los particulares la facultad de establecer pactos de resolución automática por inejecución. Dichas cláusulas, según vimos, sólo provocan problemas, sobre todo al acreedor víctima del incumplimiento, quien podría preferir hacer subsistir el contrato demandando la ejecución en naturaleza de la obligación⁵⁰, pero que, por haber operado *ipso facto* la extinción del contrato, malamente podrá prosperar dicha pretensión. Añadamos que el deudor incumplidor, en ciertos casos, podrá no saber que el contrato ya se encuentra resuelto (por la falta de comunicación) o no habrá claridad del momento exacto en que ocurrió el incumplimiento (por ejemplo, si la obligación estaba sujeta a un plazo tácito o el plazo no era esencial para el acreedor)⁵¹. A todo lo recién dicho, queremos agregar otros argumentos, que no sólo valdrán para rechazar la resolución automática, sino que, a la vez, servirán de base para la aceptación de la resolución unilateral y recepticia sin cláusula resolutoria. En efecto, estimamos que, de varias reglas de nuestro Código Civil, se desprende que éste repudia la resolución automática.

En primer lugar, el art. 1879 CC nos demuestra que, aun estipulándose la cláusula de resolución *ipso facto* por no cumplir el deudor en el plazo convenido, el acreedor insatisfecho deberá, no obstante, demandar judicialmente la resolución. Si bien la norma es excepcional (por el plazo de 24 horas que tiene el deudor para pagar⁵²), la proscripción del modelo automático consignada en este artículo, es manifestación de un principio general ya consagrado en el art. 1489 CC⁵³.

En segundo lugar, al utilizar –el legislador– la expresión “pero⁵⁴” en la redacción del art. 1489 CC, revela que su intención es contraponer la operatividad de los efectos de la resolución por incumplimiento, con el efecto automático (o de pleno derecho) de la resolución derivada del cumplimiento de una condición resolutoria ordinaria.

En tercer lugar, el art. 1487 CC, a propósito del cumplimiento de la condición resolutoria ordinaria, permite al acreedor renunciar a la resolución ya producida, y, en tal caso, como el deudor

⁴⁷ Alejandro GUZMÁN BRITO enseña que “la resolución no opera *ipso iure*, y queda al arbitrio del vendedor el uso de la alternativa entre pedir aquélla o exigir el pago del precio. De lo contrario el destino del negocio quedaría al arbitrio del comprador, a quien bastaría abstenerse de pagar para que compraventa no hubiera” (v. Digesto 18,3,2), GUZMÁN, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, t. II, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 170.

⁴⁸ En este sentido, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY citado por GREGORACI, Beatriz, *ob. cit.* (n° 14), p. 29, nota n° 6; BOTTESELLE, Andrea, *ob. cit.* (n° 40), p. 90.

⁴⁹ Cfr.: Roa Longueira, Fernando y otros con Tapia Hermanos Limitada (SCS, 30.12.2009, rol N° 5817-2008), considerando 12º [comentada por PIZARRO, Carlos, “Cláusula resolutoria y pacto comisorio...” *cit.* (n° 42), pp. 363-365]; Matta Krumenacker Elena María con Matta Fuenzalida Guillermo, Fuenzalida Lamas Carmen, Matta Fuenzalida Hernán y otros (SCS, 21.01.2013, rol N° 5504-2011), considerando 9º [comentada por PIZARRO, Carlos, “Comentarios...” *cit.* (n° 42), pp. 339-342]; Mollo Olmos Bestecindo con Labra López María Ondina (SCA de La Serena, 3.12.2013, rol N° 478-2013); Sociedad inmobiliaria e inversiones Doña Olga Ltda. con Instituto Tecnológico del Aconcagua Ltda (SCA de Valparaíso, 17.11.2016, rol N° 1891-2016), considerando 7º; Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con Figueroa Huidobro, Marcelo (SCA de Temuco, 31.03.2015, rol N° 1371-2014), considerando 6º, [citadas en OLIVA, Nicolás, *ob. cit.* (n° 29), pp. 41-42].

⁵⁰ Cfr.: KUNCAR, Andrés, “Cláusulas...” *cit.* (n° 45), p. 554.

⁵¹ En efecto, la ausencia de comunicación o declaración del acreedor, que manifiesta que opta por la resolución del contrato incumplido, impide al deudor adoptar las “medidas inmediatas para atenuar las graves consecuencias que le ocasiona la resolución (como puede ser, cesar la fabricación, el embalaje o la expedición de las mercaderías, y en el caso de que éstas ya hayan sido entregadas, recuperar su posesión o hacer lo necesario para que tengan salida)”, SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial...* *cit.* (n° 13), pp. 282-283.

⁵² El plazo de 24 horas es un derecho del deudor para corregir o subsanar el incumplimiento, *cfr.*: CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo, *ob. cit.* (n° 13), pp. 199-201. Sobre el “derecho a subsanar” en los instrumentos de *soft law*, v.: CONTARDO, Juan Ignacio, “El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (*right to cure*). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 23º, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2017, pp. 153-194. También, v.: art. 48 CVCIM; art. 8:104 PECL; art. 7.1.4 PICC; arts. III.3:201 a III.3.205 DCFR; art. 93 PLDC.

⁵³ Incluso, podría sostenerse que, al ser la compraventa el paradigma de los contratos bilaterales onerosos, su aplicación, sólo en esa materia (ineficacia de la resolución *ipso facto*) puede ser tomada como regla general, extrapolable a los demás contratos.

⁵⁴ *Vid.*: *supra*, nota n° 23.

queda en absoluta incertidumbre, éste puede exigir al acreedor que declare su determinación, para despejar toda duda al respecto. Este precepto es clara manifestación que, aun en el caso más evidente de resolución automática, el legislador, por el repudio que le tiene, atenuó su operatividad *ipso facto*, permitiendo su renuncia y reglamentando, como efecto de ésta, la obligación del acreedor de declarar su decisión.

Por todo lo anterior, la resolución *ipso facto* por el hecho del incumplimiento, no puede ni debe tener lugar entre nosotros⁵⁵, ni aún mediante la estipulación de una cláusula o pacto comisorio. Por lo demás, la mayoría de los Códigos modernos y los instrumentos de *Soft Law*⁵⁶ no consagran el modelo automático, sino que, al contrario, reglamentan como modelo por defecto, al extrajudicial por acto o declaración unilateral y recepticia⁵⁷.

Por último, si en los hechos se estipula un pacto comisorio calificado, éste no será totalmente ineficaz, sólo habrá nulidad parcial en aquella parte de la cláusula que establece la resolución *ipso facto*, pero dejará subsistente las demás menciones de la cláusula que reglamenten otros aspectos de la resolución, por ejemplo, las indicaciones sobre los incumplimientos que deberán ser considerados resolutorios, o las reglas sobre liquidación del contrato que tendrán lugar después de la resolución. Por tanto, de estipularse, habrá una “reducción interna de la cláusula⁵⁸”.

§ 2. Resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia

i) Generalidades

Esta especie de resolución extrajudicial también se denomina “resolución por autoridad”,

⁵⁵ En igual sentido, una autora nacional señala: “[n]ótese que nuestro Código Civil tampoco admite la resolución automática, en atención a dos consideraciones; en primer lugar, no existe una norma que la admita expresamente; en segundo lugar, admitir la resolución automática conculcaría el derecho de opción del acreedor reconocido en el artículo 1489 y otras normas especiales, tales como los artículos 1537, 1553 N° 3, 1555, 1861 e inciso segundo de los artículos 1590, 1814, 1938 y 2002”, LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013, p. 79, nota n° 75.

Igualmente, el decano ALESSANDRI sostenía que “el estudio de todas las reglas que se refieren al pacto comisorio y a la condición resolutoria tácita, nos permiten ver que en ningún caso de infracción de las obligaciones que el contrato impone, el legislador ha aceptado que se resuelva de pleno derecho, porque, como lo hemos dicho, la ley no ha querido dejar entregada la suerte del contrato en manos del contratante negligente o de mala fe que falta a su obligación. En ninguna parte la ley ha equiparado el pacto comisorio a la condición ordinaria, y pensar de otra manera sería contrariar los propósitos del legislador”, ALESSANDRI, Arturo, *Teoría... cit.* (n° 22), p. 203.

⁵⁶ Los textos serán citados más adelante. En todo caso, dentro de los instrumentos de Derecho Uniforme, la ULIS contempla la resolución *ipso facto* (arts. 25, 26, 30, 61 y 62 ULIS). Sin embargo, tal decisión fue duramente criticada por la doctrina, pues, la resolución automática iba incluso en contra del interés del propio acreedor que podía preferir optar por otro remedio. Ello explica la eliminación de la resolución automática en la posterior CVCIM. *Cfr.*: SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), p. 282, nota n° 538; pp. 254-257 y 316-320.

Entre los códigos modernos, el art. 569 CC boliviano admite la resolución de pleno derecho por medio de una cláusula resolutoria expresa; y, luego, el art. 570 CC boliviano regula la resolución por requerimiento con plazo para subsanar, transcurrido el cual, se resolverá de pleno derecho el contrato. El art. 1454 CC italiano, a propósito de la intimación para cumplir, establece que si, transcurrido el plazo suplementario sin que se cumpla el contrato, éste quedará resuelto de derecho. Otro tanto ocurre con la cláusula resolutoria expresa del art. 1430 CC peruano, que también hace referencia a una resolución “de pleno derecho”, lo que dado lugar a la discusión sobre si, en estos supuestos, la resolución se produce automáticamente por el incumplimiento, o bien, opera “de pleno derecho” (extrajudicialmente) luego de la comunicación del acreedor. Sobre esto último, v.: NAVARRETE, Joe, “La resolución por cláusula resolutoria expresa”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013, pp. 434-437.

⁵⁷ Tal vez la mayor excepción a este principio, en los Códigos modernos e instrumentos de Derecho uniforme, es la institución del término esencial en su modalidad “propio” o “absoluto”. Creemos que, entre nosotros, sólo podría tener cabida el término esencial “impropio” o “relativo”, pues en él, el acreedor, aun después de ocurrido el incumplimiento, tiene un breve plazo para optar por la subsistencia del contrato, comunicándolo al deudor. En caso que nada comunique, el contrato se resuelve automáticamente, transcurrido el plazo que tenía para optar. La diferencia que nos permite admitir el plazo esencial impropio, estriba en que, en este caso, no es el incumplimiento lo que provoca la extinción automática, sino que es el transcurso del plazo adicional que tiene el acreedor (por disposición de la ley, de la convención o de la naturaleza y contexto del negocio) para hacer subsistir el contrato. En todo caso, aún en el plazo esencial absoluto, existe discusión sobre si realmente opera en forma automática. Sobre la resolución por término esencial, v.: FENOY, Nieves, “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, fascículo 3º, Madrid, 2015, en especial, pp. 1037-1054 y la nota n° 447; LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “El término esencial...” *cit.* (n° 55), pp. 51-103; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), pp. 216-306. También, v.: art. 1457 CC italiano; §§ 323(2) y 326(5) BGB; art. 571 CC boliviano.

⁵⁸ Luigi CARIOTA FERRARA, citado por VIAL, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 301. Además, recordemos lo dicho más arriba: nuestra jurisprudencia reciente ha exigido que, no obstante la estipulación de la cláusula de resolución automática, el acreedor deba comunicar al deudor su decisión de resolver el contrato.

“por requerimiento”, “por intimación” o “por cuenta y riesgo del acreedor”.

Su aceptación no reviste mayores problemas cuando tiene como fuente la propia conveni- ción, a través de la estipulación de una cláusula resolutoria, salvo en los contratos de adhesión regidos por la Ley N° 19.496⁵⁹, y, en los contratos que, por una norma legal imperativa o de orden público, el legislador impone forzosamente el modelo judicial. Así ocurrirá, por ejemplo, con la estipulación de la cláusula de resolución *ipso facto* en la compraventa para el caso de no pagarse el precio al tiempo convenido (*ex art.* 1879 CC⁶⁰); o, con la estipulación de un pacto comisorio calificado o de una cláusula resolutoria para el evento de no pagarse la renta en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos regidos por la ley de arrendamientos de predios urbanos (por lo prescrito en los arts. 10 y 19 LAPU en relación con lo dispuesto en el art. 1977 CC⁶¹⁻⁶²).

⁵⁹ En virtud de lo prescrito en el art. 16 a) de dicha Ley, *cf.*: KUNCAR, Andrés, “Cláusulas...” *cit.* (n° 45), p. 555. En este caso, la ley estableció que las cláusulas infractoras “no producirán efecto alguno”, expresión que permite sostener que estamos ante un supuesto de nulidad originaria y no saneable, *cf.*: BARAONA, Jorge, “La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014, pp. 395 y ss.

⁶⁰ Sin embargo, estimamos que, aun en la compraventa y respecto de la obligación de pagar el precio, sí es válida la cláusula resolutoria con acto recepticio. El art. 1879 CC es una norma que sólo repudia la resolución automática o *ipso facto*; además, es una norma excepcional (por el plazo de 24 horas para detener la resolución), por lo que su interpretación debe ser restrictiva. En virtud de esta especie de interpretación, el forzoso ejercicio judicial sólo debe reservarse para el caso que los contratantes hayan estipulado una cláusula de resolución automática, que es la situación que expresamente regula el precepto, no pudiendo ampliarse aquella sanción a otras cláusulas que, si bien provocan una resolución extrajudicial, no lo hacen en forma automática, sino previa decisión del acreedor, comunicada al deudor.

⁶¹ Aquí, a diferencia del art. 1879 CC, sostenemos que son ineficaces tanto la cláusula de resolución *ipso facto* como las cláusulas resolutorias con acto recepticio o con intimación. En la regla de la compraventa, la norma sólo sanciona la estipulación de la resolución automática, dejando a salvo la resolución extrajudicial por comunicación. En cambio, el art. 10 LAPU exige imperativamente que deba practicarse la segunda reconvencción en la audiencia de contestación; la redacción del precepto y su carácter de irrenunciable para el arrendatario impide la resolución extrajudicial, ya sea automática o bien por requerimiento, por lo que no podrá sortearse lícitamente aquella exigencia de forma alguna.

⁶² Sobre las cláusulas resolutorias en el arrendamiento de inmuebles urbanos y la discusión sobre su validez, v.: OLIVA, Nicolás, *ob. cit.* (n° 29), p. 67 a 80. Sólo haremos una adición a lo allí sostenido: de estimarse que la legislación imperativa (arts. 10 y 19 LAPU) impide la eficacia del pacto comisorio calificado o de la cláusula resolutoria, y, no obstante aquello, las partes agregan al texto del contrato dicha estipulación, la reacción adecuada es tener tal cláusula como *no escrita* [*cf. ibid.*, p. 68, 69 y 79]. Que una cláusula se tenga por “no escrita” equivale a decir que ella, por una ficción, es *inexistente*, o, mejor: *nula de pleno derecho* (de nulidad originaria o radical) por infringir una norma legal imperativa (de orden público, indisponible, de observancia forzosa o de *ius cogens*), pues, tal pacto, importa la renuncia de un derecho irrenunciable. Ante tal situación, en que la autonomía privada transgredió sus límites, el ordenamiento jurídico impone en el contenido del contrato –automáticamente y en sustitución de la cláusula incompatible– lo prescrito por la norma indisponible vulnerada. Dicho de otra forma, desde el momento mismo del perfeccionamiento del contrato, la nulidad radical impide que la cláusula infractora despliegue sus efectos; la ley imperativa, en cuanto fuente primaria de integración del contenido del contrato, suplió inmediatamente el vacío dejado por la cláusula nula, depurando, de esta forma, la regla contractual [*cf. ibid.* pp. 49-51 y 78; y, también, VIDAL, Álvaro, “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, Valparaíso, 2000, pp. 213 y 214].

Sostenemos lo anterior en base a los siguientes argumentos: i) el art. 19 LAPU consagra el carácter dirigido del arrendamiento regido por dicha ley, al establecer la irrenunciabilidad de los derechos que ella confiere al arrendatario; se está en presencia, por tanto, de una norma imperativa o indisponible (opuesta a la norma dispositiva o supletoria, la cual puede ser derogada por la autonomía privada), a la vez que, según la clasificación de las leyes del art. 1 CC, es una ley prohibitiva, pues, no permite –bajo ningún respecto– la renuncia de los derechos del arrendatario; ii) el art. 10 LAPU establece, como derecho del arrendatario, que, cuando se pida la terminación por no pago de la renta, la segunda de las reconvencciones (exigidas por el art. 1977 CC) deba practicarse en la audiencia de contestación de la demanda; iii) establecer cualquier pacto de resolución extrajudicial, importa renunciar al derecho del arrendatario a ser reconvenido en la audiencia de contestación; iv) tal estipulación es una renuncia que la ley prohíbe expresamente (art. 19 LAPU en relación con el art. 12 CC); v) la cláusula infractora es, por tanto, un acto prohibido por la ley, y, según el art. 10 CC, tales actos “son nulos y de ningún valor”, y, la expresión categórica de ésta última norma da a entender que el acto contrario a la ley es nulo *ab initio e ipso iure*, esto es, por el solo ministerio de la ley; vi) la sanción mencionada se ve reconocida implícitamente en el art. 11 CC, al prescribir “cuando la ley declara nulo algún acto...” (como lo hace notar RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el código civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 153) y por el art. 1469 CC: “los actos o contratos que la ley declara inválidos”; vii) tal pacto, además, al importar una renuncia implícita de una ley imperativa, configura un acto en fraude a la ley, pues, tal cláusula de resolución extrajudicial, en general lícita, “constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa” (v. art. 1344 CC italiano), y, el acto en fraude a la ley se equipara a los actos *contra legem* (v. art. 6 N° 4 CC español).

En contra, podría sostenerse que, tal cláusula, es, en sí misma, un contrato (convención creadora del derecho a resolver el contrato); con dicha calificación, la norma aplicable sería el art. 1466 parte final CC: se trataría de un contrato prohibido por la ley, por lo que adolece de objeto ilícito, y, como sabemos, la sanción para el objeto ilícito es la nulidad absoluta (art. 1682 CC), la cual debe ser declarada judicialmente (art. 1683 CC); o bien, argumentando que, por ser un acto en contrario a la ley (o en fraude a la ley) adolece de causa ilícita, la cual también conduce a la nulidad absoluta. Por nuestra parte, estimamos que la nulidad absoluta no es satisfactoria en estos casos: i) el acto que adolece de un vicio de nulidad goza de una presunción de validez (el acto no es nulo, sino anulable), produciendo todos sus efectos jurídicos como si fuese válido, hasta que se declare judicialmente su nulidad, lo cual, como es obvio, es un grave inconveniente; ii) la nulidad absoluta puede sanearse por el transcurso del tiempo, lo que podría significar que, cumplido el plazo de prescripción de la acción de nulidad, deba reconocérsele validez a un acto o cláusula ineficaz por infringir una norma de orden público, lo cual carece de total sensatez; iii) Lo anterior se agrava si se entiende que el plazo de prescripción se computa desde la fecha del acto o contrato, sobre todo teniendo en cuenta que no es difícil imaginar un arrendamiento que exceda dicha duración (sin ir más lejos, piénsese en el gran número de estudiantes de Derecho provenientes de regiones foráneas, y que, por lo mismo, arriendan una habitación o inmueble por todo el año, y cuyos contratos se renuevan automáticamente; a ello,

En cambio, si causa controversia la posibilidad de reconocerle al acreedor un derecho a resolver extrajudicialmente el contrato, mediante una declaración unilateral, sin una cláusula que autorice tal facultad, principalmente por contravenir el principio de la fuerza obligatoria del contrato (*ex art.* 1545 CC).

Antes de explicar la resolución unilateral sin cláusula resolutoria, es obligatoria la referencia a un tema previo comprensivo tanto de ésta como de otras figuras, cuya similitud podría llevar a confundirlas, sobre todo por compartir importantes caracteres comunes.

ii) Una precisión previa: la extinción del contrato por declaración unilateral

La extinción del contrato por declaración unilateral o ruptura unilateral del contrato, consiste en el ejercicio de un derecho potestativo, que tiene una o ambas partes, para provocar la extinción de la relación obligatoria, cumpliéndose con ciertas cargas o deberes exigidos por la ley, la convención o la buena fe⁶³.

La ruptura unilateral, en sentido amplio, admite una bifurcación, según se requiera o no de justificación para extinguir el contrato. Por tanto, se debe distinguir entre la extinción unilateral *ad nutum* o discrecional⁶⁴⁻⁶⁵ y la extinción unilateral con justa causa o motivada⁶⁶.

sumémosle la duración real de la carrera); iv) como el acto es presuntivamente válido, no podrá tener lugar la integración automática de la norma imperativa, pues, deberá esperarse su declaración de nulidad, momento en el cual el juez fijará el contenido del contrato. Por todo ello, consideramos mejor alternativa la nulidad originaria, en la cual tiene plena aplicación el adagio “*quod nullum fuit ab initio non convalescit tractu temporis nec ratificatur*”. Como sostiene un catedrático español, “la condición de inexistente o de contrario a la ley no se borra por la inacción de los interesados, como tampoco por la acción de éstos (confirmación)”, DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985, § 530, p. 480 (también, v.: art. 6 N° 3 CC español y art. 1296 N° 1 y 3 PMDOC).

Una postura intermedia, sería estimar que, frente a actos o cláusulas que adolecen de vicios de objeto o causa ilícita que se mantienen vigentes en el tiempo, no comience a correr la prescripción de la acción de nulidad absoluta hasta una vez cesado el vicio (recordemos que el Código no menciona desde cuando se computa el saneamiento de la nulidad absoluta), [cfr.: CORRAL, Hernán, “Falsos exonerados”, en: *Derecho y Academia, El blog de Hernán Corral*, 2016, disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2016/08/28/falsos-exonerados/> (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018)]. También, como otra postura intermedia, se ha sostenido que el plazo de prescripción de la nulidad absoluta sólo alcanza lo meramente patrimonial, a fin de consolidar los desplazamientos que se hayan hecho, por lo que la prescripción sólo se aplica a la acción patrimonial de tipo restitutorio o reivindicatoria que sigue a la declaración de nulidad absoluta, más dicho plazo no subsana la nulidad del acto o contrato, cfr.: BARAONA, Jorge, “La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007, p. 98.

En cualquier caso, lo único claro es que la nulidad será de carácter parcial.

Acerca de la nulidad *ab initio* e *in radice*, v.: CORRAL, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018, pp. 114-118, 667-678, 707-709; DE CASTRO, Federico, *ob. cit.* (n° 62), pp. 461 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1989, pp. 109 a 116; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad... cit.* (n° 62), pp. 128 y ss.

Sobre la noma imperativa o indisponible, v. BONET, José, “Los actos contrarios a las normas y sus sanciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, fascículo 2º, Madrid, 1976, pp. 309 a 336; y respecto de la preeminencia de la normativa imperativa por sobre las normas fijadas por la autonomía privada, v.: DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I: Introducción. Teoría General del Contrato*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 362-363; HINESTROSA, Fernando, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 28-32; VIDAL, Álvaro, “La construcción...” *cit.* (n° 62), pp. 213-214. También, v.: arts. 962 a 964 CCyCo argentino (que consagran el orden de prelación del contenido del contrato); arts. 1339 y 1419 CC italiano (que consagran la inserción automática [*di diritto*] de cláusulas imperativas, en substitución de las estipulaciones incompatibles añadidas por los particulares), y, art. II.7:302(1) DCFR (sobre contratos que infringen normas imperativas).

⁶³ Las cargas pueden ser heterónomas o negociales: *heterónomas* son las exigidas por ley o por la buena fe; *negociales* son las estipuladas en el contrato, DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 111.

⁶⁴ Sobre la extinción unilateral *ad nutum*, v.: CAPRILE, Bruno, “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de contratos”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coord.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011; MOLINA, Rafner, “La terminación unilateral del contrato *ad nutum*”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; SEVERIN, Gonzalo, “El desistimiento del cliente en los contratos de servicio: un derecho *ad nutum*. Bases normativas en el Código Civil chileno”, en CORRAL, Hernán y MANTEROLA, Pablo, *Estudios de Derecho Civil XII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017.

En Derecho comparado, v.: arts. 1210 y 1211 CC francés; art. 1373 CC italiano; 1261 CCyCo argentino. En los instrumentos de Derecho Uniforme, v.: art. 5.1.8 PICC; arts. 40-47 CESL; arts. II.5:101-II.5:202 DCFR

⁶⁵ Se han propuesto algunas definiciones: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema... cit.* (n° 62), p. 247, señalan que la decisión unilateral es una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial; CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), p. 271, define el desistimiento unilateral o renuncia como “la facultad concedida por la ley o por la convención a una o ambas partes para romper unilateralmente el contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria, bastando su ejercicio de buena fe y noticiarla con un preaviso razonable a la contraria, so pena de indemnizar los perjuicios en caso de ejercicio irregular”.

⁶⁶ La clasificación ha sido propuesta, entre otros, por GÁLVEZ, Antonio, “El derecho a desistimiento en los contratos indefinidos y en los

En la ruptura unilateral *ad nutum*, el declarante no tiene que expresar motivo alguno que funde su decisión de dar por finalizado el contrato; dicho de otra forma, se trata de una facultad cuyo ejercicio queda al arbitrio del titular⁶⁷⁻⁶⁸.

En cambio, en la ruptura unilateral con justa causa, para que se destruya la relación obligatoria sin ulterior responsabilidad del declarante, es necesario que éste justifique la causal que da lugar a la extinción del contrato, y, en caso que el deudor no esté de acuerdo con la justificación, éste podrá recurrir al juez para que constate si se dieron o no los supuestos de la ruptura⁶⁹.

El tratamiento conjunto de ambas categorías obedece a que comparten ciertos elementos comunes: i) suponen el ejercicio de un derecho potestativo de carácter extintivo⁷⁰, por ende, ii) producen la destrucción del contrato; iii) se hacen valer en forma extrajudicial; iv) su ejercicio debe efectuarse de buena fe. De este último elemento se desprenden otros: v) debe comunicarse la decisión a la otra parte⁷¹; vi) la extinción producirá sus efectos desde que es recibida la comunicación (carácter recepticio); vii) la necesidad de dar aviso de la decisión con cierta anticipación (que no sea intempestiva⁷²), o, viii) prolongar el contrato por un plazo, ya sea para que la otra parte se organice y afronte adecuadamente la extinción, o bien, en los casos de incumplimientos imperfectos, para que el deudor lo subsane o corrija⁷³; y, por último, ix) el ejercicio abusivo de la facultad extintiva da lugar a indemnización conforme a las reglas de responsabilidad contractual⁷⁴.

contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil”, en: ALBIEZ, Klaus (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 511-512, y, MOLINA, Rafner, “La terminación... ad nutum”, *cit.* (n° 64), p. 127. El tratamiento unitario a las diversas formas de extinción unilateral se reconoce expresamente en los arts. 1077 a 1080 CCyCo argentino, que establecen reglas comunes a la revocación, rescisión unilateral y resolución, sin perjuicio que, en los artículos siguientes, se establezcan reglas particulares para cada uno de dichos modos de extinción.

⁶⁷ El Código y otras leyes han establecido varias manifestaciones de la extinción unilateral *ad nutum*, así, por ej.: la renuncia del socio (2108-2113 CC) o del mandatario (2167 CC); revocación del mandante (arts. 2163 N° 3, 2164-2166 CC); desahucio en el arrendamiento (arts. 1951-1953, 1955, 1976, 1985, 1992, 2009 CC y art. 3° LAPU); También v.: art. 3 bis Ley N° 19.496 y los arts. 537 inc. 3 y 538 CCo. Tienen aplicación especialmente en los contratos de duración indefinida (por el rechazo a vínculos perpetuos) o de confianza (como en el mandato y sociedad), y, en los casos no legislados, en virtud de una cláusula de desistimiento o pacto de salida.

⁶⁸ Más dudosa es la calificación de la facultad consagrada por el art. 1999 inc. 2 CC que, a propósito del contrato para la confección de obra material, señala que, el que encargó la obra podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho. Lo que provoca confusión, es que el inc. 1 del precepto se refiere al incumplimiento y al retardo en el cumplimiento, y, acto seguido, el inc. 2 comienza empleando la expresión “[p]or consiguiente”, como queriendo indicar que la facultad de hacer cesar la obra es a consecuencia del incumplimiento. Una interpretación exegética de la norma inclina la balanza en el sentido que se trata de una extinción unilateral causada. En contra, se ha sostenido que el inc. 2 consagra un derecho extintivo *ad nutum*, *cf.*: SEVERIN, Gonzalo, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64) pp. 383-386; ERBETTA, Andrés, “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el art. 1999 inc. 2° del Código Civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2017, pp. 9-51.

⁶⁹ Ejemplos de extinción por declaración unilateral con justa causa, son, por ej.: el desistimiento del mandatario, por causa del incumplimiento del mandante (art. 2159 CC), la restitución anticipada en el comodato, motivada por sobrevenirle al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa (art. 2189 N° 2 CC), o por incumplimiento del comodatario (art. 2177 CC); la resolución por inexecución que exige, como justa causa, el incumplimiento grave de una obligación (art. 1489 CC en relación al art. 1590 inc. 2 CC).

⁷⁰ Derechos potestativos o de configuración jurídica son “aquellos derechos que consisten en la facultad para hacer algo, de manera unilateral, que modifica o altera una situación jurídica previa”, CORRAL, Hernán, *Curso...* *cit.* (n° 62), p. 476. Por su parte, el profesor PEÑAILLO enseña que “se entiende por derecho potestativo el poder que tiene el sujeto para provocar, por su exclusiva voluntad (acto unilateral) un cambio en la situación jurídica del sujeto pasivo, el cual no puede sino resignarse a soportar las consecuencias de aquella manifestación de voluntad”, PEÑAILLO, Daniel, *Obligaciones...* *cit.* (n° 28), p. 78.

Los derechos potestativos pueden ser constitutivos, modificatorios o extintivos.

La facultad resolutoria es un derecho potestativo extintivo, pues el cambio provocado por ella consiste en la destrucción de la relación jurídica, *cf.*: PEÑAILLO, Daniel, “Algunas reformas...” *cit.* (n° 9), pp. 32-33; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...* *cit.* (n° 8), vol. 2°, p. 705; ALBIEZ, Klaus, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, fascículo 3°, Madrid, 2002, p. 1177.

Dicha calificación de derecho de configuración jurídica cancelatorio, extintivo o liberatorio es extrapolable a los demás modos de extinguir por decisión unilateral (v. gr.: revocación, renuncia, desahucio), *cf.*: GÁLVEZ, Antonio, “El derecho a desistimiento...” *cit.* (n° 66), p. 510, y; CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), p. 291.

⁷¹ *Cf.*: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema...* *cit.* (n° 62), p. 247; CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), p. 293; PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2007, p. 25.

⁷² V. gr.: art. 2011 CC (arrendamiento de servicios inmateriales) y arts. 2110-2112 CC (renuncia del socio).

⁷³ Excepcionalmente, puede omitirse el plazo por una causa grave, v. gr.: el § 314 BGB, titulado “desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por causa importante”, permite, en su apartado (1), desistirse a cualquiera de las partes sin tener que respetar un plazo para desistir, siempre que invoque una causa importante.

⁷⁴ *Cf.*: CAPRILE, Bruno, “El desistimiento...” *cit.* (n° 64), pp. 295-296; KUNCAR, Andrés, “Cláusulas...” *cit.* (n° 45), pp. 561-562; MOLINA, Rafner, “La terminación... ad nutum”, *cit.* (n° 64), pp. 154-158; MOLINA, Rafner, “La terminación... por incumplimiento”, *cit.* (n° 36), p. 105; PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), pp. 26-27.

Como se podrá deducir, la resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia, pertenece a las formas de extinción unilateral causadas, siendo el incumplimiento grave de una obligación sinalagmática, la justificación que autoriza al acreedor a resolver extrajudicialmente⁷⁵.

iii) *Nociones generales de la resolución por cuenta y riesgo del acreedor*

El elemento distintivo de éste modelo es el ejercicio de la facultad resolutoria por medio de una declaración de voluntad del acreedor insatisfecho, en virtud de la cual, comunica a su deudor su decisión de dar por terminada la relación obligatoria, por el incumplimiento grave de una obligación sinalagmática.

Esta declaración presenta las siguientes características: a) es un acto jurídico unilateral⁷⁶; b) de carácter recepticio⁷⁷ y dirigido al deudor incumplidor⁷⁸; c) no está sujeta a formalidades⁷⁹; d) es irrevocable una vez que el destinatario toma conocimiento de la declaración⁸⁰.

El contenido esencial de la declaración es la voluntad clara e inequívoca del acreedor de dar por resuelto el contrato por el incumplimiento grave del deudor.⁸¹

Además, por regla general, en la declaración debe otorgarse un plazo al deudor⁸². La función del término puede variar dependiendo de la entidad del incumplimiento, la duración, naturaleza y contexto del contrato, la reglamentación legal (de existir) o convencional (cláusula resolutoria

⁷⁵ Para las diferencias entre la resolución y la extinción unilateral *ad nutum* (o rescisión unilateral, según la nomenclatura argentina), v.: FREYTES, Alejandro, "La rescisión unilateral y los contratos de duración", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 2º, Nº 2, 2011), pp. 152-154.

⁷⁶ En este sentido: SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), pp. 437-438; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *ob. cit.* (nº 15), pp. 629-630.

⁷⁷ "Acto recepticio es aquel que está destinado a ser conocido de otra persona, de manera que sin ese conocimiento no produce efectos", COURT, Eduardo, *Curso de Derecho Civil: Teoría General del Acto Jurídico*, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 16. A favor del carácter recepticio: PEÑAILILLO, Daniel, "Algunas reformas..." *cit.* (nº 9), p. 34; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), pp. 441-445; PIZARRO, Carlos, "Cláusula resolutoria y pacto comisorio..." *cit.* (nº 42), p. 365; NAVARRETE, Joe, *ob. cit.* (nº 56), p. 431-434.

En nuestro Código Civil, el art. 2165 CC, a propósito de la revocación, señala que ésta "produce su efecto desde el día que el mandatario ha tenido conocimiento de ella". Creemos que dicha norma es extrapolable a las otras formas de extinción del contrato por voluntad unilateral, entre ellas, a la resolución unilateral. Estimamos que no son aplicables las reglas sobre el momento en que se forma el consentimiento, contenidas en nuestro Código de Comercio; la razón es obvia: el consentimiento es propio de los actos jurídicos bilaterales, en cambio, aquí, estamos frente al ejercicio de un acto jurídico unilateral. Por ello, no compartimos la interpretación que SAN MIGUEL da a los arts. 1247 y 1257 PMDOC, v.: SAN MIGUEL, 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*, vol. 64, fascículo 4º, Madrid, 2011, p. 1717, en nota nº 116.

⁷⁸ Se refieren al carácter recepticio y dirigido al deudor: art. 26 CVCIM; art. 7.3.1 PICC; art. 9:303 PECL [citados por SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), p. 439]; art. 1199 inc. 2 PMDOC; art. III.3:507(1) DCFR; art. 728 CC paraguay; arts. 1078(a) y 1088(c) CCyCo argentino. La doctrina se ha inclinado en este sentido: FENOY, Nieves, "El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del Código Civil de 2009", en: DE LA MAZA, Iñigo (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 40; PEÑAILILLO, Daniel, "Algunas reformas..." *cit.* (nº 9), p. 34.

⁷⁹ "A pesar de la ausencia de formalismo, es importante que el contratante que declara la resolución se asegure la posibilidad de probar la existencia de la voluntad resolutoria", SAN MIGUEL, Lis Paula, "La resolución por incumplimiento..." *cit.* (nº 77), p. 1717. En el mismo sentido: MOLINA, Rafner, "La terminación... ad nutum", *cit.* (nº 64), p. 98; PIZARRO, Carlos, "¿Puede el acreedor..." *cit.* (nº 71), p. 25; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos... cit.* (nº 8), vol. 2º, p. 722.

La ausencia de formalidad legal no obsta que, los contratantes, en una cláusula resolutoria, señalen el mecanismo preciso que será eficaz para comunicar la resolución, debiendo observarse aquella formalidad pactada.

Algunas legislaciones han establecido formalidades: art. 6:267 CC holandés (declaración escrita); art. 1429 CC peruano (carta por vía notarial); art. 570 CC boliviano (nota diligenciada notarialmente); art. 1454 CC italiano (intimar por escrito); también, v.: art. 98 PLDC (comunicación escrita).

El art. 1086 CCyCo argentino, en cambio, se limita a exigir que la comunicación deba hacerse "en forma fehaciente", lo cual, importa "que exista un emplazamiento, es decir, de modo que constituya una prueba segura, en la cual se pueda depositar fe. Cualquier duda acerca de si la comunicación ha sido hecha o no, debe resolverse en el sentido de que no lo fue, ya que pudiendo utilizar el interesado una forma que no arroje dudas (telegrama, sea o no colacionado, notificación por escribano, etc.) ha utilizado un medio menos seguro". BORDA, Alejandro, *ob. cit.*, (nº 46), p. 195.

⁸⁰ El fundamento de la irrevocabilidad es que, una vez recibida por el deudor la declaración de resolución, éste "pueda contar a partir de ese momento con que ya no tiene que realizar tareas encaminadas a realizar su prestación, incluso pueda disponer de ella y que el acreedor unilateralmente no pueda, con posterioridad, frustrar esas expectativas" SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), pp. 473-474.

⁸¹ SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (nº 13), p. 476.

⁸² Cfr.: PIZARRO, Carlos, "¿Puede el acreedor..." *cit.* (nº 71), p. 25.

condicionada al plazo de subsanación) del ejercicio resolutorio⁸³. Así, por ejemplo, en caso de un incumplimiento respecto del cual el acreedor no tiene la certeza absoluta que dicha inexecución sea de carácter resolutorio, le convendrá –al momento de comunicar su decisión de resolver– otorgar al deudor un plazo suplementario para que corrija la prestación no conforme, supeditando la operatividad de la resolución para el caso que no se verifique el cumplimiento en dicho plazo⁸⁴⁻⁸⁵. Sin embargo, en caso de un incumplimiento que, sin lugar a dudas, provoca la insatisfacción del acreedor, el plazo otorgado no será “para cumplir con el contrato, sino para organizar las consecuencias de la ruptura de forma que ésta no signifique un daño innecesario⁸⁶”. Excepcionalmente, no será necesario otorgar plazo alguno al deudor incumplidor; así, a modo ilustrativo, el § 323(2) BGB establece que: “La fijación de un plazo es innecesaria si [...] 1. El deudor deniega seria y definitivamente la prestación; [...] 2. El deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la tempestividad de la prestación, o; [...] 3. Existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución ponderando los intereses de ambas partes”.

Por último, destaquemos que, el carácter extrajudicial de la resolución unilateral, no inhibe el control judicial; sin embargo, éste sólo será eventual y posterior al ejercicio del derecho potestativo. Generalmente será el deudor quien acuda a los tribunales de justicia para que estos constaten si el ejercicio del acreedor fue justificado o, por el contrario, abusó de su derecho⁸⁷. En efecto, el deudor, además de la facultad de liberarse de su obligación, tiene otras, entre las cuales se cuenta la de enervar toda pretensión extralimitada o abusiva⁸⁸.

También, puede ocurrir que sea el acreedor quien recurra a la justicia ordinaria (con posterioridad al ejercicio extrajudicial), bien sea para reclamar las indemnizaciones o cláusulas penales que se le deban, o bien, para exigir la devolución de las especies o mercaderías que están en poder del deudor y que se niega a restituir⁸⁹⁻⁹⁰.

⁸³ Es el llamado *Nachfrist*, que “consiste en que, habiendo incumplido el deudor, [el acreedor] fije [al deudor] un nuevo y adecuado plazo para cumplir y si este último vuelve a incumplir, el legislador atribuye al acreedor el remedio de la resolución” FENOY, Nieves, “La *Nachfrist*...” *cit.* (n° 57), p. 809 (lo agregado entre corchetes es nuestro). Dicha figura, como indica la autora citada, ha tenido recepción en el § 323(1) BGB; arts. 47, 49.1.b), 63 y 64.1.b) CVCIM; art. 7.1.5 PICC; art. 8:106 y 9:301(2) PECL; arts. III.3:103 y III.3:503 III.3:507 DCFR; arts. 115 y 135 CESL. También, agreguemos el art. 1454 CC italiano y el art. 570 CC boliviano.

⁸⁴ La conveniencia de dar el plazo de subsanación es evitar que su ejercicio sea calificado “abusivo” posteriormente (esta resolución es “por cuenta y riesgo” del acreedor).

⁸⁵ Aquí surge la discusión sobre si, transcurrido el plazo, debe el acreedor por segunda ocasión declarar que opta por la resolución. Para algunos, cumplido el plazo sin verificarse el cumplimiento, se produce inexorablemente la resolución. En contra, otros sostienen que vencido el plazo del requerimiento, recién llega la oportunidad para que el acreedor insatisfecho opte por la resolución o el cumplimiento; incluso, para algunos el requerimiento con plazo de subsanación es un paso previo para activar el derecho de opción; *cf.*: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *ob. cit.* (n° 15), p. 635, nota n° 30. Por su parte, DIEZ-PICAZO señala que “no existe inconveniente especial en que la declaración de resolución extrajudicial quede condicionada a la falta de cumplimiento en el nuevo plazo que se otorga” [...]. “Si el requerimiento resolutorio se produjera en tales términos, desde el punto de vista jurídico no es necesaria la posterior constatación de la falta de cumplimiento, ni la reiteración de la resolución, aunque en la práctica puede resultar aconsejable”. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2°, p. 722.

La situación se torna más dudosa si durante el plazo de gracia el deudor cumplió, pero imperfectamente. Creemos que lo adecuado será evitar la resolución automática por la sola llegada del plazo. Por ello, lo ideal será que el plazo de gracia sea entendido como un término esencial impropio o como un *nachfrist*, por lo que transcurrido el plazo suplementario sin que se verifique el pago íntegro, el acreedor disponga de un breve plazo para, si así lo prefiere, hacer subsistir el contrato, comunicándolo al deudor (*v.* *supra*, notas n° 57 y 84).

⁸⁶ PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), p. 25.

⁸⁷ El ejercicio de la facultad resolutoria debe hacerse conforme a la buena fe. Si incurre en un ejercicio abusivo, deberá resarcir los daños provocados por la extinción del contrato. La responsabilidad será contractual, por cuanto la extinción injustificada del contrato importa un incumplimiento imputable a la parte que empleo abusivamente la resolución; su ejercicio fue por su cuenta y riesgo, debiendo, por tanto, asumir éstos últimos.

⁸⁸ *Cfr.*: DIEZ-PICAZO, Luis, “El contenido de la relación obligatoria”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17, fascículo 2°, Madrid, 1964, p. 365.

⁸⁹ *Cfr.*: PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), p. 26; PIZARRO, Carlos, “Cláusula resolutoria y pacto comisorio...” *cit.* (n° 42), pp. 367-368; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2°, p. 722.

⁹⁰ Esta misma sanción al abuso de facultades unilaterales está presente en otras materias del recién reformado *Code Civil*, como en la determinación del precio, *v.*: art. 1164 CC francés (contratos-marco) y art. 1165 CC francés (contratos de prestación de servicios), *cf.*: SAVAUX, Eric, “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, fascículo 3°, Madrid, 2016, p. 736.

IV. BASES PARA ACEPTAR LA RESOLUCIÓN UNILATERAL EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Expondremos, en esta última parte, algunos argumentos a favor de la admisión del modelo de resolución extrajudicial por declaración unilateral y recepticia del acreedor.

§ 1. LOS DÉBILES ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO MODELO POR DEFECTO

Recordemos que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consagran como modelo de resolución de derecho común al judicial, por argumentos históricos, y principalmente, por las expresiones “pero” y “pedir” que utiliza el art. 1489 CC⁹¹.

En cuanto a la historia de la ley de nuestro art. 1489 CC, cierto es que tomó como fuente de inspiración al antiguo art. 1184 CC francés, precepto que es parte importante de la historia fidedigna del establecimiento del art. 1489 CC, y, por tanto, un elemento de interpretación de la ley que no podemos soslayar (art. 19 CC). Sin embargo, la redacción de ambos preceptos no es idéntica, por lo que el argumento histórico puede ser un arma de doble filo, pues, la decisión del legislador de no incluir en nuestra condición resolutoria tácita la regla del inciso final del art. 1184 CC francés, que expresamente indicaba que la resolución debía ser demandada judicialmente⁹², es un argumento que atenúa, en nuestro Derecho, la necesidad de ejercicio judicial de la resolución por inejecución.

Con respecto a la expresión “pero”, ya indicamos al revisar la resolución automática, que el alcance de dicha palabra es proscribir la resolución extrajudicial de pleno derecho; pero lo anterior no significa necesariamente la prohibición de toda clase de resolución extrajudicial, como ocurre con la resolución por declaración unilateral y recepticia, la cual no conculca de ninguna forma el derecho de opción del acreedor, sino que lo refuerza, ni provoca los graves problemas de la resolución que opera *ipso iure* por el incumplimiento.

Por último, la voz “pedir”, siguiendo la misma línea anterior, lo que indica es que el acreedor, frente a un incumplimiento, tiene un *ius electionis*, en virtud del cual podrá optar por uno u otro remedio, y, la existencia de ese derecho de opción, significa que el incumplimiento no es apto para producir la resolución *ipso facto*. Nuevamente, la expresión empleada por la ley busca evitar la resolución automática.

En síntesis, si bien compartimos que ambas expresiones importan que la resolución por incumplimiento no opera automáticamente; ello no significa que la única alternativa posible sea la resolución mediante una sentencia judicial.

§ 2. El Código Civil sólo prohíbe la resolución automática

Los arts. 1489, 1879 y 1487 CC son manifestaciones de un principio que implícitamente recoge nuestro Código: el repudio a la resolución automática. Para evitar repeticiones, nos remitimos a lo dicho más arriba.

§ 3. Casos particulares de resolución unilateral en nuestro Código Civil

Estimamos que nuestro Código Civil no es ajeno a este modelo, pues, por medio de una relectura de sus normas, podemos encontrar varios casos en los cuales el legislador civil contempla implícitamente la resolución unilateral como un remedio contractual del acreedor.

⁹¹ V.: *supra*, notas n° 22, 23 y 24.

⁹² Antiguo art. 1184 inc. final CC francés: “La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances”.

i) Derecho de desistimiento (típico)

En primer lugar, en la mayoría de los casos en que el Código Civil utilizó la expresión “*desistir*”, se refirió a situaciones en que se autoriza a uno de los contratantes a extinguir el contrato por incurrir la otra parte en un incumplimiento de sus obligaciones (v. gr.: arts. 1814, 1822, 1826 inc. 2, 1832, 1925, 1926 y 2159 CC). El desistimiento tipificado por el Código Civil es un derecho potestativo extintivo que requiere de una justificación para su ejercicio (el incumplimiento), por lo que, en esta materia, se apartó el legislador del autentico sentido que se le atribuye al desistimiento, que importa una causal de extinción unilateral *ad nutum* del contrato.

Sostenemos que el ejercicio del desistimiento típico es extrajudicial, pues, en varios de los preceptos recién indicados, se menciona expresamente que, el acreedor tendrá, además, la acción indemnizatoria “*según las reglas generales*” (arts. 1826, 1832 CC) o “*quedándole a salvo la indemnización de perjuicios*” (art. 1926 CC). Las expresiones recién citadas, fueron redactadas para que no quede ninguna duda que, no obstante haberse resuelto o terminado el contrato extrajudicialmente, el acreedor insatisfecho de todas formas tendrá derecho a ser indemnizado, pero para obtener dicha reparación necesariamente tendrá que acudir a la justicia ordinaria.

Por tanto, el “desistimiento” reglamentado por el Código de Bello, no es otra cosa que la resolución unilateral con otro nombre.

El art. 1925 CC es el precepto que, de su contexto, más destaca el ejercicio extrajudicial de la resolución (terminación). El artículo regula la situación en que, por un hecho o culpa del arrendador, éste se ve en la imposibilidad de entregar la cosa al arrendatario ¿No parece ilógico que, el arrendatario, antes de entrar siquiera en el goce de la cosa arrendada y verificado que ya no será posible en un futuro, debido a un hecho o culpa de su deudor (arrendador), tenga que demandar judicialmente la terminación de dicho contrato? Nos parece que no. Igual explicación sirve para el art. 1926 CC, en que el retardo en la entrega de la cosa arrendada fue tal, que disminuyó notablemente la utilidad del contrato para el arrendatario, o, simplemente, ya cesaron las circunstancias que lo motivaron a celebrar el arriendo, por lo que, es lógico que el arrendatario pueda desistirse del contrato, sin tener que recurrir a tribunales. Otro tanto ocurre en el retardo de la entrega de la cosa vendida (art. 1826 CC⁹³); o con la venta de una cosa inexistente en una parte considerable (art. 1814 CC⁹⁴); o el incumplimiento del mandante, que provoca una desconfianza tal en el mandatario, que lleva a éste a desistir del encargo (art. 2159 CC⁹⁵).

⁹³ Notable es la interpretación que la jurisprudencia colombiana ha efectuado al art. 1882 CC colombiano, texto de redacción idéntica a nuestro art. 1826 CC. En efecto, un autor colombiano señala que “podría pensarse que el inciso 2.º artículo 1882 CC no es más que una reiteración del artículo 1546 CC [equivalente al art. 1489 CC chileno], lo que implicaría que el comprador debe necesariamente acudir ante el juez para hacer efectivo el desistimiento; en sentencia del 9 de junio de 1971, la Corte Suprema aclaró que el desistimiento de que trata el artículo 1882 CC es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez”. MOLINA, Rafner, “La terminación...ad nutum”, cit. (nº 64), p. 130, en nota nº 10 (lo entre corchetes es nuestro).

La sentencia afirma que “[...] Existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el artículo 1546 del Código Civil y el desistimiento del que tratan los artículos 1882 y 1878 de la misma obra. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retrasado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del Juez. Puede el comprador desistir por sí y ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen” [citada por PALADINI, Mauro, ob. cit. (nº 13), p. 139]. Este último autor luego añade: “si no entiendo mal, ésta concepción del desistimiento es bastante cercana al derecho potestativo de resolución, que muchos códigos europeos y textos de derecho europeo afirman y reconocen”, *ibidem*. Vid. Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 9 de junio de 1971, sala de casación, en: *Gaceta Judicial*, t. CXXXVIII, Bogotá, D.E., 1973, p. 382, disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVIII%20n.%202340-2345%20\(1971\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVIII%20n.%202340-2345%20(1971).pdf)

⁹⁴ Vid.: Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 30 de agosto de 2011, sala de casación, nº del proceso: 11001-3103-012-1999-01957-01 (ID-vLex: 316765778), p. 26.

⁹⁵ STITCHKIN señala que el desistimiento del art. 2159 CC “es un derecho que la ley confiere al mandatario fundado en el incumplimiento de las obligaciones correlativas del mandante y por eso debe obtenerse una declaración judicial en ese sentido, ya que nadie puede hacerse justicia por sí mismo. En otros términos, el desistimiento a que se refiere el art. 2159 equivale a la condición resolutoria que va incorporada en todo contrato bilateral y que autoriza a la parte cumplidora para pedir la terminación del contrato, salvo que el desistimiento no opera con efectos retroactivos, dada la naturaleza especial del mandato”, STITCHKIN, David, *El mandato civil*, 5ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 419. Como se puede apreciar, el autor citado considera al desistimiento como una especie de resolución por incumplimiento, con-

ii) Cesación inmediata del arrendamiento

También consideramos que son casos especiales de resolución extrajudicial, los preceptos que autorizan a una de las partes a “*cesar inmediatamente*” el contrato. En este sentido, el art. 1972, confiere al arrendador el derecho para hacer “cesar inmediatamente el arriendo en casos graves”. Iguales expresiones emplea el art. 1979 CC en caso que el colono no goce del fundo como un buen padre de familia. En ambos preceptos, la expresión “*cesar inmediatamente*” nos parece decisiva: la sola comunicación de la decisión del arrendador de cesar inmediatamente el arriendo, será eficaz para terminar el contrato.

Este derecho de cese del contrato también es recogido en los arts. 1977 y 1999 CC. Sin embargo, en estos dos casos, la cuestión aquí se vuelve mucho más discutible⁹⁶.

iii) Disolución de la sociedad colectiva por incumplimiento

Otro caso de resolución unilateral contemplada en nuestro Código Civil es la *disolución de la sociedad por incumplimiento* (art. 2101 CC).

El precepto es categórico al indicar que, frente al incumplimiento contractual de uno de los socios, “los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta⁹⁷”.

iv) Derecho a exigir el retiro forzoso del socio colectivo

Por último, podemos agregar como otro caso de resolución unilateral, el poder o facultad que tienen los socios colectivos para exigir el *retiro forzoso de otro socio*, por no consentir en aumentar el monto del aporte cuando, por una mutación de circunstancias, no pudiese obtenerse el objeto de la sociedad (art. 2087 CC)⁹⁸.

§ 4. Consagración de la resolución unilateral en leyes especiales

i) Terminación y rescisión en el contrato de seguro

En el nuevo Derecho de Seguros se consagran casos de resolución (o terminación) unilateral. Así lo confirma el art. 528 inc. 1 CCo, el cual, por su claridad, preferimos transcribirlo: “La falta de pago de la prima producirá *la terminación del contrato a la expiración del plazo de 15 días contado desde la fecha de envío de la comunicación que, con ese objeto, dirija el asegurador al asegurado* y dará derecho a aquél para exigir que se le pague la prima devengada hasta la fecha de terminación y los gastos de formalización del contrato” (énfasis añadido).

clusión que compartimos parcialmente, sólo en el sentido que, los casos de desistimiento son hipótesis de resolución por incumplimiento, pero agregamos que, dichos casos tienen como peculiaridad su ejercicio extrajudicial, bastando la comunicación al deudor incumplidor de la decisión de resolver el contrato. Por ello, no compartimos la exigencia que el citado autor añade, en relación a que el mandatario que desiste debe obtener una declaración judicial.

⁹⁶ Sobre el art. 1999 CC, lo discutible es determinar si se trata de un derecho *ad nutum* o requiere de un incumplimiento. Cualquiera sea la alternativa, creemos que su ejercicio es extrajudicial (v.: *supra*, nota n° 68). Con respecto al art. 1977 CC, podría sostenerse que el precepto permite la resolución extrajudicial, pero será necesario que se efectúen los dos requerimientos que exige. Sin embargo, lo anterior sólo podrá tener aplicación si se trata de un arrendamiento de inmueble urbano que no esté regido por la LAPU, pues, ya mencionamos que, por el carácter dirigido de esta última ley, el ejercicio judicial de la resolución (o terminación) es forzoso (v.: *supra*, notas n° 61 y 62).

⁹⁷ En contra, SANDOVAL señala que la disolución “no opera de pleno derecho, como pareciera deducirse de esta disposición, que adolece de fallas técnicas en su redacción; es necesario que ella se declare por resolución judicial”, SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2015, p. 410. En igual sentido, JEQUIER, Eduardo, *Curso de Derecho Comercial*, t. II, vol. 1, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017, p. 244, quien indica que se trata de “una facultad aparentemente potestativa”, que requiere de sentencia judicial o laudo arbitral que declare la disolución.

⁹⁸ El art. 2087 CC podría configurar un curioso caso de resolución extrajudicial de eficacia parcial: no se destruye el contrato en su integridad, sino sólo el vínculo entre el socio y la sociedad) cuya justificación es la negativa de efectuar un aumento del aporte debido a una variación de las circunstancias vigentes al contratar, por lo que, en cierta medida, estamos frente a una manifestación de la teoría de la imprevisión.

También, el derecho a “rescindir” el contrato de seguro, que tiene el asegurador frente a ciertos incumplimientos, es manifestación del modelo de resolución unilateral. Por tanto, la *rescisión* que concede el art. 525 inc. 3 CCo (declaración sobre el estado del riesgo)⁹⁹ y el art. 526 CCo (agravación de riesgos asegurados)¹⁰⁰ no es sino clara evidencia de la consagración de la resolución por cuenta y riesgo del acreedor.

ii) Derecho de excluir al socio o accionista

Entre las reglas de nuestro Derecho Societario, además de las ya mencionadas en el Código Civil, encontramos el *derecho de excluir al socio* en la sociedad colectiva comercial, ya sea por retardo en la entrega del aporte (art. 379 CCo) o por aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social (art. 404 N° 2 CCo), situaciones que, reglamentado casos de incumplimientos de obligaciones sociales, permiten la resolución parcial de la sociedad, mediante una “declaración en escritura pública sin necesidad de intervención judicial¹⁰¹” (art. 350 inc. 2 CCo). Otro tanto acontece con el *derecho de excluir al accionista* en la sociedad anónima por no pagar oportunamente el todo o parte de las acciones por él suscritas (art. 17 de la Ley N° 18.046). Los derechos recién mencionados son casos de resolución unilateral, aunque de eficacia parcial, pues, por tratarse de contratos plurilaterales o asociativos, la resolución no operará necesariamente extinguiendo la totalidad del contrato, sino solo el vínculo que unía al socio o accionista con la sociedad¹⁰².

iii) Resolución por comunicación en la compraventa internacional de mercaderías

Por último, la CVCIM (Decreto N° 544, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el D.O. 3 de octubre de 1990) consagra expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico la resolución por declaración unilateral y recepticia, en su art. 26 CVCIM: “*La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte*¹⁰³”.

§ 5. Es el modelo adoptado por el llamado “Nuevo Derecho de la Contratación”:

Estado actual en Derecho Comparado y Derecho Internacional Uniforme

⁹⁹ El art. 525 inciso 3° CCo es destacable porque aplica, en cierta medida, la distinción entre los casos en que se puede o no prescindir del otorgamiento de un plazo al deudor incumplidor. En efecto, en la primera parte del inciso 3°, no otorga plazo alguno al otro contratante, sólo se limita a otorgarle al asegurador el derecho a rescindir el contrato, cuando el tomador “hubiere incurrido *inexcusablemente* en errores, retenciones o inexactitudes *determinantes* del riesgo asegurado”. En cambio, “si los errores, retenciones o inexactitudes sobre el contratante no revisten alguna de dichas características” [no son inexcusables ni determinantes] “el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas”. Luego, si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de 10 días contado desde la fecha de envío de la misma, el asegurador “podrá rescindir el contrato. En este último caso, *la rescisión se producirá a la expiración del plazo de 30 días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación*”.

¹⁰⁰ El art. 526 inciso 2° CCo, en la parte pertinente, establece: “Si el siniestro no se ha producido, el asegurador, dentro del plazo de 30 días a contar del momento en que hubiere tomado conocimiento de la agravación de los riesgos, deberá comunicar al asegurado su *decisión de rescindir el contrato* o proponer una modificación a los términos del mismo para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura de la póliza. Si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de 10 días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá dar por rescindido el contrato. En este último caso, *la rescisión se producirá a la expiración del plazo de 30 días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación*”. Confirma que se trata de un caso de resolución extrajudicial, el inciso 5°: “Salvo en caso de agravación dolosa de los riesgos, en todas las situaciones en que, de acuerdo a los incisos anteriores, *haya lugar a la terminación del contrato, el asegurador deberá devolver al asegurado la proporción de prima* correspondiente al período en que, como consecuencia de ella, quede liberado de los riesgos”.

¹⁰¹ PIZARRO, Carlos, “¿Puede el acreedor...” *cit.* (n° 71), p. 17. En contra, JEQUIER, Eduardo, *ob. cit.* (n° 97), pp. 84-85, señala que la exclusión del socio moroso presupone en todo caso un pronunciamiento jurisdiccional en tal sentido.

¹⁰² *Cfr.*: ABELIUK, René, *ob. cit.* (n° 24), t. I, p. 85; LÓPEZ, Jorge, *Los Contratos...* *cit.* (n° 18), pp. 82-84. Sobre la especial forma de operar las ineficacias tratándose de contratos plurilaterales, v. art. 574 CC boliviano; arts. 1458, 1420, 1446 y 1466 CC italiano; y, art. 1443 CCyCo argentino.

Para más antecedentes sobre el derecho a excluir a un socio, v.: VELASCO ALESSANDRI, José, *La exclusión de un socio en el Derecho Societario chileno*, memoria de prueba para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, dirigida por PALMA JARA, Juan, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

¹⁰³ Además, reglamentan esta forma de resolución los artículos 49, 51(b), 72, 73, 75 y 76 CVCIM.

En las legislaciones extranjeras, incluso, en aquellas que sus textos positivos consagran expresamente la resolución judicial, tanto su jurisprudencia y doctrina han logrado, a través de una mayor flexibilidad de sus textos, incorporar el modelo de resolución por cuenta y riesgo del acreedor. Así, en España, en que “la idea de que la resolución es judicial impregna el texto del art. 1124¹⁰⁴” CC español¹⁰⁵, existe, sin embargo, abundante jurisprudencia que admite el ejercicio de la facultad resolutoria en forma extrajudicial, y, la doctrina también así lo ha reconocido¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

En Francia, previo a la reforma de 2016, donde había “norma expresa de que la resolución se produce sentencia judicial (art. 1184 CC francés), la jurisprudencia ha estimado que la terminación se produce por la sola declaración del acreedor si así se ha pactado o si el acreedor tiene urgencia en poner término al contrato¹⁰⁸”. Luego de la reforma, la resolución fue reglamentada junto con los demás remedios contractuales, en forma unitaria y coherente, en los arts. 1224 a 1230 CC francés. El art. 1226 CC francés reglamenta la resolución unilateral o por cuenta y riesgo del acreedor¹⁰⁹. Sin perjuicio de aquello, el art. 1227 CC francés permite que, en todo caso, la resolución pueda demandarse judicialmente.

En el nuevo CC y Co argentino de 2014, el art. 1078, que contiene disposiciones comunes para la extinción por declaración de una de las partes (resolución, rescisión unilateral y revocación), establece en su letra (a), que: “El derecho se ejerce mediante comunicación a la otra parte...”, y, en la letra (b), agrega: “la extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez...¹¹⁰”.

Otro tanto reconocen los arts. 570 y 571 CC boliviano; art. 1429 CC peruano; art. 728 CC paraguayo; §§ 323 y ss. BGB; art. 6:267 CC holandés; art. 1605 CC de Quebec, entre otros.

En los PLDC, el art. 97 (3) indica que: “La resolución puede ser judicial o por comunicación”, y, acto seguido, el art. 98 PLDC señala: “La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte y produce efectos desde su recepción¹¹¹”.

En el DCFR, se regula orgánicamente el remedio resolutorio en los arts. III.3:501 a III.3:514 DCFR. Entre dichos preceptos, el art. III.3:507(1) DCFR establece que: “El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en esta Sección se ejercerá por medio de notificación al deudor”.

En los PECL, se reglamenta la resolución del contrato en sus arts. 9:301 a 9:309. El art. 9:303(1) indica que: “El ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte¹¹²”.

¹⁰⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 703.

¹⁰⁵ Art. 1124 inc. 3 CC español: “El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

¹⁰⁶ Cfr.: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema... cit.* (n° 62), p. 248; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...cit.* (n° 8), vol. 2º, p. 703 y 722; MORALES, Antonio, “Evolución...” *cit.* (n° 6), pp. 46-47; SAN MIGUEL, Lis Paula, *La resolución extrajudicial... cit.* (n° 13), pp. 429 y ss.; PANTALEÓN, Fernando, “Las nuevas bases...” *cit.* (n° 3), pp. 1731-1732.

¹⁰⁷ En la PMDOC los arts. 1199 a 1204 pretenden consagrar en el CC español la resolución por acto recepticio. Así, el art. 1199 inc. 2 PMDOC prescribe: “La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte”.

¹⁰⁸ BARRÓS BOURIE, Enrique, “Finalidad...” *cit.* (n° 17), p. 424, en nota. También Fueyo, Fernando, *ob. cit.* (n° 1), p. 314, indica: “la doctrina y jurisprudencia francesa han admitido en ciertos casos de excepción la ruptura del contrato sin intervención del juez”.

¹⁰⁹ Art. 1226 CC francés: “Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. [...] La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. [...] Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. [...] Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution”.

¹¹⁰ *Id.*: arts. 1077, 1079, 1080, 1081, 1083 y 1088 a 1089 CCyCo argentino.

¹¹¹ *Id.*: arts. 99 a 101 PLDC.

¹¹² Sobre la forma y efectos de la comunicación o “notice”, v.: art. 1:303 PECL.

En los PICC, sus arts. 7.3.1 a 7.3.7 se refieren a la resolución. El art. 7.3.2(1) PICC prescribe: “*El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte*”¹¹³.

Finalmente, en la CESL, sus arts. 114 a 119 y 134 a 139 regulan la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor y del comprador, respectivamente. El art. 118 CESL señala: “*El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en la presente sección se ejercerá previa notificación al vendedor*”. Repite lo anterior, términos casi idénticos, el art. 138 CESL, pero referido a la notificación al comprador¹¹⁴.

§ 6. Las cargas del acreedor declarante son impuestas por la buena fe

Como ni la ley ni el contrato han detallado la forma en que deberá efectuarse la declaración, corresponderá a la buena fe (art. 1546 CC) en su función integradora o creadora de deberes especiales de conducta, suplir aquel vacío. Lo hará, por cierto, en términos similares a los reseñados en el párrafo sobre nociones generales de este modelo resolutorio. Así, la comunicación deberá ser dirigida al deudor, y, en principio, deberá producir sus efectos desde que es conocida por el destinatario (salvo los casos en que la ley expresamente dispone una regla diversa, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de seguro); dicha carga de comunicar la decisión al deudor, “tiene como fundamento un deber de colaboración, que entre otras cosas obliga a cada una de las partes a informar a la otra de todo aquello que pudiese interesarle con ocasión de la ejecución del contrato”¹¹⁵. También, en principio, salvo norma legal o estipulación en contrario, la declaración carece de formalidades, pero el acreedor deberá comunicarla por un medio idóneo y expedito, debiendo otorgar, por regla general, un plazo al deudor, ya sea para subsanar el incumplimiento, ya sea para que el deudor pueda prepararse frente a la resolución y buscar un contrato de reemplazo, según los mismos criterios ya mencionados. Por último, siempre quedará a salvo el control judicial posterior¹¹⁶.

¹¹³ Respecto al sentido de la expresión “notificación”, v.: art. 1.10 PICC.

¹¹⁴ Sobre la forma y efectos de la notificación, v.: art. 10 CESL.

¹¹⁵ MOLINA, Rafner, “La terminación...ad nutum”, *cit.* (n° 64), p. 98.

¹¹⁶ Con respecto a su función integrativa, Emilio BETTI señala que “la buena fe entra en juego en la fase patológica del incumplimiento, en la que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas, y, por tanto, la buena fe ya no puede jugar con función positiva, como compromiso de cumplir, pero sin embargo sigue existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguas del acreedor y del deudor; al acreedor aún cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse, en cierto modo, como en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indeferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte. Hay aquí una exigencia de corrección que le impone, incluso en esta fase, buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento”. (Emilio BETTI citado por BOETSCH, Cristián, *La buena fe contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2015, p. 130). Éste último autor (*ibid.*, p. 132) cita una sentencia de la Corte Suprema que, a propósito de las manifestaciones de la buena fe, señala: “...incluso después de terminar la relación contractual, durante las fases de liquidación del contrato el principio en estudio se mantiene, imponiendo deberes que dependerán de las circunstancias. Regla general es impedir cualquier conducta de entre las cuales una parte pudiera disminuir las ventajas patrimoniales legítimas de la otra” [*Muebles López y López Limitada con Banco Itaú Chile* (SCS, 02.09.2014, rol 14243-2013), considerando 10°]. Las citas precedentes parecen recoger implícitamente lo que, en el derecho alemán, se denomina “deberes de protección” (*Schutzpflichten*), los cuales fueron recogidos expresamente en el § 241(2) BGB, que señala: “El contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte” (traducido por VIVES, María, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, fascículo 3°, Madrid, 2002, p. 1238); la infracción de estos deberes puede dar lugar a la resolución (§ 324 BGB) y a la indemnización (§ 282 BGB).

Como enseña MORALES MORENO, “en la relación obligatoria contractual debemos diferenciar dos tipos de contenidos: los deberes de la prestación y los denominados deberes de protección o de cuidado. [...] Los deberes de prestación se orientan, prioritariamente, a la satisfacción del interés en la realización o cumplimiento del contrato. [...] Los deberes de protección se dirigen a preservar el denominado interés de integridad (*Integritätsinteresse*): el interés de cada contratante en no sufrir daño en sus bienes (personales o patrimoniales) con ocasión del desenvolvimiento de la relación contractual; o, dicho de otro modo, en mantener su *statu quo* personal y patrimonial”, MORALES, Antonio, “Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato”, en: DE LA MAZA, Iñigo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII: Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 274.

El art. III.-1:103 DCFR (buena fe contractual) establece que toda persona debe actuar de acuerdo con el principio de buena fe en el cumplimiento de una obligación, en el ejercicio de su derecho a reclamar el cumplimiento, en el ejercicio de los remedios por incumplimiento y en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o relación contractual. Este deber no puede excluirse o limitarse por contrato u otro acto jurídico.

Por último, el art. 77 CVCIM establece que: “la parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

Sobre los deberes de protección, v.: BOETSCH, Cristián, *ob. cit.* (n° 116), pp. 124-126; RODRÍGUEZ, Javier, “Deberes de protección, ‘aun frente

§ 7. ¿Y la fuerza obligatoria del contrato?

Nuestro art. 1545 CC establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Uno de los problemas que enfrenta la resolución unilateral es la aparente falta de “causa legal” que permita la extinción del contrato.

Reiteremos que, en las cláusulas resolutorias, no se da el problema, pues son los propios contratantes quienes, de mutuo acuerdo y previa negociación, incorporan tales estipulaciones al contenido del contrato, y, como forman parte integrante del mismo, son obligatorias para ellos.

Volviendo a la resolución unilateral, estimamos que la fuente legal que autoriza la extinción por comunicación es el propio art. 1489 CC que, como ya hemos manifestado, no consagra expresa y forzosamente el modelo de resolución judicial, es más, el precepto no regula la forma en que debe ejercerse el remedio resolutorio, limitándose a consagrar el derecho de opción del acreedor insatisfecho y vetar implícitamente la resolución automática.

Además, consideramos que los casos específicos antes referidos (desistimiento, cesación, etcétera) son manifestaciones particulares de una forma de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria, que puede entenderse como de aplicación general y que coexiste con el régimen judicial de resolución.

V. CONCLUSIONES

El modelo de resolución judicial, debido a sus costos, duración y el número de discrepancias que existen tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, no armoniza con las necesidades actuales del tráfico jurídico.

El artículo 1489 CC no consagra de forma expresa el modelo de resolución judicial, por lo que no debe ser impuesto forzosamente tal forma de ejercicio del remedio resolutorio. La función del artículo indicado, además de otorgar el derecho de opción al acreedor insatisfecho, es proscribir la resolución automática o *ipso facto* por el mero incumplimiento.

El repudio al modelo de resolución automática se manifiesta, además, en otras reglas del Código Civil, como ocurre con los artículos 1879 y 1487 CC. Por los gravísimos problemas (teóricos y prácticos) que trae aparejado este modelo, y especialmente, por conculcar el régimen de remedios contractuales del acreedor, abogamos por su desuso, y, de *lege ferenda*, por la prohibición del pacto de resolución automática.

El ejercicio de la resolución por medio de una declaración de voluntad unilateral del acreedor es la forma que, mayoritariamente, ha sido adoptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y también por los diversos instrumentos de Derecho Privado Internacional Uniforme.

Nuestro Código Civil reglamenta situaciones especiales que reconocen el modelo de resolución unilateral en los casos que concede el derecho de desistimiento del contrato, de cesación inmediata del arrendamiento, de disolución de la sociedad colectiva civil por incumplimiento y de exigir el retiro forzoso del socio por la negativa a aumentar el aporte en caso de variación de las

a terceros”, en la dogmática alemana”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 307-321.

Acerca de la integración de los contratos, v.: BOETSCH, Cristián, *ob. cit.* (n° 116), pp. 93-97 y pp. 122-132; DOMÍNGUEZ, Carmen, “Aspectos de la integración del contrato”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 251-262; VIDAL, Álvaro, *La construcción... cit.* (n° 62), pp. 209-227.

circunstancias. Sin embargo, no debe pensarse que este modelo resolutorio queda limitado a estas pocas situaciones; ellas son manifestación de un modelo de ejercicio que debe entenderse comprendido en la facultad resolutoria que otorga el artículo 1489 CC, y, por tanto, de aplicación general.

Finalmente, la recepción del modelo de resolución por declaración unilateral o por cuenta y riesgo del acreedor puede tener lugar mediante el reconocimiento jurisprudencial; pero, admitiendo lo improbable de aquello, de *lege ferenda*, conviene incluir expresamente dicho modelo en la letra del Código Civil, para despejar cualquier duda sobre su procedencia y validez.

BIBLIOGRAFÍA

I. Obras generales y monografías

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las Obligaciones*, t. I, 6ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2014.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda, Santiago, 1988.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, t. II, vol. 1º, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO, *Curso de Derecho Civil, Segundo año, primera parte: de las obligaciones en general*, 4ª ed., Ed. Nascimento, Santiago, 1932.

BOETSCH, CRISTIÁN, *La buena fe contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2015.

CÁRDENAS VILLARREAL, HUGO Y REVECO URZÚA, RICARDO, *Remedios Contractuales*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018.

CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Vol. X, De las Obligaciones*, Ed. Nascimento, Santiago, 1936.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN, *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2015.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Contratos y daños por incumplimiento*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2018.

COURT MURASSO, EDUARDO, *Curso de Derecho Civil: Teoría General del Acto Jurídico*, 2ª edición, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985.

DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1989.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I: Introducción. Teoría General del Contrato*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

FUEYO LANERI, FERNANDO, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

GREGORACI, BEATRIZ, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho Privado Romano*, t. II, 2ª ed.: Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2013.

JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, *Curso de Derecho Comercial*, t. II, vol. 1, 2ª ed., Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO *Teoría de los Contratos, t. I: Parte General*, 4ª ed., Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los Contratos. Parte General*, 5ª ed., actualizada por Elorriaga, Fabián, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

MEJÍAS ALONSO, CLAUDIA, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

PIZARRO, RAMÓN Y VALLESPINOS, CARLOS, *Instituciones de Derecho Privdo. Obligaciones. Vol. 2: Cumplimiento, tutela satisfactiva, conservatoria, resolutoria y resarcitoria del crédito. Teoría general del incumplimiento obligacional*, Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999.

POTHIER, JOSEPH, *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores,; Imprenta y Lit. de J. Roger, Barcelona, 1841. Disponible en: <http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigitalHispanica/Inicio/index.html> [fecha de consulta: 19 de agosto de 2018].

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Inexistencia y nulidad en el código civil chileno. Teoría bímembre de la nulidad*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

RUZ LÁRTIGA, GONZALO, *Explicaciones de Derecho Civil, t. II, Obligaciones*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2015.

STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *El mandato civil*, 5ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª edición actualizada y aumentada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

II. Artículos doctrinarios en revistas u obras colectivas

AGUAD DEIK, ALEJANDRA, “Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, fascículo 3º, Madrid, 2002.

ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE, “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido”, en: *Revista Actualidad Jurídica*, año IV, n° 8, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2004.

ÁLVAREZ CID, CARLOS, “¿El pacto comisorio simple no es más que la condición resolutoria tácita expresada?”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007.

BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014.

BARROS BOURIE, ENRIQUE, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en: GUZMÁN, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008.

BÉCAR LABRAÑA, EMILIO, “Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato”, en: *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 2, Santiago, 2010.

BONET CORREA, JOSÉ, “Los actos contrarios a las normas y sus sanciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, fascículo 2º, Madrid, 1976.

BORDA, ALEJANDRO, “Capítulo XIII: Efectos Particulares”, en: BORDA, Alejandro (dir.) *Derecho Civil, Contratos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

BOTTESELLE, ANDREA, “El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad en el derecho privado”, en: CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007.

CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de contratos”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coord.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011.

CAPRILE BIERMANN, BRUNO, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39, Valparaíso, 2012.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN, “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, N° 1, Antofagasta, 2011.

CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN, “El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (right to cure). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 23°, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2017.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “Falsos exonerados”, en: *Derecho y Academia, El blog de Hernán Corral*, 2016, disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/prescripcion-de-la-accion-de-nulidad-absoluta/> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018].

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO, “El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 39, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, “El contenido de la relación obligatoria”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17, fascículo 2°, Madrid, 1964.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 22, fascículo 2°, Madrid, 1969.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, “Aspectos de la integración del contrato”, en: FIGUEROA, Gonzalo *et al* (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

ERBETTA, ANDRÉS, “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el art. 1999 inc. 2° del Código Civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2017.

FENOY PICÓN, NIEVES, “El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del Código Civil de 2009”, en: DE LA MAZA, Iñigo (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

FENOY PICÓN, NIEVES, “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, fascículo 3°, Madrid, 2015.

FORNO FLOREZ, HUGO, “La resolución por incumplimiento”, en: DE LA PUENTE, Manuel y

MUÑIZ, JORGE, *Temas de Derecho Contractual*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1987.

FREYTES, ALEJANDRO, “La rescisión unilateral y los contratos de duración”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 2°, N° 2, Córdoba, 2011.

GALAZ RAMÍREZ, SERGIO, “¿Puede el deudor demandado enervar la acción resolutoria, pagando?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 12, Concepción, 2004.

GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO: “El derecho a desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil”.

ALBIEZ, KLAUS (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.

HINESTROSA, FERNANDO, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 26, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

KUNCAR ONETO, ANDRÉS “Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato”, en: DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA, “El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA, “La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el código civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2017.

MEJÍAS ALONSO, CLAUDIA, “El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil”, en: DE LA MAZA, I. (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

MEJÍAS ALONSO, CLAUDIA, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2013.

MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA, “Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2016.

MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA Y SEVERIN FUSTER, GONZALO, “La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX, N° 2, Valdivia, 2017.

MOLINA MORALES, RAFNER, “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

MOLINA MORALES, RAFNER: “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009

MOLL DE ALBA LACUVE, CHANTAL, “El pacto comisorio en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho vLex*, N° 10, Ed. vLex, España, 2003, disponible en: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pacto-comisorio-codigo-civil-189446> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2018].

MORALES MORENO, ANTONIO, “Evolución del concepto de obligación en el Derecho Español”, en MORALES MORENO, Antonio, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

MORALES MORENO, ANTONIO, “Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato”, en: DE LA MAZA, Iñigo (editor) *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII: Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

NAVARRETE, JOE, “La resolución por cláusula resolutoria expresa”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013.

PALADINI, MAURO, “Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento”, en *Revista IUSTA*, N° 30, Vol. 1, Bogotá, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 42, fascículo 4º, Madrid, 1989.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, fascículo 4º, Madrid, 1993.

Peñailillo Arévalo, Daniel, “La reforma del Código Civil francés en Derecho de Obligaciones, y el Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”, en: *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 231-232, año LXXX, Concepción, 2012.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno”, en: *De la Maza, Iñigo (editor), Cuadernos de Análisis Jurídico, III: Temas de Contratos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2007.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, t. XXXVI, Valparaíso, 2011.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual”, en: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2012.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos tan cerca”, en *Domínguez Hidalgo et al (coordinadores), Estudios de Derecho Civil VIII*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013.

PIZARRO WILSON, CARLOS, “Comentarios de jurisprudencia. Pacto comisorio calificado. Necesidad de un acto recepticio por el acreedor (Corte Suprema, 21 de enero de 2013, rol 5504-2011)”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

RODRÍGUEZ OLMOS, JAVIER, “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

RONQUILLO, JIMMY, “La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial”, en: TORRES, Manuel (coord.), *Los Contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Ed. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2013.

SAN MIGUEL, 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*, Vol. 64, fascículo 4º, Madrid, 2011.

SAN MIGUEL, LIS PAULA, “La modernización del Derecho de Obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno”, en: *Cuadernos de análisis jurídico, t. VII: Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.

SANABRIA GÓMEZ, ARTURO, “La resolución en el derecho colombiano”, en: GAITÁN, José y

MANTILLA, FABRICIO (directores), *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del derecho comparado*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

SÁNCHEZ, JULIO Y TINTI, GUILLERMO, “El pacto comisorio. Su consideración en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, en el Código Civil y en los proyectos de reforma”, en: MOISSET, Luis (editor), *Homenaje a los congresos de Derecho civil, t. II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 2009.

SAVAUX, ERIC, “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, fascículo 3º, Madrid, 2016.

SEVERIN FUSTER, GONZALO, “El desistimiento del cliente en los contratos de servicio: un derecho ad nutum. Bases normativas en el Código Civil chileno”.

MANTEROLA, PABLO, *Estudios de Derecho Civil XII, Ponencias presentadas en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2017.

TORRES MÉNDEZ, MIGUEL, “Pacto comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria”, en: *Revista Ius et Veritas*, N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, Valparaíso, 2000.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en PIZARRO, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009.

VIVES MONTERO, MARÍA, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, fascículo 3º, Madrid, 2002.

III. Tesis de Doctorado

FENOY PICÓN, NIEVES, *Falta de conformidad del objeto, modelo de compraventa y sistema de acciones. Evolución del ordenamiento español*, tesis doctoral.

MORENO, ANTONIO, Universidad Autónoma de Madrid, España, 1993, disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/4550> [fecha de consulta: 27 de agosto de 2018]

RIVERA RESTREPO, JOSÉ, *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, memoria para optar al grado de doctor, dirigida por Anguita Villanueva, Luis, Universidad Complutense de Madrid, España, 2015, disponible en: <http://eprints.ucm.es/33853/> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2018].

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, *La resolución extrajudicial: modelos de derecho comparado y evolución del derecho español*, tesis para obtener el grado de Doctor, dirigida por MORALES MORENO, Antonio, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2003, disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/4343> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2018].

IV. Tesis de licenciatura

OLIVA LEAL, NICOLÁS, *Las cláusulas resolutorias. Sobre la validez o ineficacia de las cláusulas resolutorias en el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos*, tesina para optar al egreso de la carrera de Licenciatura en Derecho, dirigida por BARDISA ELGUETA, Carolina, U. Católica de la Santísima Concepción, Concepción, 2017.

VELASCO ALESSANDRI, JOSÉ, *La exclusión de un socio en el Derecho Societario chileno*, memoria de prueba para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, dirigida por PALMA JARA, Juan, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

YÚSARI KHALILYEH, TAREK, *Los remedios contractuales frente al incumplimiento recíproco del contrato bilateral*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por PIZARRO WILSON, Carlos, Universidad de Chile, Santiago, 2011.

V. Jurisprudencia nacional

AGRÍCOLA Y COMERCIAL CHILENUT CON BOCAZ CONTRERAS, SCA de Chillán, de 14 de noviembre de 2008, rol N° 212-2008, cita *Westlaw*: CL/JUR/4089/2008.

BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA CHILE CON FIGUEROA HUIDOBRO, MARCELO, SCA de Temuco, de 31 de marzo de 2015, rol N° 1371-2014, ID-vLex: 563283250.

BANCO SECURITY CON SOCIEDAD DE TRANSPORTES SAN MARCOS, SCS, de 09 de diciembre de 2008, rol N° 5821-2007, cita *Westlaw*: CL/JUR/6929/2008.

EMDEN BLUMER CON IVANYI GASPAR, SCS, de 14 de enero de 2010, rol 5431-2008, cita *Westlaw*: L/JUR/792/2010

JORGE TORDECILLAS PUENTES CON LINO PONCE IBARRA, SCA de San Miguel, de 18 de mayo 2018, rol N° 1677-2017, cita *Westlaw*: CL/JUR/2518/2018.

MARTÍNEZ MORALES BERNARDO CON DÁVILA DÍAZ JUAN CARLOS, SCA de Arica, de 27 de junio de 2018, rol N° 169-2017 (civil).

MATTA KRUMENACKER ELENA MARÍA CON MATTA FUENZALIDA GUILLERMO, FUENZALIDA LAMAS CARMEN, MATTA FUENZALIDA HERNÁN Y OTROS, SCS, de 21 de enero de 2013, rol N° 5504-2011, ID-vLex: 436280890.

MOLLO OLMOS BESTECINDO CON LABRA LÓPEZ MARÍA ONDINA, SCA de La Serena, de 3 de diciembre de 2013, rol N° 478-2013 (civil), ID-vLex: 641012037.

MUEBLES LÓPEZ Y LÓPEZ LIMITADA CON BANCO ITAÚ CHILE, SCS, de 02 de septiembre de 2014, rol N° 14243-2013, cita Westlaw: CL/JUR/6172/2014.

ROA LONGUEIRA, FERNANDO Y OTROS CON TAPIA HERMANOS LIMITADA, SCS, de 30 de diciembre de 2009, rol N° 5817-2008.

SOCIEDAD INMOBILIARIA E INVERSIONES DOÑA OLGA LTDA. CON INSTITUTO TECNOLÓGICO DEL ACONCAGUA LTDA, SCA de Valparaíso, de 17 de noviembre de 2016, rol N° 1891-2016 (civil), ID-vLex: 653447665.

Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias, t. V, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, Código civil y leyes complementarias, t. VII, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

VI. Jurisprudencia extranjera

Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 9 de junio de 1971, sala de casación civil, en: Gaceta Judicial, t. CXXXVIII, Bogotá D.E., 1973, disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta Judicial/GJ CXXXVIII n.º 2340-2345 \(1971\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXVIII%20n.%202340-2345%20(1971).pdf)

Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 30 de agosto de 2011, sala de casación civil, n° de referencia del proceso: 11001-3103-012-1999-01957-01, (ID-vLex: 316765778).

VII. Diccionarios

ALEMANY Y BOLUFER, José, *Nuevo diccionario ilustrado Sopena de la lengua española*, Editorial Ramón Sopena, S.A., Barcelona, 1967.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Ed. Espasa, Madrid, 2014, disponible en: <http://dle.rae.es> [consulta: 29 de agosto, 2018].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario del español jurídico*, dirigido por MUÑOZ MACHADO, Santiago, Ed. Espasa, Madrid, 2016, disponible en: <http://dej.rae.es> [fecha de consulta: 29 de agosto, 2018].