Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 225-226 (1-2): 7-44, 2009
ISSN 0303-9986

LA REFORMA DEL CÓDIGO ESPAÑOL EN OBLIGACIONES Y CONTRATOS Y LA REFORMA DEL CÓDIGO CHILENO

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

INTRODUCCIÓN

En enero de 2009 el Boletín de Información del Ministerio de Justicia español publicó una "Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos", confeccionada por la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación de España.

El objetivo de este trabajo es difundir entre nosotros esa iniciativa, comentar algunos de sus principales capítulos y aprovechar las proposiciones para confrontarlas con los textos respectivos del Código Civil chileno y la reforma que en estas materias requiere.

La propuesta se gesta en una época (finales del siglo XX y comienzos del XXI) en la que se suceden acontecimientos influyentes en la regulación de las instituciones civiles y, particularmente, de las obligaciones y los contratos.

Por una parte, el surgimiento de nuevos códigos civiles; en Europa (en donde destaca el holandés) y en América (en donde sobresalen el Código Civil de Québec y el reciente Código Civil brasileño de 2002). Por otra, reformas profundas a códigos de los siglos XIX y XX, como la del Código Civil alemán en la materia de obligaciones y prescripción y otras que se están proponiendo, como las del Código Civil francés. Directivas de la Unión Europea, incidentes en la materia. Varias proposiciones de Derecho uniforme, generales y para la Unión Europea, como los Principios de la contratación comercial internacional (Principios Unidroit), los Principios

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del Derecho Europeo de Contratos (PECL), el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (Proyecto de Pavía). En fin, y destacadamente, la Convención de Viena[1].

I. OBSERVACIONES GENERALES

Apreciaciones formales

En apreciación formal el proyecto exhibe algunas imperfecciones y varias reiteraciones. Asimismo, podría mejorarse el orden en la exposición de las materias (por ej. en las normas sobre "Contenido de los contratos" hay algunas reglas que pertenecen más bien a la formación, que tiene un capítulo especial).

También hay algunas imprecisiones terminológicas que podrían ser revisadas (así, por ej., algunas contraprestaciones, generalmente cuando son dinerarias, suelen ser calificadas de "precio"; como precio sólo hay en la compraventa, y se nota que la respectiva regla tiene pretensión de vigencia muy amplia, debería evitarse referirse a ella con ese calificativo; tal acontece en textos como los arts. 1197, 1198, 1277).

Por último, se incurre en algunas omisiones, de entre las cuales la más importante parece ser la falta de regulación de los efectos respecto de terceros en la resolución por incumplimiento y en la nulidad.

Sin embargo, estos defectos pueden encontrar explicación en la circunstancia de que se trata de una "propuesta de anteproyecto de ley" como se anuncia en la edición del documento (aunque aquí lo llamaremos abreviadamente "el Proyecto").

–Se confieren facultades al juez para intervenir en la esfera del contrato (tradicionalmente privativa de los contratantes).

Como es sabido, en el ámbito de la contratación la labor tradicional del juez ha sido la de imponer cumplimiento o declarar ineficacia (en sentido amplio). Aquí se continúa la tendencia que entrega al juez poderes para participar en el contenido del contrato. Así se nota, por ej., en las materias de lesión (art. 1301) y de imprevisión (art. 1213); el juez puede también participar en la determinación del tercero encargado de señalar precio y,

[1] Una síntesis de este movimiento de "europeización del Derecho Privado" puede verse en Zimmermann, Reinhard: *The New German Law of Obligations*. Oxford University Press. New York, 2005, p. 35 y sgts.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aun, puede él fijarlo si el tercero se aparta significativamente de los criterios que se le dieron (según parece desprenderse de la frase "se estará a lo que los Tribunales decidan", expresión que no es del todo clara)(art. 1277 N° 2).

–Se atiende a la rapidez y a la certeza, con base en el *nemo auditur* y la buena fe (y sus derivados directos: la doctrina de los actos propios y la protección al tráfico mediante la apariencia).

La persecución de esos objetivos se nota especialmente en la regulación de materias como la formación de contratos, la interpretación de contratos, la representación y la nulidad.

En todo caso, convendría formular una declaración genérica de que los contratos deben prepararse, celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (aunque tal vez se ha omitido considerando la regla general del título preliminar del Código Civil español, sobre el ejercicio de buena fe de los derechos, contenida en el art. 7 inc. 1°).

–El histórico proceso de flexibilización de la obligación es llevado al límite en el elemento subjetivo.

Por cierto, es admitida la cesión de créditos; también la asunción de deudas y la delegación; y se incorpora la cesión de la posición contractual (art. 1227) (a nuestro parecer mejor que la denominación "cesión de contrato"), que venía ya regulada con éxito por el Código Civil portugués[2].

–Se tiende a desjudicializar algunas ineficacias.

La actitud de evitar en lo posible el conflicto judicial, que presenta importantes ventajas (aunque también algunas objeciones), se concreta en el Proyecto en dos importantes causales de ineficacia, que quedan entregadas a una manifestación unilateral de voluntad: la resolución por incumplimiento, en lo que se sigue una marcada tendencia actual (arts. 1199 y sgts., sobre lo que nos extenderemos pronto), y ahora también la nulidad (art. 1305). Ciertamente, en este último tema la decisión resulta particularmente controvertible (y ante los textos propuestos estimamos que merece una mayor maduración).

–No se acoge la distinción entre obligaciones de medio y de resultado.

Careciendo de mayores antecedentes sobre la elaboración del Proyecto, no podemos explicarnos la ausencia de esta clasificación de las obligaciones; podría deberse: a una preferencia por abstenerse de clasificar en los textos legales (optando por entregar esa tarea a la doctrina) o a que se

[2] V. también ahora el Proyecto de Pavía.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estima que hay falta de consolidación en el Derecho español.

El Proyecto Catalá de reforma al Código Civil francés (en adelante "el Proyecto Catalá")(en su art. 1149) la incorpora expresamente (lo que no es extraño considerando el éxito que en Francia ha tenido esa clasificación; pero en la doctrina española también ha sido bastante acogida[3]).

–La causa se mantiene.

No se desarrolla; pareciere pretenderse evitar rigorismos, imprecisiones y aun conceptos, que dejen a la causa como elemento de incertidumbre en el conveniente desenlace constructivo del contrato (arts. 1238 y sgts.), pero no estamos ciertos de que se haya logrado.

Es exigida para el contrato (no para la obligación; como en el código vigente, en los arts. 1274 y sgts.).

Se dispone que si falta, el contrato es nulo, pero se omite disponer qué es, en qué consiste[4].

II. COMENTARIOS ESPECÍFICOS

1. La Patrimonialidad de la prestación (art. 1088)

En la historia del Derecho Privado se ha discutido intensamente si

[3] En el Derecho español debe ser mencionado el estudio de Cabanillas Sánchez, Antonio: *Las Obligaciones de Actividad y de Resultado*. Edit. Bosch. Barcelona, 1993.

[4] El Proyecto Catalá mantiene la causa (art. 1124 y sgts. y, al parecer, en la concepción de causa final, conforme a los arts. 1126 y 1126-I). En comentarios a ese Proyecto se ha planteado que mantener la causa se justifica mientras en el Derecho francés falte una regla general para solucionar los desequilibrios graves que presente el contrato, al celebrarse o durante su ejecución; y que quedando eliminada en los textos europeos recientes el Derecho francés queda al respecto aislado (Mazeaud, Denis: "Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones y de la Prescripción en Francia". En Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno. Separata de la *Rev. Actualidad Jurídica*, N° 16. Univ. del Desarrollo. Santiago, 2007, p. 89 y sgts.; para el punto, p. 109 y sgts.).
El Proyecto Argentino de Derecho Privado Unificado (de 1998) contiene algunas proposiciones interesantes a este respecto (en sus arts. 257 y 259). Desde luego, la refiere al acto (no sólo al contrato). Y dispone una dualidad conceptual. Por una parte, se establece que los motivos personales son relevantes cuando integran expresa o implícitamente la declaración de voluntad común. Y, por otra, en una dirección finalista, dispone que la causa debe existir al celebrarse el acto jurídico y mantenerse durante su ejercicio. Luego regula las hipótesis de inexistencia (inicial) y de insubsistencia o frustración; la inexistencia invalida el acto, y la insubsistencia o frustración da lugar a la extinción o adecuación. Por último, en los contratos, conecta la causa con la imprevisión (V. Picasso, Sebastián: "La Teoría General del Contrato en los Proyectos de Reforma del Código Civil Argentino". En Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno. Separata de la *Rev. Actualidad Jurídica*, N° 16. Univ. del Desarrollo. Santiago, 2007, p. 79).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para que se configure una obligación, en el sentido jurídico, se requiere o no que la prestación tenga naturaleza patrimonial (o valor económico)[5].

El problema, en apariencia específico, viene a decidir, en gran medida, la frontera del campo del Derecho de obligaciones, en términos de que se reduce o extiende en importante magnitud. Aquí se describirá sólo una extrema síntesis.

a) El planteamiento que puede ser considerado clásico postula que sí, que sólo las prestaciones patrimoniales configuran obligaciones (en el sentido jurídico). Si no, el vínculo será moral (religioso, familiar o de otra naturaleza), pero no constituirá auténtica obligación.

Construido a partir de un texto del Digesto[6], con él la Escuela histórica sostuvo que el Derecho romano exigía la patrimonialidad de la prestación. Luego de este precedente se destaca, como argumento fundamental, que la falta de este requisito provocaría la imposibilidad de ejecución forzosa y aun de indemnización en caso de incumplimiento. Por último, se advierte que el Derecho de obligaciones es una rama del Derecho patrimonial, por lo que es natural que se exija esta patrimonialidad (así, después de Pothier, los exégetas franceses como Aubry et Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde)[7].

b) Pero se ha ido difundiendo ampliamente la tesis opuesta. La patrimonialidad no es requisito de la prestación para que se configure una obligación. Sólo basta que exista en el acreedor un interés digno de tutela o protección jurídica.

En cuanto al antecedente romano se ha intentado desvirtuarlo mediante interpretaciones que reducirían la aplicación del texto del Digesto

[5] En Chile el relato de esta discusión, con mención de numerosos autores, puede consultarse en Montenegro, María: *El Concepto de Obligación y su Evolución*. Edit. Universitaria. Santiago, 1953; Tomasello, Leslie: *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1969; Domínguez, Carmen: *El daño moral*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2000, T. I., p. 170 y sgts.

[6] *Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt* (L. XL, tít. VII, fr. 9, Parr. 2.). Su alcance ha sido, sin embargo, discutido, como se verá.

[7] Los datos para sus opiniones pueden verse en la obra de doña María Montenegro, citada. Para insistencias más actuales V. Cristóbal Montes, Angel: *La Estructura y los Sujetos de la Obligación*. Edit. Civitas. Madrid, 1990, p. 188 y sgts. quien, a propósito de lo que luego se dirá sobre el interés no patrimonial, reitera que no debe confundirse la naturaleza del interés del acreedor con el de la prestación. Y concluye que en el Derecho la obligación ha sido concebida para la vida de relación entre los hombres, pero no para cualquier tipo de relación (afectiva, estética, moral), sino para la económica (comercial, en el amplio sentido de tráfico económico). V. también, del mismo autor: "¿Es la Patrimonialidad Requisito de la Prestación?" *En Rev. Jurídica de Catalunya*. Barcelona, 1990, Nº 3, p. 623 y sgts.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a los casos allí mencionados (y se citan, además, otros pasajes al parecer en sentido opuesto). Luego se plantea que incluso en los casos de intereses no económicos puede descubrirse un interés indirectamente patrimonial[8]. Y en cuanto a los efectos por incumplimiento, la sentencia de condena pecuniaria, además de la función reparadora –se dice– puede cumplir también una función de pena, y este último cometido es perfectamente aplicable en el incumplimiento de obligaciones no pecuniarias. Se argumenta también con la generalizada admisión de la reparación del daño moral. Se agrega que ya el cumplimiento llamado voluntario constituye una producción de efectos de la obligación, y ese cumplimiento es perfectamente posible en las obligaciones no patrimoniales. Y, en fin, en muchas situaciones es posible incluso algunos cumplimientos forzosos y formas particulares de indemnización de perjuicios.

El postulado fue iniciado por Ihering[9] y continuado por otros autores alemanes como Windscheid (a través del cual se entiende que penetró en el Código Civil alemán). También lo comparten Planiol y Ripert[10], y, muy decididamente, Hernández Gil[11] y Colmo[12].

c) Posteriormente se ha desarrollado, y con bastante fortuna, una posición intermedia, en la que se perciben a lo menos dos matices.

Por una parte (como la modalidad más adoptada en la doctrina), se ha sostenido que debe distinguirse entre el interés que el acreedor tiene en la prestación y la prestación misma. Se estima que la prestación debe ser siempre de naturaleza patrimonial, pues de lo contrario no pueden producirse los efectos propios de una obligación, como la ejecución forzosa; pero el interés del acreedor puede no ser patrimonial, sino moral, religioso, etc.

[8] Así acontece en el difundido ejemplo de la obligación de no tocar el piano. Se cita como ejemplo de prestación no patrimonial pero con legítimo interés digno de tutela, el de un arrendatario que se obliga a no tocar el piano, según lo ha exigido el arrendador, que vive al lado. Pues bien –se dice– si el arrendatario incumple, el arrendador podrá pedir la resolución del contrato, lo que traerá perjuicios o desventajas patrimoniales al arrendatario (tendrá que buscar nueva vivienda, pagar gastos de traslado, etc.).

[9] "Del Interés en los Contratos y de la Supuesta Necesidad del Valor Patrimonial de las Prestaciones Obligatorias". En el volumen titulado *Tres Estudios Jurídicos*. Buenos Aires, 1947 (en edición autónoma, trad. de Adolfo Posada. Ed. La España Moderna. Madrid, s.f.).

[10] Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil*. Trad. de Mario Díaz. Edit. Cultural. La Habana, 1946. T. VI, p. 302.

[11] Hernández Gil, Antonio: *Derecho de Obligaciones*. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Edit. Ceura. Madrid, 1983, p. 110 y sgts.

[12] Colmo, Alfredo: *De las Obligaciones en General*. Edit. Kraft. Buenos Aires, 1944, p. 24 y sgts.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(así, primero Scialoja y luego De Ruggiero, Messineo, Castán Tobeñas)[13].

Por otra, acudiendo a la distinción entre débito y responsabilidad se ha propuesto que para la conformación de una obligación basta que se tenga un interés digno de tutela jurídica, de modo que si el contenido de la prestación no es patrimonial, ella constituye un débito jurídico. Ahora bien, como tal, no puede ser ejecutado en el patrimonio del deudor; por tanto, no lleva aparejada responsabilidad; pero sí puede constituir substrato de una válida garantía patrimonial. Entonces, si voluntariamente se conviene una pena (cláusula penal) de naturaleza patrimonial, surge una obligación completa: débito y responsabilidad. Así, la validez de la pena se funda en la validez del débito, de la deuda[14].

Por último, formulamos dos observaciones generales que nos terminan conduciendo a prescindir de la exigencia de la patrimonialidad:

–La primera, que tal como se ha dicho[15], la solución de este conflicto depende en gran medida de la concepción que se tenga en general del campo que corresponde al Derecho en general y al de las obligaciones en particular, en orden a si se regulan solamente intereses de orden económico o también de naturaleza extrapatrimonial.

–Y la segunda, que es cierto que la conclusión de admitir como obligaciones (en sentido jurídico estricto) a los vínculos sin contenido patrimonial presenta el peligro de considerar a tales deberes puramente morales, sociales, religiosos, de adhesión intelectual y otros, pero este peligro es conjurable recordando que la conclusión de que un vínculo constituye o no obligación no se define exclusivamente con el contenido de la prestación; también con la presencia de los demás elementos y, destacadamente, con la intención de obligarse llamada, en general, seriedad de la voluntad.

Por lo mismo hay que concluir que, al igual que frente a muchos otros conceptos jurídicos, se presentarán situaciones fronterizas, difíciles de resolver en abstracto, las cuales han de entregarse a la prudencia del juez,

[13] V. De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. de Serrano y Santa-Cruz. Edit. Reus. Madrid, 1977, T. II, pp. 17 y 18; Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. de Sentis Melendo. Edics. Js. Europa-América. Buenos Aires, 1971, T. IV, p. 9 y sgts.; Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. 16ª. ed. revisada. por García Cantero. Edit. Reus. Madrid, 1992, T. III, pp. 79 y 80.

[14] Así Pacchioni, Giovanni: *Diritto Civile Italiano*. 3a. ed. Edit. Cedam. Padova, 1941. Parte seconda, vol. I, p. 281 y sgts.

[15] Colmo, Alfredo. Ob. cit. p. cit.; Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 115.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que dispondrá de los elementos del caso para resolver.

En cuanto a los textos positivos, los códigos del siglo XIX en su mayoría no disponen de reglas precisas al respecto[16]. Los más recientes exhiben una tendencia en favor de admitir la obligación con prestación sin contenido patrimonial (aunque a veces con textos no del todo terminantes). En este sentido, por ejemplo: el Código Civil alemán (art. 241), cuyos comentaristas estiman que no exige la patrimonialidad[17]; el Código Civil italiano, que adopta una fórmula de las denominadas intermedias (art. 1174) al cual sigue el Código Civil boliviano (en su art. 292); el proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1998 (art. 675); el Código Civil portugués, que adopta, resueltamente, la doctrina que admite que la prestación puede no ser patrimonial (art. 398, 2.).

El Proyecto se adscribe a esta última postura: "La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor" (art. 1088 inc. 2°). Ciertamente, el texto es muy semejante al equivalente en el citado Código portugués.

El Código chileno, como la mayoría de los de su época, no contiene norma al respecto. Ante este estado, la opinión al parecer dominante es que es admisible una obligación cuya prestación no tenga naturaleza patrimonial[18]. Así lo estimamos también[19].

Respecto a las reglas para la indemnización por incumplimiento, es efectivo que las del Código chileno están dictadas considerando la violación de prestaciones con contenido patrimonial, pero eso sólo significa que existe laguna legal para las que carecen de ese contenido (y no es suficiente razón para excluir las que carecen de aquel contenido) y corresponde al juez en tal

[16] Lo que en algunos países ha permitido amplia discusión doctrinaria y variadas decisiones jurisprudenciales. Incluso, hay códigos en que no hay silencio, sino textos de dudoso sentido (es la situación de Argentina; y allí al parecer la mayoría de los autores entiende que el código exige la patrimonialidad).

[17] Con la opinión contraria De Giorgi, quien postula que el texto (no obstante lo expresado en los motivos) no ha innovado respecto de la doctrina clásica (Giorgi, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Trad. de la 7ª. ed. italiana por la Redacc. de la Rev. Gral. de Legisl. y Jurispr. Reimpr. Edit. Reus. Madrid, 1969. T. I. Nº 228, p. 203 (nota).

[18] Así Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Ed. facsimilar. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1979. T. V, p. 8; Montenegro, María. Ob. cit. p. 18 y sgts.; Tomasello, Leslie. Ob. cit. p. 132 y sgts.; Domínguez, Carmen. Ob. cit., p. 226 y sgts.; Gatica, Sergio: *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento de Contrato*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1959, p. 152; León, Avelino: *El Objeto en los Actos Jurídicos*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1958, p. 16 y sgts. En contra, Stitchkin, David: *Derecho Civil*. Edit. Universitaria. Santiago, s/f. T. I. De las obligaciones, p. 8.

[19] V. nuestro *Obligaciones*. Teoría general y clasificaciones. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2003, p. 92 y sgts., con las observaciones que ahí se consignan.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

situación colmar el vacío (con los arts. 10 del Cód. Orgánico de Trib. y 170 N° 5 del Cód. de Proced. Civil)[20, 21].

2. Las fuentes de las obligaciones (arts. 1092, 1093 y 1094)

–Desde que, por influencia del Derecho justinianeo (con los precedentes de Gayo), quedaron enunciadas las cuatro más difundidas fuentes de las obligaciones[22], por siglos la única novedad fue la agregación de la ley, mencionada por Pothier, que a su vez influye en el posterior cuadro del Código francés (art. 1370)[23].

Después de largo tiempo de reinado de esa propuesta, fue apareciendo la disconformidad; producto, por una parte, de diversos criterios sistemáticos y, por otra, de los nuevos requerimientos de la realidad social.

Surgieron primero las fórmulas sintéticas, que las redujeron a dos (el contrato y la ley); y luego a una (la ley, sobre la explicación de que toda obligación adquiere ese carácter debido a que la legislación así lo sanciona), resultado inútil, al menos para la finalidad de ordenar la regulación por categorías. Y más tarde las analíticas, que al extenderse terminan perdiendo asimismo aquella función[24].

[20] En este sentido Montenegro, María. Ob. cit. p. 19.

[21] V. un caso interesante en *RDJ*. T. 7, secc. 1ª. p. 5.

[22] V. Sarmiento García, Manuel: "Las Fuentes de las Obligaciones en el Derecho Romano Clásico y su Vigencia en el Derecho Civil Moderno". En *Estudios de Responsabilidad Civil*. Univ. Externado de Colombia. Bogotá, 2003, p. 123 y sgts., especialmente p. 141 y sgts. El autor postula la vigencia de otras fuentes (aunque de alcance limitado) fuera del contrato y del delito, en la época del Derecho romano clásico (como la promesa unilateral y el enriquecimiento injustificado). Agrega que las cuatro fuentes que pasaron al Derecho moderno proceden más bien del Derecho justinianeo (que desconoció el tratamiento autónomo que el Derecho clásico efectuó de la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad, como fuentes, sin vinculación con el contrato). Conviene retener esta interesante observación para confrontarla con la sistemática adoptada por el Proyecto de Reforma del Cód. francés al que nos estamos refiriendo (el Catalá).

[23] Pero ya en el siglo XVII esa clasificación había sido puesta en entredicho por la corriente del Derecho natural racionalista (con gran aceptación Grocio las redujo a tres: el contrato, el delito y la ley); pero Pothier vuelve al esquema justinianeo.

[24] Estando presente también la actitud excéptica; en dirección positivista se ha manifestado que "es indiferente que esta fuente consista en un negocio entre las partes o en un hecho cualquiera; lo decisivo es su tipificación como causa de tal virtualidad en el catálogo legal correspondiente. Sin esta tipicidad, la obligación podrá ser de Derecho natural, pero no es una obligación civil. Es la norma positiva la que atribuye o no valor jurídico a la relación, con arreglo a las concepciones sociales de los distintos tiempos y lugares" (Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho, Francisco; Luna, Agustín; Delgado, Jesús; Rivero, Francisco y Rams, Joaquín: *Elementos de Derecho Civil*. Edit. Dikinson, 3ª ed. revisada por Francisco Rivero.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En las diversas alternativas, desde que la ley fue consignada como fuente ha permanecido y con notoria firmeza, pero ha ido variando el rol que se le atribuye, con influencia de distintos factores, señaladamente el grado de inmediatez con que se conciba la proposición de fuentes respecto de la obligación que genera. Así, la ley suele aparecer como fuente directa, o como un respaldo de otra, o, incluso, como integrante de una fuente híbrida (que es la mejor expresión de lo que acontece en la realidad)[25].

–A diferencia de los códigos del siglo XIX, los del siglo XX evitan la formulación de fuentes y prefieren regular varias (con lo cual dejan al tribunal mayor poder discrecional a este respecto). Más aún, algunos como el italiano (al que sigue el de Bolivia) consignan una fórmula tan amplia como la de resolver que "las obligaciones derivan de contrato, de hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico" (art. 1173)[26] (esta última, una categoría "en blanco", que evoca la romana *variis causarum figuris* y, en el conjunto, la proposición de Gayo).

Conviene ahora prevenir que –sobre todo en la realidad actual– las obligaciones frecuentemente se presentan mezcladas con elementos de variada naturaleza (jurídicos, éticos, económicos, sociales, tecnológicos) que

Madrid, 2003, T. II. Derecho de Obligaciones, vol. I. pp. 5 y 115).

[25] Estamos aludiendo a la realista fórmula del Prof. Hernández Gil, que distingue entre obligaciones que nacen de la voluntad con la cooperación de la ley (contratos, declaración unilateral), de la ley a partir de un presupuesto de voluntad (contratos dirigidos, actos ilícitos, gestión de negocios sin mandato), o de la ley puramente (responsabilidad objetiva, enriquecimiento injustificado, etc.)(V. Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. p. 243 y sgts.
Estimamos que para comprender la función de la ley como fuente (de obligaciones de Derecho Privado), debe asumirse un grado de inmediatez con el que se le examine. Entonces, en términos mediatos, puede postularse que la ley es la única fuente (y por eso es que –aunque sin la aclaración a la que nos estamos refiriendo– ha podido sostenerse así); y en términos inmediatos, parece que nunca lo es, porque en concreto una obligación sólo surge debido a una actuación humana; se configura cuando acaece cierto hecho que ha sido sindicado por la ley como idóneo para producirla (y si para efectos jurídicos en el mundo de estas actuaciones distinguimos entre actos y hechos, estaremos llegando a la agrupación del Proyecto, que se verá pronto). Sólo resta añadir que la primera afirmación (de que en términos mediatos la ley es la única fuente) conduce a concepciones jurídicas de mayor profundidad, que importan responder sobre el origen de las normas, su poder vinculante y el rol de la ley en el orden jurídico.

[26] Esta fórmula fue ganando predilección en los legisladores del siglo XX. Así, el Código Civil de Quebéc dispone: "L'obligation naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation"(art. 1372). Por su parte, el reciente Código Civil de la Federación rusa, en el capítulo general del Derecho de obligaciones, dispone: "2) Les obligations naissent du contrat, du fait d'un préjudice, ainsi que d'autres fondements indiqués dans le présent Code" (art. 307)(Trad. al francés bajo la dirección de Dusan Kitic, con la colaboración de Omourtag Petkov y Gregoire Dikov. Juriscope, 1999).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

complican su identificación y calificación.

–Con base en el actual art. 1370 del Código francés, el Proyecto Catalá declara que las obligaciones nacen de los actos y de los hechos jurídicos (art. 1101)[27].

Dentro de los actos distingue: la convención, el acto jurídico unilateral, el acto jurídico colectivo.

Y dentro de los hechos: el beneficio obtenido de otro sin derecho (los cuasicontratos; pago indebido, agencia oficiosa y enriquecimiento injustificado[28]); el daño causado a otro sin derecho (delitos y cuasidelitos)[29]. Y se añade la ley[30].

Adoptando una actitud que en Francia parece una tradición, ese proyecto descarta, como principio general, la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, salvo que lo disponga la ley o la costumbre (y esta última posibilidad –como ha sido declarado– constituye un reconocible avance).

–El Proyecto dispone que "las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto.

La promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos por la ley" (art. 1092). Luego se declaran admitidas y se regulan dos promesas unilaterales ya bastante tipificadas: la promesa pública de recompensa y el llamado concurso con premio.

[27] Es cierto que los hechos también pueden ser voluntarios, pero hay diferencia en la dirección; en éstos los efectos jurídicos no serán lo que conscientemente pretende el autor.

[28] Aquí parece haber al menos una alteración de la sistemática; el enriquecimiento injustificado está presente en el fondo de los cuasi-contratos; pero luego de mencionar a dos (el pago indebido y la agencia oficiosa), el proyecto lo añade, autónomamente, como otro cuasi-contrato. Aparte de numerosa doctrina en aquel sentido, en la propia francesa puede verse al respecto, Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, Jean et Chabas, Francois: *Leçons de Droit Civil*. 9e. éd. Editions Montchrestien. Paris, 1998, T. II, vol. I, Obligations, p. 46; y se agrega el difundido antecedente de que en códigos del siglo XX, como el alemán y el suizo, abandonándose la noción de cuasi-contrato, se consagra el enriquecimiento injustificado como fuente independiente.

[29] Es perceptible la influencia del Prof. Carbonnier, que en su estudio sobre Obligaciones venía desarrollando el tratamiento con un sistema fundado en esta división. V. Carbonnier, Jean: *Droit Civil*. 4. Les Obligations. Presses Universitaires de France. 22 éd. refondue. Paris, s/f. especialmente p. 38 y sgts.

[30] Conforme a lo dicho en una nota anterior, estando formulado el cuadro en consideración al origen inmediato de la obligación, puede estimarse que ha de prescindirse de la ley (que se supone el respaldo de las mencionadas).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Confrontando lo explicado con el texto del Proyecto podemos desprender las siguientes observaciones:

a. Se nota en este tema una influencia (directa o indirecta) del Código italiano. Se aprecia tanto en las fuentes principales como en la residual: cualquier otro hecho o acto idóneo conforme a la ley.

b. El texto prefiere deducir la obligación del daño más que del hecho dañino (lo cual puede tener importancia para algunas reglas específicas de la responsabilidad extracontractual).

c. Se incluye expresamente el enriquecimiento injustificado[31].

d. Nuevamente aquí se descarta la declaración unilateral de voluntad como fuente generalmente admitida; y sólo es aceptada (como no podría ser menos) cuando la ley expresamente la declare. Esa actitud restrictora parece hija del temor: que se multipliquen descontroladamente las obligaciones generadas por esta fuente.

Tradicionalmente ha sido rechazada[32]. Por otra parte, a fines del s. XIX surgió una corriente extrema que postula que "es única fuente voluntaria de obligaciones", sustituyendo al contrato; y desde entonces la insistencia en introducirla, con origen principalmente alemán, se ha mantenido con firmeza[33, 34].

En síntesis, considerando las diversas proposiciones doctrinarias, actualmente aparecen configuradas tres grandes alternativas.

a) La del absoluto rechazo.

b) La de su aceptación amplia, en términos de que cada vez que se prueben los hechos respectivos el tribunal tendría que constatarla teniendo por creada la obligación correspondiente desde el día de la emisión de voluntad.

[31] Que en el Proyecto sigue siendo llamado "sin causa" no obstante participar en la Comisión el Prof. Diez-Picazo, quien propicia la (a nuestro juicio mejor) denominación de enriquecimiento "injustificado".

[32] En el Derecho Romano, desde donde proviene ese rechazo, se admitían dos excepciones: la "pollicitatio" o promesa a un Municipio o ciudad, debido a un honor recibido o por otra justa causa; y el "votum" o promesa unilateral a favor de la divinidad o destinada a un fin piadoso.

[33] Así por ejemplo Siegel, en Worms: *De la Volonté Uniláterale Considerée comme Source des Obligation.* Paris, 1891; Bonilla Sanmartín: *Sobre los Efectos de la Voluntad Unilateral (propia o ajena) en Materia de Obligaciones Mercantiles.* Madrid, 1901.

[34] La doctrina se ha atribuido a Siegel. Para mayores antecedentes sobre su paternidad, V. Boffi Boggero: *La Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de Obligaciones.* Buenos Aires, 1942, p. 96 y sgts. Conviene recordar que los autores germanos la fundaron más en la declaración que en la voluntad misma; posteriormente, al difundirse, se fue (con alguna distorsión) centrando más en ésta.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

c) Y la de su rechazo como principio general pero admitiendo excepciones; son esas excepciones las que han ido en constante aumento. Entre las más aceptadas están: la promesa pública de recompensa y el concurso con premio[35].

Debe retenerse que la actual simpatía por esta fuente proviene de considerar equitativo y conveniente proteger la confianza que los demás depositan en la apariencia que creó el declarante al formular su compromiso (se trata así de una protección al tráfico fundada en la apariencia). Se agregan dos prevenciones: que no se comprometa la seguridad del crédito, considerando a los acreedores del declarante, que lo son desde antes de la declaración, los cuales pudieren perjudicarse por un fácil compromiso posterior del deudor, construido en base a su pura voluntad unilateral; y que no se configure otra fuente (de las indiscutidas), prevención que se justifica por el peligro que presenta su aplicación muy generalizada, lo cual implica reducirla a rango residual[36].

Por último, desde hace ya algún tiempo, y con el aporte de alguna doctrina jurisprudencial la preferencia por esta fuente ha sido enriquecida con el requerimiento de todo otro elemento: una justa causa justificante del compromiso. Y se le añaden dos características (que la doctrina ha tratado escasamente[37]): la irrevocabilidad y la retroactividad (que por cierto no serán tratadas aquí).

Respecto al panorama legislativo extranjero, los códigos del siglo XIX generalizadamente no la contemplan. Pero la situación cambia en los del siglo XX. La marcada tendencia es acogerla –incluso en ocasiones destinando para ella todo un párrafo de normas– pero en términos limitados, restringidos,

[35] En el Derecho español, en donde la actitud hostil parece mantenerse, se llega a admitirla (fuera del ámbito de norma expresa), cuando se trata de revelar o dar forma a situaciones preexistentes cuyos difusos contornos vienen a definirse con la declaración; pero ahí no hay propiamente una fuente de obligaciones, una auténtica creación, que es de lo que se trata.

[36] V. por ej., Valverde y Valverde, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*. s/edit. 4a. ed. T. III, p. 242; Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Edit. Bosch. Barcelona, 1959, T. I. vol. II, p. 82; Starck, Boris: *Droit Civil. Obligations*. Librairies Techniques. Paris, 1972, p. 349 y sgts.; Flour, Jacques: *Droit Civil. Les obligations*, avec le concours de Aubert, Jean-Luc. Libr. Armand Colin. Paris, 1975, T. I, pp. 378 y sgts.

[37] Hemos encontrado un esbozo, no en una monografía especializada, sino en lo que parece ser sólo un Manual general de Derecho de obligaciones: el Curso de Flour y Aubert, citado. V. también nuestro "La Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de Obligaciones". En *RDJ*. T. 96. Prim. Parte, p. 92 y sgts. (también publicado en *Rev. de Derecho. Univ. de Concepción*, N° 206. Concepción, 1999, p. 7 y sgts.).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

frecuentemente con referencia a consagración expresa de la ley[38].

En cuanto al Derecho chileno respecto al tratamiento de las fuentes, se recordará que nuestro Libro IV se inicia con el art. 1437, el cual, por su ubicación y expresiones ("Las obligaciones nacen…..") se le tiene por el gran texto enunciador de las fuentes; y consagra el histórico cuadro pentapartita (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y ley); con varias imprecisiones (que también pueden asumirse como generosos y afortunados espacios) que han resultado útiles para al menos el intento de incluir nuevas fuentes[39]. Pero hay otros dos textos que también enuncian fuentes (aun cuando carecen de imponente posición y sentido de liderazgo, reconocibles en aquella primera regla); el art. 578, que las reduce a dos: el "hecho suyo"[40] y "la ley"; y el art. 2284 que, al iniciar la regulación de los cuasicontratos, las limita a tres: la convención, la ley y el hecho voluntario; y entre éstos: los cuasicontratos y los delitos y cuasidelitos.

Tocante a la acogida de la declaración unilateral de voluntad como fuente entre nosotros, nos remitimos a lo que hemos expuesto en otra oportunidad[41].

[38] Así, los códigos alemán (arts. 657 y sgts. y 793); federal suizo de las obligaciones (arts. 8 y 846 y sgts.); brasileño (arts. 1056 y sgts.); mexicano (arts. 1860 y sgts.); italiano (arts. 1987 y sgts.); portugués (art. 457, el que expresamente declara que la promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos por la ley, y luego señala tres); paraguayo (arts.1800 y sgts. con actitud semejante al anterior). El Código Civil peruano nuevo (de 1984) es destacable en cuanto contiene normas interesantes y de vocación amplificadora. V. también los arts. 2288 y sgts. del Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1987). La primera regla dispone que "las declaraciones unilaterales de voluntad producen obligaciones jurídicamente exigibles cuando la ley o el uso le atribuyen esa aptitud". Y luego incluye expresamente en esta fuente a los títulos valores y a las llamadas garantías a primer requerimiento. El posterior Proyecto (de 1998) mantiene la disposición, agregando que "se le aplican subsidiariamente las normas relativas al contrato" (art. 1730).
Merece ser especialmente destacada la actitud de los PECL, que en términos amplios y (casi demasiado) generosos (en relación con las apreciaciones doctrinarias que antes fueron reseñadas) disponen que "una promesa realizada con la voluntad de quedar legalmente vinculado sin aceptación es vinculante" (art. 2107).

[39] Como el enriquecimiento injustificado y la declaración unilateral de voluntad, las cuales expresamente no aparecen consideradas, pero que podrían quedar incluidas en las expresiones "hecho voluntario" que es la fuente en la que los cuasicontratos aparecen mencionados como un ejemplo.

[40] Este texto es aún más genérico; la expresión "hecho voluntario" es aquí substituida por la más amplia "hecho suyo", que ni siquiera exige voluntariedad.

[41] V. nuestro "La Declaración Unilateral ……." cit. y las obras ahí citadas (en nota bibliográfica). V. también nuestro Obligaciones, cit. p. 129 y sgts.
Para formular algún pronóstico sobre nuestro futuro es útil consignar un fallo de la Corte de Concepción, de 23 de junio de 2008. Luego de reconocerse allí lo discutible de su admisión y nuestra opinión en orden a admitirla con algunas restricciones (clara voluntad de obligarse, con prueba sólida al efecto,

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Entonces, confrontando el Proyecto con nuestros textos, parece apropiada la agrupación en: contrato, hecho dañino, enriquecimiento injustificado (que incluiría los cuasicontratos), y ley (y si la declaración unilateral de voluntad va a constituir fuente sólo cuando la ley se remite a ella, entonces no es necesario mencionarla).

3. La presunción de solidaridad (art. 1122)

Existiendo varios deudores, la disyuntiva de imponer como principio la solidaridad o la mancomunidad, presenta una secuela de discrepancia y vacilación, desde antes de la Novela de Justiniano (99) que impuso la regla aún vigente en muchas latitudes.

En el Código francés terminó imponiéndose la presunción de no solidaridad desde donde se diseminó, llegando hasta nosotros[42]. Pero la querella ha continuado, y la presunción contraria (impulsada por estímulos de diversa naturaleza) ha reclutado algunos favores, en Alemania e Italia. Otros códigos del siglo XX la matizan o debilitan[43].

y causa justificante), se expresó que en el proceso no se había rendido prueba al respecto (con lo que puede especularse –no más que eso– que, tal vez, si se hubiere rendido prueba convincente la solución podría haber sido distinta).

[42] La efectiva vigencia de la no presunción de solidaridad a través de la historia ha llegado a ser discutida. Frente a la generalizada afirmación de que se imponía en Roma, se han emitido opiniones discrepantes, para sostener que en el Derecho romano clásico el principio era el inverso y que el cambio se vino a producir sólo en el Derecho justinianeo. En el antiguo Derecho francés la regla se consolida con la influencia de la citada Novela de Justiniano, y se difunde con Cujas, Dumoulin, Domat y Pothier, hasta imponerse en el Código de 1804 (arts. 1202 y 1197), desde donde se irradia a las codificaciones que le siguen. El Derecho español antiguo fue cambiante, pero el Código Civil siguió aquella misma dirección. Para más antecedentes (hasta su tiempo) v. Hernández-Gil, Antonio: "El Principio de la no Presunción de la Solidaridad". En *Rev. de Derecho Privado* (febrero). Madrid, 1947, p. 81 y sgts.; Sancho Rebullida, Francisco: "La Mancomunidad como Regla General en las Obligaciones Civiles con Pluralidad de Sujetos". En *Estudios de Derecho Civil* en Honor del Prof. Castán Tobeñas. Edics. Univ. de Navarra. Pamplona, 1969, T. III, p. 565 y sgts. Y para las diferencias entre correalidad y simple solidaridad, que ha conocido la historia de la institución y que si bien no parecen mantenerse, para comprender mejor algunas proposiciones sobre la naturaleza jurídica de la solidaridad, puede verse Hernández-Gil, Antonio: "La Solidaridad en las Obligaciones". En *Rev. de Derecho Privado* (junio). Madrid, 1946, p. 397 y sgts.

[43] En el Cód. Civil alemán debe verse el art. 427, aunque también debe tenerse en cuenta el art. 420 (pero con varias excepciones, como las de los arts. 830, 2058, etc.). En el italiano, los arts. 1294 y 1317. Los otros códigos del siglo XX no han adoptado esa actitud, pero varios debilitan la rigidez tradicional. Así acontece en los códigos federal suizo de las obligaciones (arts. 70 y 143), mexicano (arts. 1988 y 2006), portugués (art. 513, que en la solidaridad convencional exige sólo constancia de "la voluntad de las partes"), paraguayo (art. 510, al cual basta que resulte de términos "inequívocos").

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La tendencia penetró en el Proyecto de Pavía y los PECL[44].

En la confección del Proyecto Catalá naturalmente surgió la discusión; finalmente, se impuso la no presunción de solidaridad: "La solidaridad no se presume; es menester que sea establecida expresamente" (art. 1197-I). Y: "La solidaridad no se presume; no puede derivar sino de la ley, de una convención o de la costumbre mercantil" (art. 1202). Varios factores parecen haber influido en la decisión; entre ellos la actualmente muy constante preocupación protectora del consumidor.

Es sabido que la Banca, infaltablemente, impone la solidaridad cada vez que se enfrenta a una pluralidad de deudores. Pero aun así, la norma conserva importancia porque –fuera de ella– seguimos asistiendo a situaciones de pluralidad de sujetos pasivos con ausencia de la conveniente estipulación previsora.

En este Proyecto se impone la presunción de solidaridad, aunque con importantes –a nuestro juicio convenientes– matices: "Cuando en virtud de un mismo contrato dos o más personas sean deudoras de una misma prestación que cualquiera de ellas pueda realizar íntegramente, quedarán obligadas solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato. Esta regla no es aplicable si los deudores lo son en virtud de un contrato celebrado con un profesional y en el que han actuado como consumidores o usuarios" (art. 1122 inc. 1°).

Luego se aplica también a la responsabilidad extracontractual (con la limitación de que no se pueda determinar el grado de participación de cada hechor); y no se aplica en la solidaridad activa.

Queda pendiente el sentido de la expresión: "puede" realizar íntegramente la prestación. Puede ¿en el sentido de ser capaz (física o intelectual-

[44] En el primero se propone: "Salvo pacto o disposición legal en contrario, y a reserva de que la ley no disponga de otro modo, cuando el contrato obligue a dos o más deudores a cumplir la misma prestación, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento íntegro a cualquiera de los deudores, a su elección, y el cumplimiento efectuado por un codeudor extingue la obligación" (art. 88).
Nótese que –cautelosamente, pero dejando una incógnita– este texto ha evitado precisar que se trata de una solidaridad. Esa actitud evoca de inmediato la obligación llamada *in solidum*, con la discusión conceptual que implica. En este contexto, bien pudiere entenderse que, tal como lo postula una corriente interpretativa de la expresión, se está predicando el principal efecto de la solidaridad (cada deudor es obligado al total y, como se añade en el inc. siguiente no transcrito, cada acreedor puede exigir el pago total), pero no se producen los demás efectos (secundarios) de la solidaridad.
En los PECL, Parte III, dispone el art. 10:102:
"(1) Cuando varios deudores están vinculados a un acreedor por una sola prestación en virtud de un mismo contrato, ellos son codeudores solidarios, a menos que el contrato o la ley dispongan lo contrario."

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mente, según la naturaleza de las prestación) o de solvencia?

Por nuestra parte, nos hemos pronunciado por mantener en nuestro Código la regla vigente: no presunción de solidaridad, que parece estar arraigada en nuestra tradición, no obstante la aludida práctica bancaria; pero también nos hemos declarado partidarios de salir de la extrema rigidez con que se han tomado las expresiones de nuestro art. 1511, que en la práctica ha conducido a los comentaristas a exigir verdadera fórmula sacramental aunque se nieguen a reconocerlo. La exigencia de "voluntad inequívoca"[45], que admite alguna interpretación de las expresiones contractuales, parece ser la postura más prudente.

A este propósito, con una mayor producción de antecedentes (sobre todo provenientes de la casuística) tendremos que ir adoptando pronunciamiento sobre la que puede denominarse "solidaridad en blanco". Desde algún tiempo en la práctica notarial (frecuentemente asimismo con vinculación a la actividad bancaria) viene apareciendo el convenio (que configura un modelo de estipulación "impuesta") por el cual dos o más sujetos se obligan solidariamente para con otro (acreedor) en todas las obligaciones que en el futuro contraiga cualquiera de ellos para con el último (sin que al presente exista deuda alguna). Parece claro su empleo en función de garantía y, naturalmente, la situación evoca la conocida "cláusula de garantía general hipotecaria" (con sus ventajas e inconvenientes).

4. El cumplimiento ficto de la condición (art. 1114)

Aquí estamos en presencia de una de las reglas específicas de mayor sobrevivencia en las codificaciones occidentales (como aquella que en "materia de cosas muebles la posesión equivale a título").

Desde Roma se ha mantenido incólume, y llegadas las codificaciones se instaló en los códigos civiles tanto del siglo XIX como del XX y aun del XXI, y en actuales proyectos[46].

[45] En la dirección de los códigos portugués y paraguayo, recién citados.

[46] Después de los textos romanos y Las Partidas (v. la 6ª.), aparece en los códigos prenapoleónicos (v. por ej. el art. 102, tít. 4, parte I del Código Civil prusiano), luego (con influencias de Domat y Pothier) en el francés (art. 1178) y en la generalidad de los siguientes. Así, los códigos italiano antiguo (art. 1169); español (art. 1119); argentino (arts. 537 y 538); alemán (art. 162); suizo (arts. 152 y 156); mejicano (art. 1945); italiano (art. 1359); portugués (arts. 272 y 275); boliviano (art. 496); peruano (art. 176). También el Proyecto Argentino de Cód. de Derecho Privado Unificado (de 1998, art. 342). Pronto se

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por influencia del Código alemán, en el siglo XX suele aparecer declaradamente fundada en la protección a la buena fe[47], aunque también se ha postulado su naturaleza indemnizatoria por un acto ilícito[48]. Constituye también una aplicación del adagio conforme al cual nadie puede aprovecharse de su propia torpeza o mala fe ("*nemo auditur*...")[49].

La redacción de la regla en el Código Civil chileno (art. 1481 inc. 2º) presenta varios problemas[50]. Aquí sólo resumiremos algunos.

a. En el Código está ubicada en las obligaciones condicionales pero redactada en términos de asignaciones testamentarias condicionales, lo que ha conducido a dudar sobre su campo de aplicación. Surgen argumentos para sostener su vigencia sólo a las asignaciones testamentarias condicionales[51]. Con todo, preferimos la conclusión de aplicarla también a las obligaciones, como lo estima la generalidad de la doctrina[52]. El fundamento, igualmente válido en las dos materias, y los precedentes históricos, que siempre los han aplicado a las dos, justifican suficientemente esa extensión[53].

b. Tal vez el principal problema que presenta el tenor del precepto es el relativo a la calificación de los medios empleados para evitar el cumplimiento. El Código exige que los medios de que se vale el deudor sean "ilícitos"[54] y fre-

mencionarán los textos holandés y brasileño y otros proyectados.

[47] Así por ej. Flume, Werner: *El Negocio Jurídico*. Trad. de José Miquel y Esther Gómez. Edit. Fundac. Cultural del Notariado. Madrid, 1998, p. 834 y sgts., quien se extiende en varias situaciones que presenta la regla; Vío Vásquez, Efraín: *Las Obligaciones Condicionales*. Esc. Tip. Salesiana. Concepción, 1945, p. 115; Alessandri, Arturo: *Teoría de las Obligaciones*. Versiones de clases de Ramón Latorre. Edit. Zamorano y Caperán. Santiago, 1934, p. 145. Así aparece también en el citado art. 342 del Proyecto Argentino de Cód. de Derecho Privado Unificado (de 1998).

[48] Así por ej. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, p. 350.

[49] Así *RDJ*. T. 53, p. 130.

[50] Pueden verse en nuestro: "El cumplimiento ficto de la condición". En *Rev. de Derecho. Univ. de Concepción*. Nº 178, p. 7 y sgts.

[51] El tenor literal; su carácter de excepción (porque la regla es que las condiciones deban cumplirse realmente), que obstaculiza su aplicación extensiva; si se considera su carácter de sanción (que también se ha postulado) se llega al mismo resultado; en fin, la remisión recíproca de reglas, que a primer examen podría favorecer la aplicación, examinada cuidadosamente conduce asimismo al rechazo.

[52] Que lo concluye con cierta desaprehensión. Así por ej., Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, p. 106; Alessandri, Arturo. *Teoría de las Obligaciones* cit., pp. 144 y 145; Abeliuk, René: *Las Obligaciones*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1993, T. I, p. 395; Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit. p. 115.

[53] El examen de los proyectos demuestra que en este punto, como en el de la calificación de los medios, el redactor vaciló notoriamente, de modo que puede restársele importancia al desajuste que se observa entre las expresiones (dirigidas a las asignaciones) y la ubicación (en las obligaciones).

[54] La aludida vacilación del redactor en los proyectos se aprecia particularmente aquí, al dar por cumplida la condición, dudando entre expresar: si el deudor (simplemente) impide el cumplimiento (como

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cuentemente ocurre que, aisladamente considerados, los medios desplegados carecen de ese carácter. Por ej. la condición consiste en que el barco llegue a puerto antes de cumplirse cierto plazo, y para evitar que la condición se cumpla, el deudor ordena al capitán que lo detenga estando cerca; la actitud de detener un barco (propio) en el mar, aisladamente considerada, nada tiene de "ilícita". Pero en esa situación nos parece aplicable la regla. Y la aplicamos porque la calificación de la ilicitud de los medios debe efectuarse vinculada a su finalidad. El fin contamina al medio. Si el medio fue desplegado para evitar el cumplimiento, con esa finalidad se convirtió en ilícito, aunque aisladamente no lo es. Al entregarse la obligación a un evento ingobernado por el deudor, es ilícito pretender gobernarlo para sustraerse del compromiso; siendo ilícito el fin, cuando con esa finalidad se despliegan actividades, ellas se contagian tornándose también ilícitas.

Consecuente con el fundamento de protección a la buena fe y la importancia que conferimos al objetivo que persigue el deudor con su actuación, puede concluirse que si sólo actúa con culpa (debido a su actuación negligente terminó por fallar la condición) no procedería aplicar la regla. Esta situación puede producirse especialmente en la condición simplemente potestativa que dependa del deudor. Aquí también podría acontecer que las actividades que despliega se debieren a otras circunstancias y en virtud de ellas fallara la condición; si se demuestra que no actuó "para" que la condición fallara, tampoco sería aplicable la regla[55]. Por lo mismo, si en lugar de desplegar medios para impedir el cumplimiento, el deudor nada hace, es decir, incurre en omisión, ha de aplicarse o no la regla según el objetivo de su omisión. Si dejó de actuar cuando normalmente habría actuado y se demuestra que su inactividad fue adoptada para impedir el cumplimiento, procedería aplicar la norma.

c. El caso inverso es también concebible. Puede acontecer que ahora sea el acreedor quien despliegue actividades para que la condición (que no estaba entregada a su gestión) se cumpla. Hay autores que se han pronunciado por la aplicación de la regla y textos que expresamente la hacen aplicable[56]. Ante el texto nacional estimamos que hay vacío legal y, si se demuestra que

lo manifiesta la generalidad de los textos, antiguos y recientes), y exigir que se valga de medios ilícitos para impedir el cumplimiento.

[55] V. a este respecto G. de T. de 1862, p. 286; también *Rev. de Derecho Privado*, N° 438 (septiembre). Madrid, 1953, p. 749.

[56] Por ej. los códigos alemán (art. 162) y peruano (art. 176).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

actuó gobernando lo que el contrato entregaba a otro o al azar, atenta contra la buena fe y debe aplicarse, por analogía, una regla equivalente, dándose por fallida la condición[57].

El Proyecto parece representar la culminación de una evolución expositiva que venimos observando en dirección a la síntesis en las sucesivas recepciones de la regla. La redacción se ha ido perfeccionando cada vez, hasta llegar a la extrema simplicidad que aquí exhibe. En una frase breve y comprensiva enuncia el fundamento, cubre las distintas situaciones y evita los problemas que más frecuentemente se venían denunciando: "Se tendrá por cumplida o incumplida la condición si una de las partes, en contra de la buena fe impide o provoca su cumplimiento" (una redacción concisa ya venía en camino: en el Código holandés, en su art. 6-23, basándola en la razón y la equidad; en el Código brasileño, en su art. 129, que exige malicia; en el Proyecto Catalá, en su art. 1177, con un previo reclamo de lealtad en el cumplimiento de las condiciones en el art. 1176. Y llega a una intensa síntesis en el Proyecto de Pavía[58], de estilo muy semejante al español).

5. La lesión y la imprevisión

Como se sabe, en cuanto a las fuentes de la revisión del contrato la reforma puede provenir de los propios contratantes, de la ley (que plantea conocidos problemas de retroactividad) y del juez (ha de entenderse, con facultad provista asimismo por la ley). Y aquí estamos ante las dos vías que han llegado a configurarse para proceder a la revisión judicial del contrato, siempre con explicación en la onerosidad excesiva de una prestación, producida en etapas distintas: al tiempo de la celebración y durante la ejecución

[57] Presenta una especial complejidad la situación de aquellas condiciones que son, al mismo tiempo, requisitos legales para poder cumplir una prestación contraída. Por ej. se celebra una promesa de compraventa de un predio, en la cual se impone como condición que la Municipalidad autorice la subdivisión del predio mayor al que pertenece (la autorización municipal está asimismo impuesta por la norma urbanística y, también conforme a ella, el Notario no puede autorizar la escritura pública ni el Conservador inscribirla). Si el deudor se vale de medios para que la Municipalidad no autorice, al pretenderse aplicar la regla resultaría que el Notario no autorizaría la escritura de venta. Estimamos que procede aplicarla, distinguiendo las etapas: del nacimiento de la obligación y de su cumplimiento. Dando por cumplida la condición, nace la obligación de celebrar la compraventa prometida. Y como no será posible cumplir esta obligación (en especie) por faltar la autorización municipal, el acreedor podría demandar cumplimiento por equivalencia e indemnización (conforme al art. 1553 del Cód. Civil).

[58] "La condición se reputa cumplida o no cumplida desde que la parte contratante interesada ha impedido o provocado su cumplimiento" (art. 52, N° 2).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(es decir, por onerosidad excesiva congénita o adquirida).

Han sido acogidas notablemente en las codificaciones del siglo XX y, como puede apreciarse ahora, su expansión continúa en el presente siglo, en la dirección de ampliar las atribuciones del juez, que llega a inmiscuirse en la esfera del contrato hasta límites que provocar controversia; y siempre con regulación flexible.

La lesión (art. 1301)

Tal como ha sido suficientemente difundido, actualmente ya están bien diseñadas dos concepciones de la lesión enorme.

La concepción objetiva ostenta, como único elemento, la desproporción notable de las prestaciones, forjada al celebrarse el contrato; y es todo lo que debe averiguar el juez.

De hecho (y por variadas explicaciones, históricas y de de actitudes frente a la labor del tribunal), esa concepción va habitualmente acompañada de otros caracteres: desproporción fijada matemática y abstractamente por la ley; y aplicación restringida a ciertos contratos que el legislador establece.

Fue la concepción dominante en los códigos civiles del siglo XIX.

La concepción objetivo-subjetiva no queda satisfecha con esa averiguación; requiere que se configuren, además, otros elementos de naturaleza subjetiva, que conducen al juez a introducirse en el escenario del negocio, para percatarse del porqué se llegó a producir esa desproporción, derivando consecuencias de la respuesta.

En ella se exige (aunque, como es de suponer, con diversos matices legislativos):

–Por cierto, el elemento objetivo; una desproporción notable de las prestaciones.

–Un estado de inferioridad de la víctima, concretado en situaciones de necesidad, inexperiencia o ligereza.

–Un ánimo de aprovechamiento de este estado, por parte del beneficiado.

Ante la dificultad de probar ese elemento sicológico consistente en el ánimo de aprovecharse, muchos textos disponen que la notable desproporción hace presumir el ánimo de aprovechamiento.

Por otra parte, la gravedad de la desproporción es calificada por el juez. Y es aplicable a la generalidad de los contratos.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Comenzó acogiéndose en 1900 con el Código Civil alemán (en su art. 138, que la enmarca en los actos contrarios a las buenas costumbres) y se fue diseminando por todos los códigos civiles del siglo XX (y en reformas a códigos del s. XIX)[59, 60].

El Proyecto sigue la línea dominante: adopta la concepción objetivo-subjetiva de la lesión, con algunos cambios expresivos.

Destacamos solamente dos observaciones:

a. No incorpora la (según nosotros conveniente) presunción del ánimo de aprovechamiento en base a la desproporción notable.

b. Generalmente la consecuencia de la lesión es la nulidad, que funciona como amenaza porque, honrando el principio de preservación del contrato, se confiere al beneficiado la posibilidad de mantenerlo restableciendo el equilibrio. En el Proyecto no se contempla esta posibilidad al demandado (al menos expresamente). En cambio, se faculta al juez para modificar el contrato (conforme a la buena fe y los usos del tráfico).

En cuanto al Derecho chileno, estimamos que debemos abandonar la concepción estrecha puramente objetiva, con desproporción matemática fijada abstractamente por la ley y sólo para ciertos contratos. Y nos plegamos

[59] Así, por ejemplo, en los códigos: federal suizo de las obligaciones (art. 21); austríaco (en virtud de reformas al Código de 1811, art. 879, manteniendo, sin embargo, los arts. 934 y 935 originales, con la concepción objetiva); mexicano (art. 17); italiano (arts. 1448, 1449 y 1450, con las particularidades de que la desproporción es mantenida en la mitad y la inferioridad de la víctima ha de consistir sólo en un estado de necesidad); griego (art. 179); portugués (art. 282, salvo para ciertos actos, como en el mutuo, cláusula penal y sociedades desequilibradas, en los que se mantiene la noción objetiva); argentino (art. 954, con la reforma de 1968); boliviano (arts. 561, 562 y 563, que retiene el límite objetivo de la mitad, probablemente por influencia del Código italiano); peruano (arts. 1447, 1448 y 1450); paraguayo (art. 671); holandés (arts. 3:44, 45 N° 4 y 54; los textos la incluyen en una causal genérica de abuso de circunstancias, sin exigir enormidad; como lesión propiamente, delimitada al cuarto, la contempla para las particiones, en el art. 3:196); brasileño (art. 157); del Québec (art. 1405 y sgts.).
También en el Proyecto de Pavía (art. 156, en relación con el art. 30.3), con un conveniente y elaborado procedimiento extrajudicial previo, que intenta lograr la solución del conflicto mediante acuerdo, excluyéndola sí en los contratos aleatorios, en lo que se aparta de muchos textos; en los PECL (art. 4:109), en los que se incluye el aprovechamiento de la confianza, y se regula la posibilidad de que el demandado reaccione proponiendo una adaptación del contrato; y en sentido semejante, los Principios Unidroit (art. 3.10).
En el Derecho argentino, a las tres situaciones de inferioridad (recién mencionadas) que el Cód. contempla, el Proyecto argentino de Derecho Privado Unificado (de 1998) añade otras: la condición económica, social o cultural conducente a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad o el sometimiento a la otra parte resultante de la autoridad que ejerce o a una relación de confianza (art. 327).

[60] Para más antecedentes sobre esta concepción, v. por ej. nuestro "La Revisión Judicial de Obligaciones y Contratos en la Reforma del Código Civil (la Lesión y la Imprevisión)". En *Rev. de Derecho. Univ. de Concepción*, N° 208. Concepción, 2000, p. 209 y sgts.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a la nueva tendencia, que para ajusticiar los casos concretos opta por penetrar en la realidad en la que se fraguó el contrato para desentrañar la explicación de un negocio tan desproporcionado, procediendo en consecuencia; por cierto, en la hipótesis de desequilibrio grave (sin fijación matemática abstracta) calificado por el juez y con aplicación generalizada.

La imprevisión (art. 1213, relacionado con el art. 1192 N° 2)

Ciertamente, la extendida historia y la estructura no serán desenvueltas aquí. Sólo reseñaremos algunos antecedentes de su recepción y confrontaremos algunos términos del Proyecto con los rasgos más generalizadamente establecidos.

Los códigos civiles del siglo XIX fueron reacios a admitirla (aquí sobre todo por la actitud ante los poderes del juez).

Aunque al inicio del siglo XX el Código Civil alemán no la acogió, las codificaciones posteriores se fueron inclinando ostensiblemente por su admisión, con diversas modalidades, especialmente en el campo de aplicación[61], exigencias y efectos[62].

Con todo, algunos no la han acogido, como el citado alemán (pero la jurisprudencia la fue admitiendo sobre la base del art. 242, que prescribe

[61] En otra oportunidad hemos descrito la evolución que se ha ido produciendo acerca del campo de aplicación de esta doctrina. Primero se difundió para los contratos onerosos conmutativos; más tarde se amplió a los unilaterales onerosos; pronto se extendió a los onerosos aleatorios (cuando las circunstancias alteraren notablemente el grado natural de aleatoriedad del contrato); y, por último, se ha llegado a aplicar a los contratos gratuitos (sobre el razonamiento, propuesto por el Prof. Guillermo Borda en un Congreso argentino de Derecho Civil, de que no hay fundamento para tratar con mayor indulgencia al deudor oneroso que al deudor gratuito). Observada esa tendencia, tal como lo hemos manifestado en otra ocasión, si las virtudes de la doctrina son compartidas, entonces debe desatarse de su vínculo al contrato, para ser trasladada a la que parece ser su sede natural: la obligación, aplicándose a toda obligación, cualquiera sea su fuente (evocando al citado profesor Borda, no hay fundamento para tratar con mayor indulgencia al deudor contractual que al no contractual).

[62] Así, los códigos: griego (art. 388, según Zepos, Panayotis: "Los Antecedentes Históricos y Comparativos del Código Civil Griego". En *Interamerican Law Review. Tulane Institute of Comparative Law*, 1961. Vol. 3, N° 2); argentino (con la reforma de 1968, art. 1198); italiano (arts. 1467 a 1469); portugués (art. 437); boliviano (arts. 581 a 583); peruano (arts. 1440 a 1446); paraguayo (art. 672); holandés (arts. 258, 259 y 260); brasileño (arts. 317, 478, 479 y 480).
El Proyecto argentino de Derecho Privado Unificado (de 1998) propone algunas enmiendas al texto argentino actual (citado): en lugar de la resolución como única alternativa, permite al perjudicado optar entre pedir resolución o adecuación; y al demandado asimismo le confiere la posibilidad de pedir la alternativa no planteada por el actor, dejando al juez la solución final (art. 1061).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la ejecución de buena fe de las obligaciones[63], hasta la entrada en vigencia del parágrafo 313 el 1 de enero de 2002 que, compartiendo las posiciones doctrinaria y jurisprudencial, admite la posibilidad de que el contrato sea revisado, y aun resuelto, si ha cambiado la base del contrato, considerando las circunstancias del caso, especialmente la distribución del riesgo, contractual o legal[64]); el suizo (pero la jurisprudencia la admite sobre la base del art. 2 del Código y de la buena fe[65]); el mexicano; el de Québec (salvo en la muy específica situación de la donación con carga; pero permanece un insistente reclamo, que denuncia una contradicción entre el declarado principio del Código a favor de la justicia contractual y la omisión en admitir expresamente la imprevisión[66])[67].

En Francia, el grupo de trabajo del Proyecto Catalá debatió su admisión y fue descartada (siguiendo una actitud bastante arraigada en el ámbito civil, presidida por la Corte de Casación, a diferencia de lo decidido

[63] Así en el estudio del prof. Jobin, que pronto será citado, p. 700, nota 50.

[64] Y es ostensible el parentesco con el Proyecto de Pavía (que la acoge en los arts. 97 y 157) y, sobre todo, con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 6.111) y con los Principios Unidroit (*hardship*; arts. 6.2.1., 6.2.2 y y 6.2.3). Con leves diferencias, estos textos imponen como primera medida el deber de concurrir a renegociar, abriéndose la vía judicial sólo ante el fracaso de ese intento; diseñan un procedimiento; y confieren al juez la facultad de adaptar el contrato o, como último recurso, resolverlo. V. Momberg, Rodrigo: "Modificación Contractual por Cambio Sobreviniente de Circunstancias. Su Regulación en los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos". En *Rev. Actualidad Jurídica*, N° 10. Santiago, 2004, p. 151 y sgts.

[65] Así en el estudio del prof. Jobin, que pronto será citado, p. 700, nota 50.

[66] Y se añade que en este punto el Código Civil de Québec se mantiene en la senda del Código Civil francés, pero que dicho Código ya no ejerce la influencia de antaño y en este punto se encuentra aislado; pero –se añade– por la vía de la jurisprudencia, el trágico destino (en el código) de la imprevisión (y de la lesión) ha comenzado a cambiar y tal vez llegará el día en que la situación sea revertida (Jobin, Pierre-Gabriel: "L'étonnante Destinée de la Lesión et de l'Imprévision dans la Réforme du Code Civil au Québec". En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4. Octubre-diciembre. Paris, 2004, p. 693 y sgts., especialmente pp. 699 y 700).

[67] Debe tenerse presente también el mecanismo paralelo que se ha desarrollado en el comercio, especialmente internacional, convenido, pero de la misma raíz, para la adecuación del contrato ante un cambio importante de las circunstancias: la denominada cláusula *hardship*. En su virtud, al celebrar el contrato, las partes se comprometen a adecuarlo si se producen cambios de circunstancias no previstas, que alteren gravemente su conmutatividad: entre ellos o por un árbitro al que han de someterse.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la materia administrativa por obra del Consejo de Estado)[68, 69].

El Proyecto la acoge; y nos complace.

El art. 1192 inc. 2° dispone: "En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:

2°. El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor".

Más adelante, bajo el capítulo VIII llamado "De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato" se propone que "si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución".

"La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato" (art. 1213).

El tenor de la proposición nos sugiere algunas observaciones.

–Se acude al postulado de la base del negocio (el proyecto hace refe-

[68] V. Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, Jean et Chabas, Francois. Ob. cit. ps. 859 y sgts. y 966 (con relato crítico, datos de la doctrina francesa, estado de la jurisprudencia civil renuente, incluyendo un precedente que abre alguna expectativa, jurisprudencia administrativa favorable pero con restricciones, y legislación especial).
Para un panorama del tratamiento de la doctrina en Derecho inglés (con base en la frustración del contrato), francés y alemán (con la evolución jurisprudencial), v. Banfi del Río, Cristián: "Notas sobre la Excesiva Onerosidad Sobreviviente en Derecho Privado Comparado". En *Rev. Chilena de Derecho Privado*, Nº 6. Santiago, 2006, p. 29 y sgts. Para una síntesis en el *Common Law* v. también Farnsworth, Allan: "Comparative Contract Law". En *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Reimann, Mathias and Zimmermann, Reinhard (edts.). Oxford University Press. New York (paperback), 2008, p. 927.

[69] Opinión disidente ha manifestado el Prof. Denis Mazeaud; en suma, ha expresado que no parece esperable que sean los contratantes quienes regulen –si lo estiman– las consecuencias de un cambio de circunstancias. Mazeaud, Denis. Ob. cit. p. 89 y sgts.; para el punto, p. 111.
En todo caso, debe tenerse presente el art. 1135 del mismo Proyecto el cual, siguiendo algunos precedentes de la Corte de Casación, impuso el deber de renegociar cuando, debido a un cambio de circunstancias, una de las partes haya perdido interés en el contrato; y ante el fracaso, se puede llegar al desistimiento unilateral del contrato.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rencia a las circunstancias que "sirvieron de base al contrato") propuesto por Larenz, con antecedentes doctrinarios previos (como la llamada doctrina de la "presuposición").

–La redacción nos da a entender que es la base (del negocio) la que se torna excesivamente onerosa. Puede ser que se trate sólo de un defecto de redacción (que habrá de ser enmendado). Si se tiene así decidido (que es la base la que se tornó onerosa), discrepamos; estimamos que no es la base sino la prestación de una de las partes la que ha quedado excesivamente onerosa (por cambios en la base, que es el conjunto de hechos, antecedentes y circunstancias que constituían la realidad sobre la que se construyó el contrato o surgió la obligación).

–Incorpora la noción de frustración del fin del contrato que, de procedencia anglosajona, ya parece estar bien instalada en la doctrina continental. Entonces, esta situación, como supuesto para configurar la doctrina y por tanto sus efectos, aparece agregada (alternativamente) al tradicional o histórico supuesto de la excesiva onerosidad sobreviviente, que lo tipificaba.

Nótese que en esta situación de frustración del fin existe la posibilidad de que no haya onerosidad excesiva para alguno de los contratantes; el fin puede quedar frustrado sin que ninguno sufra agravación de su prestación (aunque frustrado el fin, para alguno el contrato puede resultar más inútil que para el otro, así como puede resultar igualmente inútil o aun perjudicial para ambos).

Por eso es que pareciera preferible consignar a la frustración del fin como una causal distinta (y generalmente de extinción más que de posible modificación). La estructura y efectos son suficientemente distintos como para separarlas; añadida la frustración a la imprevisión, la deforma (funcionando con el supuesto de frustración, la doctrina no queda reconocible).

–Aparece ahora una nueva exigencia, que generalizadamente no venía siendo requerida. Ya no basta que se torne excesivamente onerosa la prestación; es necesario que al pretendiente ya no le sea razonablemente exigible permanecer vinculado, conforme a las circunstancias del caso, especialmente conforme a la distribución contractual o legal de los riesgos. Convendría un mayor examen de esta exigencia, porque pudiere estar ya incluida (dispersa)

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la imprevisibilidad y –sobre todo– en la excesiva onerosidad[70].

–En cuanto a los efectos, conforme al Proyecto, constatados los supuestos, el contrato puede ser modificado o resuelto, alternativas que estimamos apropiadas, en cuanto el juez elegirá conforme a las circunstancias del caso. Pero se dispone que el perjudicado puede pedir lo uno o lo otro. Pues bien, buena parte de la doctrina postula que también el demandado puede pedir la resolución cuando el juez pretende modificar el contenido del contrato (para evitar lo más posible la intromisión del juez en el contenido del negocio).

–Conviene aclarar la expresión "no puede imponerse a una de las partes".

–Para tener acceso a la acción el Proyecto no exige estar al día (sin mora) en la ejecución de las prestaciones. Celebramos la decisión. No parece apropiado exigir la ausencia de mora porque el deudor puede estarlo precisamente debido al acontecimiento (por lo mismo, lo que sí puede ser aceptable es exigir que no esté en mora por otras razones; entonces, la regla podría ser: que el deudor no esté en mora a menos que ella se deba a lo excesivamente gravoso de su prestación por el acontecimiento de que se trata).

–En cuanto al campo de aplicación, es destacable que el art. 1192 la extiende (como lo hemos propuesto y lo repetiremos aquí para el Derecho chileno), más allá del solo contrato; la consagra refiriéndola a "las obligaciones distintas de las de pagar dinero" (el subrayado es nuestro), entendiéndose entonces que es aplicable a toda obligación que por circunstancias imprevisibles extraordinarias resulte excesivamente onerosa, cualquiera sea su fuente. Pero el art. 1213, que es el texto que la regula, vuelve a la restricción, refiriéndola al contrato. En todo caso, se aparta de las limitaciones tradicionales, como la de ser aplicada sólo a los contratos onerosos conmutativos, o a algunos más; queda impuesta a los contratos en general, prescindiendo de aquellas categorías, lo cual constituye sin duda un progreso notorio, que nos satisface.

Como se sabe, en el Código chileno no está admitida expresamente (con la notable y aislada excepción del art. 2003 regla 2ª, en el contrato para

[70] Tal vez si el acontecimiento y su consecuencia estaban dentro de los riesgos asumidos, entonces no eran imprevisibles. Y si la onerosidad es calificada de excesiva, no será razonable insistir en que siga vinculado (los textos de Derecho uniforme, citados, consideran la distribución contractual y legal de los riesgos como elemento incidente, pero sin la exigencia que añade el Proyecto).

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la confección de una obra material).

En cuanto a la doctrina, entre los pronunciamientos que se han formulado sobre su procedencia con los actuales textos, desde los tiempos del Prof. Fernando Fueyo hay una tendencia a admitirla; estamos también por esa alternativa. Es admisible sin espera de una reforma legal; el soporte fundamental en los textos es el art. 1546 del Código, en cuanto la insistencia del acreedor, beneficiado con el acontecimiento imprevisto, de mantener los términos originales del compromiso, queda reñida con un comportamiento de buena fe[71].

Sobre su admisión jurisprudencial, luego de que antiguas sentencias negaran su acogida en el Derecho chileno (por falta de consagración expresa)[72], un fallo reciente, de la Corte de Apelaciones de Santiago[73] la admite y aplica para resolver el caso (sin embargo, es observable el fundamento; cita el art. 1558 del Código, aludiendo a los perjuicios imprevistos; el fallo pareciere acudir a lo imprevisible de los perjuicios que causa un incumplimiento para argumentar respecto a lo imprevisible de un hecho que agrava excesivamente una prestación; aunque sí menciona –pero sólo tangencialmente– la regla del art. 1546 sobre la ejecución de buena fe)[74].

Por nuestra parte, partidarios como somos de su admisión en nuestro Derecho, aun sin reforma legal (con base en el citado art. 1546) preferimos introducirla expresamente. Evocando la opinión del Prof. Mazeaud, recién citada, estimamos que si allá (en Francia) no es del todo realista entregar la regulación de los desequilibrios por acontecimientos imprevisibles a la capacidad de previsión de los contratantes, esperar que en nuestra ciudadanía sí exista esa vocación previsora constituye un exceso de optimismo, perceptiblemente alejado de la realidad.

Hay un proyecto pendiente en nuestro Parlamento que introduce la doctrina (con inclusión de algunas normas procesales) para los contratos civiles y mercantiles[75].

[71] Para más antecedentes sobre las posibilidades de admisión, puede verse la versión escrita de la Jornada sobre el tema, organizada por la Fundación Fueyo, dentro del Programa *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1999. Vol. I, p. 181 y sgts.

[72] Puede verse el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, sentencias sobre el art. 1545, especialmente Nº 30.

[73] De 14 de noviembre de 2006 (V. *Rev. Leyes & Sentencias*, Nº 30, p. 16 y sgts.).

[74] Es sabido que en juicios arbitrales se ha estado acogiendo con alguna frecuencia.

[75] Constituye un progresista intento, aunque estimamos que con algunos defectos y vacíos. Los de-

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Algunos rasgos son los siguientes:

–Se exige la ausencia de mora. Ya explicamos porqué preferimos prescindir del estado de mora si ella es debida a la excesiva onerosidad que el deudor ha estado sufriendo producto del acontecimiento de que se trata.

–No establece un plazo para ejercer la acción, lo que estimamos una omisión que debe ser reparada, por mucho que en el diseño de esta acción el plazo siempre trae el grave problema del inicio del cómputo (porque el acontecimiento que genera la excesiva onerosidad suele desenvolverse en el tiempo, y como no es posible anticipadamente saber cuan devastadores serán sus efectos, provoca fundadas vacilaciones en el deudor sobre la época en que ya es tiempo de demandar).

–En cuanto al campo de aplicación el texto refiere la doctrina escuetamente a los "contratos" (tal como inicialmente es planteada en el Proyecto español, según dijimos). Como ya adelantamos, estimamos conveniente esa amplia aplicación que implica la fórmula; puede así aplicarse a contratos bilaterales y unilaterales, onerosos y gratuitos, aun a contratos aleatorios. En todo caso –tal como ya lo adelantamos- estimamos que la imprevisión bien puede despegarse de su atadura al contrato y vincularse más bien a la obligación; debiera implantarse para cualquier obligación, cualquiera sea su fuente, aun a obligaciones no contractuales, si una circunstancia imprevista extraordinaria torna excesivamente gravosa la prestación adeudada.

6. La resolución por incumplimiento (arts. 1199 y sgts.)[76]

–El tema aparece tratado en la regulación de las obligaciones y no en la de los contratos. En el capítulo V el Proyecto trata "Del cumplimiento de las obligaciones"; en el capítulo VI, "De la compensación" (que habrá que entender: de obligaciones, y así lo refieren muchas de sus disposiciones); y

partamentos de Derecho Privado de las facultades de Derecho de la Universidad de Concepción y de la Universidad Católica de la Stma. Concepción en su tiempo emitieron informes en los que fueron denunciadas algunas imperfecciones; hasta ahora no sabemos del destino que han tenido esos reparos.

[76] El tema lo hemos tratado en nuestro "Obligaciones" cit. p. 392 y sgts. y, con antecedentes más recientes, en "Algunas Reformas a la Resolución por Incumplimiento", en el volumen que recoge las Ponencias al Congreso sobre "La Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos". Univ. Católica de Valparaíso. Valparaíso, 2008 (en prensa). Nos remitimos a esos textos para un examen más detenido de los problemas a los que aquí nos referiremos y para la bibliografía que puede ser consultada. Aquí sólo agregamos un estudio que recién hemos conocido. Genicon, Thomas: "La Résolution du Contrat pour Inexécution". *LGDJ*. Paris, 2007.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en el capítulo VII "Del incumplimiento" (que también habrá que entender: de las obligaciones). Aquí (en la sección cuarta de este capítulo) se regula la resolución por incumplimiento. Pero más adelante se consigna un título II: "De los contratos". Pues bien, esta última sede pareciera ser la más apropiada, pues lo regulado es la resolución del contrato (por incumplimiento).

Destacaremos algunos problemas que frecuentemente son abordados en la materia y veremos cómo los enfrenta el Proyecto y nuestro Derecho.

–En cuanto al campo de aplicación, punto en el que pareciera predominar la conclusión de que se aplica sólo a los contratos bilaterales, el Proyecto no se pronuncia (al menos expresamente).

–Una cierta envergadura del incumplimiento es también exigida. Que no cualquier incumplimiento basta para generar la opción resolutoria es una decisión ya firmemente establecida en la generalidad de la doctrina y las legislaciones (y la hemos comentado en los estudios a los que hicimos referencia al comienzo de este párrafo). Aunque se mantiene una amplia dispersión acerca del concepto que ha de calificar al incumplimiento para que conduzca a la resolución y el método para llegar a determinarlo. En otros términos, y avanzando en una denominación, si es necesario que el incumplimiento sea esencial, en qué ha de consistir la esencialidad (cuándo el incumplimiento es esencial, o cómo reconocerlo).

El Proyecto adopta la actitud ampliamente dominante y, precisamente, utiliza esa expresión; el incumplimiento debe ser esencial. No avanza sin embargo a un concepto de la esencialidad; pero, al menos, confiere una dirección; lo dirige a la finalidad del contrato.

Compartimos el destino con el que debe examinarse el incumplimiento. Y parece conveniente añadir una precisión: ese fin puede estar expresa o tácitamente declarado por las partes y, si no lo está, ha de ser objetivamente establecido por el tribunal, con base en la naturaleza del tipo de contrato del que se trata y las específicas estipulaciones del que se está juzgando[77].

[77] El art. 107 del Proyecto de Pavía dispone:
1. Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato.
2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando éste:
a) es total;
b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto.
3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

–Viene admitida la resolución extrajudicial unilateral. Tal como ya está generalizadamente impuesto[78], el Proyecto adopta el mecanismo de la resolución unilateral extrajudicial, mediante notificación a la otra parte.

Pero no se regulan las características de la notificación. Y no aparece conferida la alternativa de resolución judicial, que suele ser ofrecida en algunas legislaciones actuales (y que nos parece conveniente, sobre todo en aquellas ocasiones en las que, por la naturaleza de las prestaciones o la complejidad del contrato, esa vía pudiere ser preferida por el acreedor).

Tampoco se regula –y esto nos parece más grave– la reclamación judicial del deudor, si quiere objetar la resolución manifestada por el acreedor. Debería; mientras, hay que suponer que esa posibilidad existe[79].

a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor (v. también en el art. 114 para el funcionamiento).

[78] Un amplio cuadro de textos que han acogido este régimen puede verse en nuestro trabajo sobre algunas reformas a la resolución por incumplimiento, antes citado. Aquí incorporamos un resumen. Es adoptado por los códigos: alemán (art. 349); federal suizo de las obligaciones, previo un plazo (art. 107) y en ocasiones sin él (art. 108); italiano (art. 1454; se contempla también la posibilidad de resolución con intervención judicial, conforme al art. 1453); peruano (art. 1429); paraguayo (art. 728). También los PECL (art. 9.303 y 4); los Principios Unidroit (art. 7.3.2); el Proyecto Catalá permite al acreedor elegir entre acudir al Tribunal o proceder extrajudicialmente, resolviéndose el contrato luego de un plazo conminatorio (art. 1158) y se agrega que el deudor puede acudir al Tribunal objetando la resolución (art. 1158-I). El Código holandés permite ejercitarla de ambos modos (art. 6:267); similar es la actitud del Código boliviano (art. 568; v. también los arts. 570 y 571). También el Código argentino, con la reforma de 1968 (art. 1204). El proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1987) dispone al acreedor tres modos de resolver, dos extrajudiciales (una por simple comunicación al deudor y otra con un último plazo) y la judicial (en la que se precisa que ahí la resolución tendrá efectos desde la fecha de la demanda)(art. 1204). También, con algunas diferencias, el proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) (arts. 1039 y 1055); este Proyecto, al igual que los PECL citados, confiere al incumplidor la interesante facultad de que si el acreedor está en situación de resolver y no lo hace, la otra parte puede intimarla para que le manifieste, en un plazo no menor a quince días, si va a plantearla; vencido el plazo pierde el derecho de resolverlo por causas anteriores la intimación (art. 1050). Hay que añadir el Proyecto de Pavía, el cual agrega las prevenciones de que el acreedor no puede resolver si el cumplimiento depende sólo de una acción u omisión que le sea imputable, a reserva de la facultad de aplicar los arts. 103 y 104. Y tampoco tendrá este derecho si ha hecho creer a la otra parte que no procedería a la resolución, aún tratándose de un incumplimiento grave (art. 114). Para el *Common Law*, en donde el mecanismo es también usado, v. Atiyah, P. S. and Smith, Stephen: *"Atiyah's Introduction to the Law of Contract."* 6th ed. Clarendon Press. Oxford, 2005, p. 203 y sgts. (y para su inclusión en los *self-help*, p. 375).

[79] El Proyecto de Pavía contempla, por una parte, la posibilidad de que el acreedor acuda a la vía judicial en lugar de la actuación unilateral y, por otra, que la resolución sea sometida a la consideración judicial (en cuya alternativa le confiere facultades, conforme a las circunstancias, para dictaminar la resolución parcial, la resolución sin indemnización, la indemnización sin resolver el contrato, etc.)(art. 158); y agrega unas reglas especiales para la resolución ejercitada por un consumidor (art. 159). Un detenido examen crítico de la resolución unilateral, con comentario de los precedentes franceses recientes, puede verse en Genicon, Thomas. Ob. cit. p. 373 y sgts.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

–También se contempla la resolución anticipada (*anticipatory breach*) (art. 1200). La generalidad de los textos actuales confieren la facultad de resolver anticipadamente el contrato (*anticipatory breach* es la expresión en el *Common Law,* de donde proviene) ante "riesgo patente" de incumplimiento esencial. A petición del acreedor, ante ese riesgo patente, se concede un plazo al deudor para que cumpla o para que garantice el cumplimiento; si no cumple ni garantiza, el contrato se resuelve (anticipadamente en relación a la época originalmente establecida). Y no es necesario esperar ese plazo si el deudor ha declarado que no cumplirá (puede ser útil al deudor formular esa declaración para detener la producción de perjuicios al acreedor, que tendría que indemnizar)[80].

El Proyecto también la acoge; y en esos términos.

–Asimismo, la facultad de suspender la ejecución de la prestación (art. 1191). La generalidad de los textos actuales confiere la facultad de suspender la ejecución de la prestación cuando es patente que el otro no cumplirá la suya o cuando existe el peligro o, al menos, la duda (es el mismo requisito para la *anticipatory breach).* Salvo los PECL, los cuales, además de darla en esa situación de peligro, llegan a conferirla sin esa exigencia[81].

Pues bien, tal vez tomándola de allí, este Proyecto también la consigna pura y simplemente, sin la exigencia.

Preferimos disponerla con el requisito (como procede –según se dijo– la generalidad de los textos).

–Sobre los efectos de la resolución (arts. 1202, 3 y 4) el Proyecto dispone, por cierto, el efecto liberatorio de lo no ejecutado y, convenientemente, deja a salvo: la cláusula de solución de controversias y las estipulaciones convenidas para después de la resolución.

Y se impone el efecto restitutorio de lo ejecutado pero se deja a salvo (se mantiene) lo ejecutado en los contratos de ejecución continuada o suce-

[80] Pero acudir a este instrumento para la parte inocente es una facultad; puede esperar el vencimiento pactado (aunque a su riesgo, en cuanto pueden surgir obstáculos que pueden salvar al deudor).

[81] El Proyecto de Pavía, que también contempla esta facultad, no es claro cuando la confiere "si una de las partes incumple o no ofrece cumplir su obligación" (art. 108).
Los Principios Unidroit contienen dos preceptos (arts. 7.1.3 y 7.3.4); en el primero, en el cumplimiento simultáneo una parte puede suspender el cumplimiento hasta que la otra ofrezca cumplir, y en el cumplimiento sucesivo, el que debe cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que el que debe cumplir primero cumpla; en el segundo, cuando una parte crea razonablemente que habrá incumplimiento esencial puede reclamar garantía de cumplimiento y entretanto puede suspender su cumplimiento, y si el otro no garantiza aquél puede resolver.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

siva, si hay reciprocidad de intereses.

El Proyecto omite dejar a salvo (en otros contratos) lo ejecutado que sea útil[82].

Y, sorprendentemente, no regula los efectos respecto de terceros (suponemos que deberá procederse a esa regulación y, siguiendo la línea que se percibe, con base en la buena fe y la protección al tráfico mediante la apariencia).

Acerca de si el deudor puede enervar la acción resolutoria (ya ejercitada) pagando durante el proceso (que en otra ocasión hemos tratado con sus implicancias doctrinarias y alguna consecuencia práctica lamentable en el Derecho chileno) nada dispone el Proyecto porque –como se ha dicho– no contempla la resolución judicial.

Para el Derecho chileno (tal como ya lo hemos propuesto[83]) estimamos apropiado introducir los principales capítulos aquí comentados: desde luego, la resolución por incumplimiento debe regularse en los efectos del incumplimiento (junto a los otros remedios disponibles para el acreedor), separándola de las obligaciones condicionales, sin perjuicio de mantener ahí la regulación de la resolución para cuando se cumpla la condición impuesta por las partes (ordinaria); la necesidad de que el incumplimiento sea esencial para que se confiera la opción resolutoria; la resolución extrajudicial unilateral (ciertamente con posibilidad de reclamo del deudor); la resolución anticipada; la facultad de suspender el cumplimiento ante riesgo patente; y una nueva regulación de los efectos, tanto entre las partes como respecto de terceros, con base en la buena fe y la protección al tráfico mediante la apariencia.

7. La indemnización por incumplimiento (arts. 1205 y sgts.)

–Se declara el derecho a exigir el cumplimiento en especie. Hace ya más de 50 años que el Prof. José Puig Brutau tradujo la obra de Fuller y Perdue sobre indemnización de perjuicios y protección de la confianza[84]. El insigne comparatista incluyó un extenso y sustancioso "Comentario final del

[82] Velando por la preservación del contrato, hay proposiciones que mantienen lo que se alcanzó a ejecutar, si se demuestra que ha sido útil, lo cual parece justificado (v. por ej. los Proyectos Argentinos de Derecho Privado Unificado, de 1987, art. 1203, y de 1998, art. 1045; dejan firmes las prestaciones que sean útiles y equivalentes).

[83] En el trabajo citado al comienzo de este párrafo.

[84] Fuller, Lon y Perdue, William: *Indemnización de los Daños Contractuales y Protección de la Confianza.* Trad. de Puig Brutau. Edit. Bosch. Barcelona, 1957.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

traductor"; allí (a propósito de algunos párrafos de la obra traducida) llama la atención sobre la constatación de que en el *Common Law,* como regla general, no existe el cumplimiento en especie (la *specific perfomance;* aunque en ciertas situaciones sí, en sede de *equity*)), a diferencia (atenuada) de los derechos continentales[85, 86]. Pero destaca que la generalidad de los códigos civiles no lo declaran expresamente (por nuestra parte de inmediato debemos añadir que el chileno sí; los textos son varios: arts. 1568, 1569, 1590, 1545, 1553, 1555, 1675 del Código Civil; también los preceptos de los procedimientos ejecutivos contenidos en el Código de Procedimiento Civil).

Por fin ahora, en este Proyecto, se consagra expresamente el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento en especie. Lo dispuso en el título del Incumplimiento (art. 1192, con restricciones; se colige asimismo del art. 1190; pudo haberlo dicho en el título del Cumplimiento). La regla aparece también en los PECL (art. 9102, asimismo con restricciones) y en el Proyecto de Pavía (art. 111).

Pero si bien se terminó consignando expresamente la posibilidad de exigir el cumplimiento en especie, persiste un debate que en la doctrina española ha sido promovido con notable intensidad: si cuando se demanda

[85] Como entre nosotros también surgen restricciones al cumplimiento en especie, a veces impuestas en las normas y otras decididas por la jurisprudencia en la casuística (v. algunas sentencias en la obra de Morales Moreno, luego citada), es que hemos dicho que hay diferencia "atenuada". En definitiva, la diferencia parece ser sólo de predominio o regla general, y los regímenes tienden a acercarse. Para una exposición comparada del tema entre el *Common Law* y el sistema continental puede verse Zweigert, Konrad y Kötz, Hein: *Introducción al Derecho Comparado*. Trad. de Aparicio Vázquez. Oxford University Press. México, 2002, p. 498 y sgts.; Farnsworth, Allan. Ob. cit. p. 908 y sgts.; Zimmermann, Reinhard: *The Law of Obligations*. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press. New York, 1996, p. 770 y sgts.; Mattei, Ugo; Ruskola, Teemu and Gidi, Antonio: *Schlesinger's Comparative Law.* 7ª ed. Thomson Reuters/Foundation Press. New York, 2009, p. 877 y sgts. (con la prevención sobre los procedimientos ejecutivos).

[86] Aquí puede ser recordado el postulado del análisis económico del Derecho denominado "incumplimiento eficiente" (que ahora será solamente aludido). Como se sabe, propone que si el deudor incumple, pero demuestra que su incumplimiento ha sido eficiente, es decir que al incumplir ha podido dar tal destino a sus recursos que puede indemnizar de todo perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento y todavía mantiene una ganancia adicional, debería ser liberado del cumplimiento en especie.
Por cierto, al fondo el problema se vincula con principios más generales, como la concepción de lo que es la "obligación" y, aun, la libertad individual y el alcance que se ha de conferir al respeto por la palabra empeñada. Y, como recién se dijo en el cuerpo, así aparecen las diferencias (cada vez menos profundas, como también se dijo) entre nuestro sistema y el del *Common Law*. Para nosotros, el principio ha sido que al obligarse el deudor ejercitó su libertad comprometiéndose, de modo que hay un orden: debe cumplir, y si no es posible el cumplimiento, entonces responde; ellos mantienen la libertad del deudor aún después del compromiso, para dirimir la disyuntiva (a la que, también libremente, él se expuso): cumple o responde.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el valor de la prestación (también llamado cumplimiento por equivalencia), ese rubro se rige por el régimen del cumplimiento en especie o por el de la indemnización de perjuicios (aunque con la reforma, que –como se dirá– prescinde en buena medida de la culpa, esa discusión parece quedar con importancia algo disminuida)[87].

–Se impone una mesurada responsabilidad contractual objetiva. Aquí llegamos a la que estimamos tal vez la novedad de mayor importancia en este proyecto: no se exige culpa para que se genere la responsabilidad contractual (ya está declarado en el preámbulo del Proyecto). Por lo mismo, no aparece la diligencia (o la "ausencia de culpa") como causal de exoneración de responsabilidad. Asimismo (con algunos precedentes, directamente los PECL), se unifica la noción de incumplimiento y se armoniza el sistema de consecuencias (remedios) que se derivan de él.

Con este Proyecto se sigue afirmando una tendencia. Parece ya establecido que, habiendo partido nuestro sistema (continental) concibiendo la obligación como un compromiso de conducta futura (que entonces adopta a la culpa como factor de atribución de responsabilidad), se avanza hacia una concepción de obtención de un resultado, que busca la satisfacción del interés del acreedor (en la cual se prescinde de la culpa y se funda la responsabilidad en el incumplimiento, o, más al fondo, en la obligatoriedad del contrato). La responsabilidad se va alejando de su descanso en la conducta reprochable al deudor (aunque se esté objetivando bastante su evaluación); el deudor responde no porque su conducta es objetable (culpable), sino porque incumplió. Ciertamente, un movimiento en esa dirección va produciendo un acercamiento a quien ha partido desde el otro emplazamiento (el *Common Law)*. Y esa cercanía se observa también en cuanto ambos regímenes, luego de adoptar un principio general, entran a matizarlo con la influencia de diversos factores, como categorías de obligaciones, pretensiones frente al incumplimiento, características de los contratantes, tipos contractuales (todo indisolublemente vinculado a la causal de exoneración, a la que se hará referencia pronto, que se construye en base a los riesgos previstos o que debió prever el deudor al contratar y que, por lo mismo, se entiende que asumió al no excluirlos).

[87] Para el cumplimiento en especie en general en el Derecho español, puede verse Verdera Server, Rafael: "El Cumplimiento Forzoso de las Obligaciones". Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1995; para algunos puntos específicos y una síntesis del debate aludido en el cuerpo, Morales Moreno, Antonio: *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2006, pp. 47 y sgts. y 55 y sgts.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde hace varias décadas (asimismo con el reclamo del Prof. Puig Brutau)[88], en la doctrina española se venía agitando la proposición[89, 90].

Por cierto, compartimos esta actitud (que para el Derecho chileno ya la hemos venido propiciando[91]).

Sólo conviene prevenir que no se trata de eliminar la culpa en la responsabilidad; lo que se postula es cambiar el rol que tradicionalmente se le ha atribuido: elemento constitutivo de la responsabilidad contractual (lo que implica que sin culpa no hay responsabilidad); no es un elemento constitutivo, pero sigue teniendo influencia. Por una parte, en las obligaciones de actividad (o de medio) la diligencia integra la prestación, por lo cual la culpa (que la excluye) importa en ellas porque si hay culpa (falta la diligencia) el

[88] V. el "Comentario Final del Traductor", en la traducción de la obra de Fuller y Pardue, antes citada.

[89] Posteriormente, con mayor desarrollo, debe ser mencionado el estudio del Prof. Jordano Fraga, utilizando doctrina italiana, desde Osti. V. Jordano Fraga, Francisco: *La Responsabilidad Contractual*. Edit. Civitas. Madrid, 1987; Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Edit. Civitas. Madrid, 1996. T. II, p. 573 y sgts. También Morales Moreno, Antonio Manuel. Ob. cit. p. 51 y sgts., con referencias al trabajo interpretativo del art. 1105 del Código Civil español, en relación con el "ámbito de control de riesgos".

[90] Para el Derecho francés v. por ej. Larroumet, Christian: *Teoría General del Contrato*. Trad. de Jorge Guerrero. Edit. Temis. Bogotá, 1999, vol. II, p. 12 y sgts.
En el *Common Law* la responsabilidad estricta (en materia contractual) es entendida como regla general. V. Zweigert, Konrad y Kötz, Hein. Ob. cit. especialmente p. 532 y sgts. con el "caso de la lavandería"; pero queda ahí las percepción de que –sin expresarse– también se introduce diferencia en las obligaciones de actividad (quedando sí las que nosotros llamamos de resultado como regla general).
En el Proyecto de Pavía las normas fundamentales son los arts. 162 y sgts. y 75. De ahí puede concluirse que también consagra una regla general de responsabilidad objetiva, en cuanto el deudor sólo se libera probando causa extraña imprevisible e irresistible. Nótese que, con el N° 1 segunda parte, el deudor responde incluso en el incumplimiento por causa "ignota". Porque primero dice que queda liberado si el incumplimiento no se debe a su conducta (hasta ahí podría concluirse que si prueba diligencia quedaría liberado) pero luego agrega (llenando el vacío de la causa ignota): sino a causa (extraña) irresistible e imprevisible. Es decir, él tendría que probar en qué consiste esa causa y las características de imprevisibilidad e irresistibilidad. Así, la sola ausencia de culpa no lo libera. La alusión en el art. 75 N° 3 a la culpa (o, si se prefiere, la liberación cuando se obra con diligencia) se refiere a una "obligación de hacer de naturaleza profesional" (que podemos considerar "de medio"); es cierto que en ella conforme al texto el deudor se libera si desplegó la actividad con diligencia; pero es que en tales circunstancias el deudor ha cumplido (entonces en las demás, que serían las de resultado, se responde con prescindencia de la culpa, y así, la ausencia de culpa no libera). Es interesante la regla que expresa y directamente se refiere a obligaciones (de aquella misma naturaleza) contraídas en "un ámbito en el que la experimentación científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados", en las cuales el deudor "sólo responde por culpa grave". Por otra parte, al exigir los caracteres imprevisible e irresistible, la causal de exoneración mantiene bastante rigidez.

[91] V. nuestro "Responsabilidad Contractual Objetiva". En *Estudios de Derecho Civil* IV. Ponencias de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008. Edit. Legal Publishing. Santiago, 2009, p. 331 y sgts.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

deudor no ha cumplido; nótese que no es que la ausencia de culpa libere, lo que ocurre es que si se desplegó la actividad comprometida y se desplegó diligentemente, entonces el deudor ha cumplido (y habiendo cumplido, no hay responsabilidad); y, por otra, si en la existencia del caso fortuito (ahora, con perceptibles enmiendas llamado impedimento, como se dirá pronto) intervino culpa, no queda jurídicamente configurado como tal caso (o, como lo disponen algunos textos, no es liberatorio); en fin, si la culpa es grave, influirá en la determinación de los perjuicios indemnizables[92].

Y se procede como es de esperar cuando se excluye la culpa: se remodela, flexibilizándose, la causal de exoneración (art. 1209).

La causal ya ni siquiera es llamada "caso fortuito". Ni se le introducen las extremas características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

El deudor queda liberado cuando el incumplimiento es debido a un impedimento que: sea ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control; y, según el contrato, la buena fe y los usos, no le correspondiere preverlo o evitar o superar sus consecuencias.

Y se añaden dos convenientes precisiones:

a. La exoneración es eficaz mientras dure el impedimento (hay que entender que se refiere a situaciones en que es temporal, y más tarde aún es posible y útil el cumplimiento).

b. Conociéndolo, el deudor debe informar el impedimento al acreedor sin demora (por cierto, para evitar o minimizar la secuela de perjuicios y permitir que el acreedor recomponga sus proyectos en el ámbito del negocio habida cuenta del percance acaecido).

Estimamos que en este punto el Proyecto ha procedido muy apropiadamente, recogiendo depurada doctrina que ha venido promoviendo la enmienda a las rigideces del tradicional caso fortuito, y que ha sido ya inaugurada en textos legales.

Desde luego, en esta nueva elaboración de la causal de exoneración se aprecia una ostensible influencia de la Convención de Viena (en su art. 79). Esa influencia ya se había ejercido en los PECL (que la configuran en el art. 8108; si el impedimento está fuera del control del deudor)[93].

[92] V. Diez-Picazo, Luis; Roca Trías, E. y Morales, A. M. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Edit. Civitas. Madrid, 2002, pp. 374 y 379; Larroumet, Christian. Ob. cit. p. 12 y sgts. Para el *Common Law* con dirección equivalente, v. por ej. Zweigert y Kötz. Ob. cit., p. 532 y sgts.

[93] V. Diez-Picazo, Luis; Roca Trías, E. y Morales, A. M. Ob. cit. p. 379.

Artículo: La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la Reforma del Código chileno
Revista: Nº225-226, año LXXVII (En-Dic, 2009)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y téngase en cuenta el generalizado complemento de que no se podía suponer razonablemente que fuere previsto al celebrarse el contrato ni que se hubiere evitado o superado el impedimento o sus consecuencias.

Como es natural, se mantiene la indiscutida regla de atribuir al dolo el efecto de agravar la responsabilidad del deudor; en esa situación responde de los perjuicios incluso imprevistos (aunque el Proyecto lo dispone en términos negativos: si no hay dolo, responde sólo de los perjuicios previstos; de los que razonablemente pudieron preverse como probables, al celebrarse el contrato)[94].

Con esta nueva elaboración de la causal de exoneración adherimos al planteamiento del Proyecto en este capítulo y, con algunas diferencias, es aproximadamente lo que postulamos para una reforma del Código chileno en la materia[95].

Aunque hay diferencias en matices la línea parece ser la misma. En su sección principal la Conv. de Viena (en el citado art. 79) dispone que el deudor no responde si existe "impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias"; puede verse que exige que el impedimento sea ajeno a la voluntad del deudor, sin mencionar el "control de riesgos"; los PECL no mencionan el control de "riesgos"; sólo emplean la fórmula "fuera de su control"; en términos semejantes a estos últimos, los Principios Unidroit (art. 7.1.7., que hacen referencia a "impedimento ajeno a su control"). En cuanto al Proyecto de Pavía, ya se citó el art. 162 y la rigidez de su causa extraña.

[94] Manteniéndose en debate el concepto de dolo en la responsabilidad contractual, que entre nosotros no ha disfrutado de gran atención.
Es destacable en este punto la regla del Proyecto de Pavía que en la agravación incluye a la culpa ("A menos que el deudor haya actuado por dolo o culpa, debe responder del daño……"; art. 162 N° 4).

[95] V. nuestra Ponencia sobre Responsabilidad Contractual Objetiva, cit.