

**N<sup>os</sup> 231-232**  
**Año LXXX**  
**Enero-Junio, Julio-Diciembre 2012**  
**Fundada en 1933**  
ISSN 0303-9986

Una fotografía de la Torre del Reloj de la Universidad de Concepción, un edificio alto y blanco con un reloj visible en su parte superior.

# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCIÓN<sup>MR</sup>

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

## *ALGUNAS REFORMAS A LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO*

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Concepción

### *PROPÓSITO<sup>1</sup>*

El objetivo de este trabajo es exhibir, críticamente, el estado en el que se encuentra en el Derecho chileno la regulación de la resolución de contratos por incumplimiento, en la normativa de aplicación general (con alguna doctrina y jurisprudencia), para terminar formulando algunas proposiciones de reforma en la materia.

Metodológicamente, para la finalidad se procederá a destacar algunos problemas en cada uno de los principales capítulos que integran aquella regulación, con proposición de solución específica, añadiendo algunas apreciaciones para el capítulo respectivo, aprovechando las nuevas propuestas que ofrece el Derecho comparado.

<sup>1</sup> El contenido fundamental de este trabajo fue presentado en el Congreso sobre "Modernización del Derecho de Obligaciones en Europa y la Resolución de Contratos por Incumplimiento", organizado por la Facultad de Derecho de la P. Univ. Católica de Valparaíso (septiembre de 2008). Posteriormente, se tuvo acceso a otros estudios, que han sido utilizados para esta publicación.

## 1. EL ENTORNO, LOS POSTULADOS Y LA TÉCNICA TRADICIONAL

### A) El entorno

La resolución del contrato es una herramienta dentro de un cuadro de remedios que se despliegan ante el incumplimiento (cada una con sus propias exigencias) y que, una vez reconocidos, deben regularse armónicamente: cumplimiento por equivalencia, resolución, indemnización de perjuicios, cesión de acciones contra terceros, suspensión del cumplimiento, resolución anticipada (*anticipatory breach*)<sup>2</sup>. Esa coherencia debe mantenerse incluso con la excepción de contrato no cumplido y la denominada teoría de los riesgos. Desde luego, podemos advertir que en muchas legislaciones –conforme lo denuncian algunas opiniones doctrinarias que luego irán siendo aludidas– y específicamente en la chilena, en diversos extremos aquella armonía no se ha logrado<sup>3</sup>.

### B) Los postulados

En ese conjunto intervienen, muchas veces simultáneamente, varios de los principios o postulados que habitualmente influyen en el Derecho de obligaciones y contratos: la buena fe, la conservación del contrato, la protección al fin del contrato, la protección al tráfico (y en ella la concreta tutela del crédito). Por cierto, ellos deben recordarse cada vez que se pretenda regular situaciones específicas, porque tras esas situaciones siempre hay uno o más influyendo, y es ahí en donde está la base que debe presidir la normativa y, eventualmente, el debate ostensible.

En la resolución por incumplimiento hay dos de esos principios que surgen con frecuencia y se presentan encontrados, y cuya armonía –que es posible– hay que perseguir.

<sup>2</sup> Esta última (sobre la cual se volverá más adelante), puede ser considerada no un instrumento distinto sino tan solo una modalidad de la resolución.

Por otra parte, el cumplimiento forzado, que suele ser mencionado como otro remedio (frecuentemente es mencionado en primer lugar), puede estimarse que es la concreción del respaldo jurisdiccional para obtener el cumplimiento del compromiso, que espontáneamente no se ha producido.

Y deben agregarse otros textos que (señaladamente la Convención de Viena) y proyectos recientes, inicialmente para la compraventa, vienen ofreciendo (aunque la práctica haya estado desplegando desde antes): la reparación y la sustitución de la prestación defectuosa, la reducción del precio (arts. 45 y sgts. y 61 y sgts. de la Convención de Viena). Por cierto, cada uno con sus propias exigencias y, en el conjunto, con vinculaciones y racionales incompatibilidades.

<sup>3</sup> V. al respecto Tallon, Denis: "L'Inexécution du Contrat: Pour une Autre Présentation". En *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2. Paris, 1994, p. 223 y sgts.

Por una parte, el principio de preservación del contrato: el contrato es un instrumento de intercambio de bienes y servicios, de presencia fundamental en la actividad económica, y entonces hay un interés social, público, en que los contratos se cumplan como fueron programados; debe tenerse en cuenta que cada uno de ellos influye en las decisiones que muchos protagonistas de la actividad económica circundante tomarán en sus negocios propios<sup>4</sup>. Y, por otra, la denominada tutela del crédito: el crédito debe ser protegido por el ordenamiento, como activo económico procedente del contrato, y como cosa (incorporal) objeto de propiedad (así al menos entre nosotros, conforme a las reglas del Código Civil y de la Constitución); y protegiéndolo, también se contribuye a proteger el tráfico.

### C) *La técnica de la condición tácita*

Luego de una dilatada evolución (con influencia del Derecho canónico y las intervenciones de Dumoulin, Domat y Pothier)<sup>5</sup>, culmina en el código francés el postulado de que en los contratos bilaterales va implícita la condición (resolutoria) de no cumplirse lo pactado (art. 1184, ubicado en las obligaciones condicionales). De allí pasa a otros códigos del siglo XIX, como el italiano de 1865<sup>6</sup>, el español<sup>7</sup>, y el nuestro, y de aquí se esparce a su vez a otros. En la actitud hay una buena dosis de artificio y, dispuesta entre las normas de las obligaciones condicionales, al menos entre nosotros, ha traído el inconveniente práctico de algunos intentos de aplicarle varias reglas de esa categoría de obligaciones<sup>8</sup>; asimismo, consignada ahí, los efectos de

<sup>4</sup> En este sentido Genicon, Thomas: "La Résolution du Contrat pour Inexécution". *L.G.D.J.* París, 2007, p. 184. El autor califica a este interés social de un freno a los que llama motores o factores que provocan la resolución; y atribuye el mérito de haber sido el primero en destacar su influencia al ilustre Prof. R. Cassin, en un trabajo de 1939.

<sup>5</sup> Una síntesis de la evolución puede verse en Mélich-Orsini, José: "*La Resolución del Contrato por Incumplimiento*". Edit. Temis. Bogotá-Caracas, 1982, p. 53 y sgts.; también Álvarez Vigaray, Rafael: "La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento." Edit. Comares. 3ª. edic. Granada, 2003, p. 1 y sgts.

<sup>6</sup> Art. 1165, también ubicado en las obligaciones condicionales y asimismo con la expresa denominación de condición resolutoria.

<sup>7</sup> Art. 1124, también ubicado en las obligaciones condicionales, aunque sin la calificación de condición, sino de "facultad." Pero a comienzos del siglo XX el Tribunal Supremo español la calificaba de "condición resolutoria tácita" (sentencia de 19 de enero de 1904).

<sup>8</sup> Como aquella del art. 1478 conforme a la cual "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga", que perturba la situación de los pactos comisorios. Por otra parte, si se tratare de una auténtica condición, al producirse el incumplimiento lo natural sería que la resolución del contrato (o de la obligación)

la resolución quedan aprisionados entre los de la obligación condicional, no obstante obedecer a funciones diversas<sup>9</sup>.

La generalidad de los códigos del siglo XX (europeos y latinoamericanos) han simplemente abandonado la técnica de la condición tácita, trasladando la regulación al efecto de las obligaciones, en las consecuencias por su inejecución; otro tanto acontece con los principios y proyectos de códigos, emitidos para el Derecho europeo de los contratos.

A la postre, estamos asistiendo a la agonía de esta original forma de concebir la resolución. En la actitud estábamos quedando prácticamente solos con Francia (y tal vez no nos sentíamos tan preocupados, debido a la fama de la compañía); pero ahora también pretende abandonarnos (art. 1157 y sgts. del Proyecto Catalá).

Postulamos proceder de modo semejante: la resolución (con sus normas) debe ser llevada al capítulo de los efectos de las obligaciones, entre las consecuencias del incumplimiento.

## 2. EL FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y SU FUNCIÓN

El tema ha sido ampliamente discutido en la doctrina. Se trata de determinar cuál es la justificación de aquella decisión de que por la circunstancia de incumplirse el contrato puede quedar resuelto; en otros términos, se trata de responder a la pregunta porqué el incumplimiento puede conducir a esa ineficacia que llamamos resolución<sup>10</sup>.

Varias alternativas han sido propuestas (la condición implícita, la causa recíproca, la voluntad presunta de las partes, el sinalagma funcional, la sanción,

---

tendría que producirse de pleno Derecho, y para derivar consecuencias tal resolución podría ser alegada (o aducida) por cualquiera de las partes (V. al respecto Ávila Navarro, Pedro: "Extensión de la Condición Resolutoria Explícita en la Contratación Inmobiliaria". En *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625. Madrid, 1944, p. 2582).

<sup>9</sup> Así entre las partes (en la restitución de cosas, frutos, deterioros y mejoras) y respecto de terceros. Aunque en la doctrina (si bien al parecer no ya en la actualidad) se ha discutido intensamente si se trata de una auténtica condición. El debate puede verse, por ej., en Traviesas, M. Miguel: "Obligaciones Recíprocas". En *Rev. de Derecho Privado*. Madrid, 1929; septiembre, p. 273 y sgts. y octubre, p. 321 y sgts. (la discusión, en p. 274). La circunstancia de que el incumplimiento sea un acontecimiento futuro e incierto no parece suficiente para reducirlo a condición; todo lo futuro (salvo la muerte) importa incertidumbre en cuanto no es seguro si acaecerá.

<sup>10</sup> Decimos "puede" conducir a la resolución porque está claro que no es ese el único destino que le está reservado al contrato cuando le sobreviene el incumplimiento.

la reparación, la equidad, el poder dispositivo novatorio).

De su examen –que no es necesario desenvolver aquí<sup>11</sup>– se desprende que permanecen nutriendo el debate del fundamento la voluntad de los contratantes, la lesión que el incumplimiento causa al interés acreedor y la interdependencia de las prestaciones.

Esos elementos aparecen como reales componentes de una respuesta a la interrogante porqué se justifica que, ante el incumplimiento de uno de los contratantes, el otro pueda pedir la resolución del contrato.

Incorporándolos en la respuesta, por nuestra parte concluimos que, en términos jurídicos, el ordenamiento debe reaccionar ante una atribución patrimonial que surgió como intercambio, y resulta que no será correspondida. La resolución se justifica, pues, como un remedio que pone fin a lo que es una atribución patrimonial impropia; a una atribución que se estableció con otra en correspondencia, y que finalmente no ha sido correspondida, con lo que ha quedado impropia.

Y, en el mismo sentido, debe procurarse que el acreedor tenga pronto la conveniente claridad, la certeza, del resultado efectivo del proyecto contractual (si le cumplirán o no), para que, en desenlace negativo, pueda regresar al mercado en busca de la satisfacción del interés recién frustrado, o, por último, pueda optar por cambiar el destino a sus recursos.

Esta es una explicación jurídica del mecanismo resolutorio, pero ostensiblemente reconoce un componente de naturaleza económica, evidenciado tanto en la zona sustantiva en la que actúa (la ejecución de las prestaciones de los contratantes) como en el reclamo de oportunidad, que debe ser atendido (que ante el incumplimiento el contratante cumplidor necesita liberarse pronto para acudir al mercado en busca del reemplazo o conferir otro destino a sus recursos).

Con un planteamiento de esta naturaleza queda también explicado que si ninguno de los contratantes ha cumplido, y ambos definitivamente no cumplirán, procede dictaminar la resolución (en lo que la doctrina ha dudado, duda que en ocasiones ha aquejado a la jurisprudencia chilena), pues tampoco se justifica mantener atribuciones patrimoniales que, programadas, no van a concretarse.

<sup>11</sup> Pueden verse en Clemente Meoro, Mario: *La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1998, p. 51 y sgts.; las describe resumidamente (añadiendo la actitud “agnóstica” del Prof. Rodolfo Sacco) y las va refutando; consigna su conclusión en p. 88 y sgts., también en Traviesas, M. Miguel. Ob. cit. primera parte, p. 275 y sgts.

Este planteamiento supone –conviene declararlo– una derogación del *pacta sunt servanda* y, por lo mismo, disminuye en gran medida la influencia de las proposiciones voluntaristas (afincadas en una pretendida voluntad de ambas partes) y, directamente, se centra en la interdependencia (sinalagma) de las prestaciones, dispuesta por la ley<sup>12</sup>.

Y la función que cumple la resolución por incumplimiento es precisamente la de desvincular a los contratantes del compromiso asumido, debido a la ruptura del denominado programa contractual, acontecimiento debido al cual el interés del acreedor ya se ha extinguido o se ha significativamente reducido (en esos términos, como puede apreciarse, la función y el fundamento aparecen estrechamente relacionados)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Faltando –lo que es explicable– pronunciamiento legal a este respecto, la acumulación de antecedentes históricos cobra señalada importancia; y con dirección a un fundamento en el ordenamiento jurídico y no de una supuesta voluntad de las partes, han sido destacados en términos escuetos y penetrantes: “La fuente legal de la resolución se revela a través de numerosos elementos. Ante todo, en la larga evolución histórica que la figura jurídica de la resolución ha experimentado a través del Derecho romano y el intermedio, puede decirse con razón, que la resolución pertenece a aquel grupo de efectos legales formados como resultado histórico de una categoría o tipo de negocios”. (Mosco, Luigi: *La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. Trad. de La Redacción (de la Editorial), con Apéndice de Pintó Ruiz. Dux Edics. y Publicacs. Barcelona, s/f., p. 16, con cita de un trabajo especializado).

<sup>13</sup> Debe ser considerada otra postura: la decisión (sicológica) de celebrar un acto y su ejecución se sustentan (con cita de Ihering) en un fin que se persigue, junto a la convicción de que el acto “será el medio conducente al objetivo, vale decir, porque presupone que el contrato será útilmente cumplido” (se acude –como puede verse– a la llamada doctrina de la “presuposición”, bien difundida en la doctrina alemana). Esa presuposición se sustenta en la confianza en que la promesa será cumplida (cuando la voluntad no regula íntegramente la relación concreta, el Derecho objetivo se encarga de completarla mediante las normas supletorias que establecen los resultados económicos que ordinariamente hubieren querido los interesados en iguales circunstancias); es su causa jurídica. Y muchas veces, a pesar de la inejecución del contrato puede todavía útilmente obtenerse la prestación; en tal caso la voluntad de las partes es disponer de los medios necesarios para lograrlo; y cuando eso no ocurre, sólo quieren verse liberados para alcanzar con otra relación el fin práctico que aún no está satisfecho. De modo que si las partes hubieren presupuesto que el contrato no se iba a cumplir, no habrían contratado. Generada una oposición entre la voluntad y el resultado, la justicia exige que la voluntad sea respetada y que no se atienda a lo que no han querido. Entonces la ley protege la voluntad mediante un precepto supletorio, confirmando la facultad de pedir el cumplimiento del contrato si la ejecución aún es posible y si, consiguiéndola, puede alcanzarse el fin perseguido. Así, el derecho de pedir la resolución no es absoluto; no depende exclusivamente de la voluntad del demandante, aunque el incumplimiento esté demostrado. La inejecución a veces no impide que la prestación comprometida pueda realizarse con plena utilidad para el acreedor; en tales hipótesis las obligaciones correlativas no pierden su presupuesto y el contratante puede todavía obtener el resultado previsto. La ley entonces le concede la facultad de exigir el cumplimiento, y el pago de los perjuicios consecuenciales causados. Acoger una demanda resolutoria importaría desconocer el fundamento del art. 1489, quebrantar la ley del contrato, conculcar la voluntad legislativa

### 3. EL CAMPO DE APLICACIÓN

#### A) A los contratos bilaterales

Como es bien sabido, conforme al tenor literal del art. 1489 del Código Civil chileno, la opción resolutoria por incumplimiento es conferida en los contratos bilaterales.

Pues bien, a partir del campo indiscutido de los contratos bilaterales (aunque no a todos)<sup>14</sup>, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera (ciertamente con sus respectivos textos legales) la extensión a otras categorías de contratos ha sido discutida: a los contratos llamados sinalagmáticos imperfectos<sup>15</sup>, a los unilaterales onerosos, a los aleatorios, a los preparatorios, a los contratos relacionados, a la transacción; y aun a otros actos, como la enajenación forzosa y la partición de bienes<sup>16</sup>.

Aquí nos referiremos solamente a algunos contratos y ciertas obligaciones cuyo examen entre nosotros no ha sido suficiente y, en todo caso, no parecen tener aún conclusiones definitivas (como son los contratos unilaterales onerosos, las obligaciones recíprocas no contractuales y los contratos relacionados).

---

y denegar al demandado su derecho. Pero si luego del incumplimiento la prestación ya no es posible o ya el acreedor no podrá conseguir la finalidad que apetecía, se producirá una disconformidad entre el efecto querido y el resultado obtenido y entonces se crea en el acreedor un interés de obrar en demanda de la resolución del contrato para volver a quedar en libertad. Así, la facultad resolutoria no se otorga como consecuencia necesaria de la infracción del compromiso sino que, para que surja se precisa que a la resolución sobrevenga la imposibilidad o la inutilidad de la prestación. Sólo así el acreedor tiene el derecho de obrar (que es condición de existencia de la acción) y el interés de obrar, que es condición de la ejercitabilidad de la misma. En suma, si producido el incumplimiento la prestación es todavía posible y útil al acreedor, sólo puede pedir el cumplimiento; si ya no es posible o no le es útil, puede pedir la resolución. Concluye que "si de la declaración concordante de las voluntades de obligarse el ordenamiento hace nacer la virtud vinculadora del contrato (ley contractual), así también hace depender la mantención de la eficacia del negocio de la posibilidad de que sean alcanzados los fines para los cuales éste fue concluido". Elgueta Ortiz, Augusto: *La Resolución y el Incumplimiento Recíproco*. s/c. Santiago, 1947, p. 116 y sgts. (la última transcripción, en p. 124).

<sup>14</sup> Sin perjuicio de la discusión que pueda promoverse en los respectivos ordenamientos por la relación con otros textos, en el Derecho extranjero la generalidad de los estatutos de la resolución se formulan referidos a los contratos bilaterales o (como expresión alternativa también usada) sinalagmáticos.

<sup>15</sup> En este específico ámbito se extiende Traviesas, M. Miguel. Ob. cit. prim. parte, p. 283 y sgts.

<sup>16</sup> Para esos temas hay entre nosotros literatura jurídica suficiente y bien difundida. Puede verse Peñailillo Arévalo, Daniel: *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 203, p. 400 y sgts.

*B) A los contratos unilaterales onerosos*

En la doctrina extranjera (casi siempre con influencia de sus propios textos) está discutida la aplicación del remedio resolutorio a los contratos unilaterales onerosos (y parece predominar claramente que no se aplica a los llamados sinalagmáticos imperfectos).

En la doctrina chilena, asimismo con nuestros textos, igualmente se ha discutido el tema y parece predominar la conclusión de que no procede en estos contratos.

Podría sostenerse su aplicación estimando que en ellos se presenta también el sinalagma, que justifica la resolución por incumplimiento. Las obligaciones del deudor nacen como consecuencia de la atribución patrimonial efectuada por el acreedor; así, la obligación de pagar intereses al deudor es debida a la atribución de la cantidad prestada; el gravamen impuesto al donatario es debido a la atribución patrimonial del donante. Entonces –podría concluirse– hay interdependencia entre la atribución patrimonial de uno y la obligación del otro. Y el mutuante podría optar entre exigir el cumplimiento del pago de los intereses o resolver el mutuo, con inmediata restitución del capital e indemnización. El Código Civil holandés parece así disponerlo (en su art. 6:261-2 en relación con el art. 6:261-1).

Con todo, estimamos también atendible el postulado que descarta la aplicación de la resolución a todas las obligaciones restitutorias (entre ellas a la del mutuario), por la circunstancia de que no son obligaciones “correspectivas”; la obligación del mutuario no es la correspectiva de la del mutuante, pues tan sólo debe restituir lo mismo que recibió; falta –como también se ha dicho– el sinalagma genético. Incluso, en la hipótesis de que la resolución se aplique al mutuo (porque el mutuario no pagó oportunamente), la consecuencia sería que la obligación de restituir permanecería intacta (y, estrictamente, lo pagado tendría que volver al patrimonio del deudor, lo que deja la situación en poco plausible<sup>17</sup>; como se verá, el punto está relacionado con el siguiente).

*C) A las obligaciones recíprocas no contractuales*

Hemos estimado conveniente examinar esta situación específica porque, aparte de una falta de debate sobre ella en nuestro medio, percibimos que

<sup>17</sup> Así el Prof. Rodolfo Sacco, en Clemente Meoro, Mario. Ob. cit. p. 114, nota 48; aunque este último autor prefiere la aplicación a los unilaterales onerosos (en p. 99). Y el eminente Prof. de Turín lo propone en pura doctrina, porque precisamente el Código Civil italiano la aplica al mutuo con interés si el mutuario deja de pagar los intereses (art. 1820).

tiene la virtud de contribuir a aclarar la noción de las obligaciones por cuyo incumplimiento procede la resolución.

Se trata de obligaciones que ambos contratantes las tienen, cada uno respecto del otro (por eso son llamadas recíprocas); más aún, su cumplimiento puede entenderse como simultáneo, e incluso pudiere tratarse de que su exigibilidad esté sometida al cumplimiento de la recíproca.

Como referencia consideremos la situación de las obligaciones restitutorias que nacen de la nulidad de un contrato. Nuestros textos (semejantes aunque no idénticos a códigos civiles extranjeros de su época) las contemplan (en el art. 1687 del Código Civil).

Estimamos que en ellas no procede la resolución. Si se incumplen, lo procedente es pedir el cumplimiento (y, en el ejemplo que estamos empleando como referencia, se trata de cumplir la sentencia).

Desde luego, esas obligaciones podrían no ser recíprocas, siendo sólo una de las partes la que debe restituir: cuando el contrato anulado era unilateral, y cuando –siendo bilateral– sólo una de ellas alcanzó a cumplir.

Por otra parte, surge el obstáculo de la fuente de estas obligaciones. Las impone la sentencia, con el respaldo de la ley (como se diría en el ambiente de la realista clasificación de las fuentes de las obligaciones del Prof. Hernández Gil). Sea como fuere, está claro que no emanan de contrato. Este argumento se asienta en un postulado mayor: la resolución es propia del vínculo contractual.

Al menos en la situación de referencia, por sobre todo, estas obligaciones no constituyen más que el razonable efecto de la nulidad.

En términos más amplios, las obligaciones restitutorias no tienen el carácter correspectivo; cada una no constituye el contravalor de la otra; son mutuas, pero no son recíprocas en el sentido de sinalagmáticas; falta el llamado sinalagma genético, en cuanto ya en su nacimiento cada una no es debida a la otra (incluso en el mutuo, la obligación de restituir no es el correspectivo del préstamo; puramente se trata de restituir lo que se recibió).

Tratándose de las restitutorias de nulidad, son consecuencia de ella y las impone la ley para restaurar la situación primitiva. Si una parte nada tiene que restituir (porque no recibió) eso no impide en absoluto la existencia aislada del deber de la otra. La restauración exige que cada uno restituya, pero eso no significa que cada restitución aisladamente considerada carezca de sentido.

Además, nótese que –si se admitiere la resolución por incumplimiento de alguna de ellas– al producirse la resolución en una situación concreta la consecuencia sería que las partes dejarían de estar obligadas a la restitución y, así, se consolidaría la situación que con la nulidad se quiso eliminar.

En definitiva, tratándose de obligaciones legales, siendo recíprocas, sólo sería admisible la resolución por incumplimiento si la propia ley lo establece<sup>18</sup>.

Estos planteamientos son aplicables a nuestro Derecho, considerando que nuestro art. 1687 simplemente establece el efecto restitutorio, debiendo cada parte restituir lo que haya recibido, y no contiene una regla que pudiere conducir a una conclusión de sinalagma o condicionamiento en el reclamo de las restituciones (algo como lo que dispone el art. 1308 del Código Civil español), la cual pudiere fundar una resolución por incumplimiento de uno de los restituyentes<sup>19</sup>.

#### *D) A los contratos relacionados*

Es sabido que, desde hace ya bastante tiempo, y debido al crecimiento y complejidad de las relaciones económicas, el contrato –como expresión jurídica de la organización de los negocios– frecuentemente se presenta vinculado, en un conjunto. Inicialmente organizaba negocios simples y, por tanto, un módulo aislado satisfacía o cubría un negocio. Pero hoy (sin quedar desplazado el simple) abunda el negocio complejo y, entonces, un módulo solo es insuficiente. Surge así la modalidad de contratos vinculados entre sí, y entre todos constituyen satisfactoriamente la organización jurídica de una operación económica. Por cierto, aunque las conclusiones doctrinarias consolidadas aún son pocas, ya hay estudios bien difundidos junto a pronunciamientos jurisprudenciales derivados de conflictos que está presentando la práctica.

Aquí partimos del supuesto de contratos relacionados que mantienen su identidad, pero que confluyen para organizar una unidad económica, un solo negocio (por ejemplo, una compraventa, con mutuo de un tercero al comprador, con hipoteca para garantizar el mutuo, con varios mandatos y seguros).

El problema que se plantea no es el de la procedencia de la resolución (eso se verá en el preciso contrato en el que se constata el incumplimiento), sino el del alcance de los efectos de la resolución de uno de ellos; si esos efectos se propagan o no a los otros (de la propagación de los efectos al grupo).

<sup>18</sup> Más antecedentes en Clemente Meoro, Mario. Ob. cit. p. 113 y sgts. con cita de doctrina española e italiana, y sentencias de Tribunales españoles, especialmente en cuanto a la circunscripción de la resolución a las obligaciones contractuales.

<sup>19</sup> Para la íntegra calificación de estas obligaciones y la decisión sobre el punto que se ha examinado, conviene tener presente que una sentencia ha declarado que se trata de obligaciones “legales”; *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (en adelante *RDJ*) T. 80, secc. 2ª, p. 14 y sgts.

El problema es semejante al que en estos contratos plantea la nulidad.

Estimamos que debe examinarse la función (generalmente económica) que cumple cada contrato en el conjunto, para proceder en consecuencia. Así, si la resolución por incumplimiento versa sobre un contrato que, por la función que cumple, altera sustancialmente o elimina la función de otros, esos otros deben perder también eficacia, hasta llegar a ser posible que el conjunto en su integridad devenguen en ineficaces. En otros términos, el efecto expansivo de la resolución a los demás contratos se va produciendo en la medida en que pierden o se distorsiona su función<sup>20</sup>.

Si se trata del llamado “contrato complejo”, en el que elementos de varios contratos se funden para generar un nuevo contrato, distinto, entonces hay un solo contrato, que se resolverá o no conforme a las reglas generales<sup>21</sup>.

#### 4. EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

##### A) La noción

Estrictamente, cualquier separación o falta de coincidencia entre lo convenido y lo ejecutado importa incumplimiento<sup>22</sup> (aparte del incumplimiento total se incluye, pues, el incumplimiento cuantitativamente parcial, el cualitativamente parcial o defectuoso y el tardío; y, en cierto sentido, todos pueden ser calificados de incumplimiento parcial; por lo mismo, también podrían ser designados como cumplimiento parcial)<sup>23</sup>. Se notará que el análisis de posibilidades aumenta (y se complica) si se

<sup>20</sup> A este respecto pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo español de 7 de enero de 1948 (sobre contratos de arrendamiento y opción de compra); de 18 de noviembre de 1983 (sobre contratos de opción de traspaso y arrendamiento); y, sobre todo, de 26 de febrero de 1996 (sobre compraventa y arrendamiento financiero), en la que se resuelve que la resolución del contrato de compraventa comporta necesariamente la del arrendamiento financiero, aludiendo a la conexión o dependencia por la función económica que cumplen.

<sup>21</sup> Para más antecedentes sobre el ámbito de aplicación de la resolución, Mélich-Orsini, José. Ob. cit. p. 111 y sgts.

<sup>22</sup> Que se postula como base para desplegar el conjunto de instrumentos o remedios ofrecidos al acreedor, cada uno con sus particulares exigencias. V. al respecto Vidal, Álvaro: “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una Perspectiva más Realista”. En *Rev. Chilena de Derecho*. Vol. 34, N° 1. Santiago, 2007, p. 41 y sgts. V. también el Anteproyecto Español de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de 2008 (art. 1188) (en adelante “Anteproyecto Español de Modernización...”).

<sup>23</sup> Aunque parece no haber tenido extendido desarrollo doctrinario, una resolución parcial ha sido concebida (y no equivale exactamente a la retroactividad parcial). Es contemplada en el Código Civil holandés (art. 6:270); dispone que implica una reducción proporcional de la obligación recíproca.

consideran las situaciones de varias obligaciones que surgen para cada parte). Esto sin perjuicio de que en un caso concreto pueda dudarse de si existe o no aquella falta de coincidencia, entre lo convenido y lo ejecutado (en lo que incide la prueba de los hechos y la interpretación contractual, como se verá más adelante en la referencia a un fallo)<sup>24</sup>.

Pero si bien cualquier diferencia entre lo convenido y lo ejecutado significa incumplimiento, distinto es postular que cualquier incumplimiento, por leve o ínfimo que sea, es idóneo para generar en el acreedor la facultad de resolver el contrato sobre el que el incumplimiento versa. Cuando se prefiere discriminar, es a ese incumplimiento, al capaz de generar la facultad resolutoria, al que la doctrina viene denominando “incumplimiento resolutorio”.

Por otra parte, si se concluye que no todo incumplimiento es resolutorio, es decir, que ciertos incumplimientos no son capaces de generar la opción resolutoria, debe tenerse presente que en tales situaciones al acreedor le queda (solamente, pero nada menos que) la alternativa de demandar el cumplimiento y, si se reúnen otros requisitos, también la indemnización de perjuicios que le haya causado ese incumplimiento (esta advertencia es útil para evitar objeciones que pueden estar impulsadas por un supuesto desamparo en el que quedaría el acreedor si a ciertos incumplimientos se les priva de la potencia para generar la opción resolutoria).

Entonces, las alternativas son: que cualquier incumplimiento basta para que el acreedor pueda pedir la resolución, o que debe tratarse de un incumplimiento que (por ahora) llamaremos calificado.

Si la respuesta es la segunda, la dificultad consiste en determinar el grado de incumplimiento que se estima suficiente para conferir la opción resolutoria.

Por cierto, en la decisión adquieren destacada influencia: el fundamento (la justificación) que se ha atribuido a la resolución por incumplimiento (ya expuesto aquí), y la lucha entre dos bienes jurídicos que el Derecho tiende igualmente a proteger (y que también ya advertimos al comienzo): la tutela del crédito y la conservación del contrato.

<sup>24</sup> Para el amplio concepto de “incumplimiento”, pueden verse los arts. 7.1.1 de los Principios Unidroit, y 3.101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

### B) *La posición dominante en el Derecho comparado*

Muchos códigos civiles, sobre todo del S. XIX (entre ellos el chileno), disponen simplemente que la facultad resolutoria surge cuando el contrato se incumple; sin más precisiones.

Una comprensión literal de los respectivos preceptos, con el argumento de la no distinción, ha conducido en muchas ocasiones a la conclusión de que “cualquier incumplimiento basta”, por leve que sea.

Pues bien, esa actitud está generalizadamente abandonada. Actualmente la posición ampliamente dominante es negar la resolución en situaciones de incumplimientos leves. En cuanto a explicaciones, se acude a la ya mencionada justificación de la resolución, a la noción de preservación del contrato, al ejercicio abusivo de los derechos (sólo que en este exacto punto debe tenerse presente la naturaleza de derecho potestativo de esta opción) y a la buena fe. Así también en la doctrina como en las legislaciones del S. XX y de Derecho uniforme.

La tendencia no es reciente. Ya se discutía en los tiempos de la Exégesis<sup>25</sup>; posteriormente la doctrina lo ha venido proclamando y, aun con los textos del siglo XIX (que no pedían, al menos expresamente, cierta trascendencia o magnitud del incumplimiento para resolver), la jurisprudencia lo ha venido decidiendo en esa dirección. Por ej. en Francia se estima que el juez puede rechazar la resolución ante incumplimientos leves; se extrae esa facultad del texto del art. 1184 (aquí ya citado) del código, que faculta al juez para conceder al deudor un plazo de gracia para cumplir. Contribuye también a esta actitud su carácter perteneciente al ámbito de la responsabilidad, que se atribuye a la resolución<sup>26</sup>. También se ha acudido a la utilidad para el acreedor; si lo parcialmente ejecutado carece de utilidad para él, la situación equivale al incumplimiento total; en cambio si lo hecho le presta “una ventaja substancial”, el juez podría rechazar la resolución<sup>27</sup>. Asimismo, en el Derecho

<sup>25</sup> Como puede verse en Traviesas, M. Miguel. Ob. cit. prim. parte, p. 279.

<sup>26</sup> V. al respecto (ya en la edición anterior a la actualizada por Chabas), Mazeaud, Henri, Léon y Jean: “Lecciones de Derecho Civil”. Trad. de Sentís Melendo. Edics. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1969. Parte II, vol. III, N° 1094, p. 349 y N° 1098, p. 352.

<sup>27</sup> Así Ripert, Georges y Boulanger, Jean: *Tratado de Derecho Civil*. Según el Tratado de Planiol. Trad. de Delia García. Edit. La Ley. Buenos Aires, 1988, T. IV, N° 530, p. 329. V. también Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Con Esmein. Trad. de Díaz Cruz y Le Riverend. Edit. Cultural. La Habana, 1946, T. 6°, “Las Obligaciones”, 1ª. parte, p. 603 y sgts., con precedentes desde el siglo XIX. Con datos más recientes, Carbonnier, Jean: *Droit Civil*. “Les Obligations”. PUF, 22e. éd. ref. s/c., s/f., T. 4, p. 341; Genicon, Thomas. Ob. cit. p. 314 y sgts.

español, interpretando el art. 1124 del código, igualmente del siglo XIX<sup>28</sup>. En sentido semejante la jurisprudencia alemana (anterior a la reforma de 2002, que se verá pronto), fundada en la buena fe<sup>29</sup>. También desde bastante tiempo, la doctrina argentina<sup>30</sup>.

Con su distinta técnica, el “Common Law” llega a solución semejante; no es procedente la resolución en los incumplimientos leves; empleando inicialmente (en los contratos) su distinción entre “conditions” y “warranties,” procede en un incumplimiento de las primeras, no de las segundas; y aún más, sólo defectos importantes en aquéllas autorizan la resolución; pero a partir de esa distinción se ha evolucionado hacia otras; para más precisiones, debe también considerarse la especie de contrato (el rigor es distinto según se trate de una compraventa, de un contrato de construcción de obra, etc.)<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> V. Santos Briz, Jaime: *La Contratación Privada. Sus problemas en el Tráfico Moderno*. Edit. Montecorvo. Madrid, 1966, con comentarios de jurisprudencia española; Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Edit. Civitas. Madrid, 1996, T. II, p. 711, quien finalmente también lo soluciona en base a la buena fe y el ejercicio abusivo de la facultad resolutoria; De la Haza, Pilar: *El Incumplimiento Resolutorio*. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Edit. McGraw-Hill. Madrid, 1996, p. 9 y sgts., con examen de diversas situaciones. Se ha acudido a la –poco aceptable– distinción entre obligaciones principales y accesorias, a la llamada “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, a la finalidad perseguida en el contrato, a la esencialidad del incumplimiento (sobre lo que se volverá pronto).

<sup>29</sup> V. Larenz, Karl: *Derecho de las Obligaciones*. Trad. de J. Santos. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1958, T. I, p. 150; Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin: *Tratado de Derecho Civil*. Trad. de Pérez González y Alguer. Edit. Bosch. Barcelona. “Obligaciones”, T. II, vol. 1º, Nº 53, p. 279, nota 37 final.

<sup>30</sup> Es destacable que el texto original del art. 1204 del código no contemplaba la resolución sin pacto expreso (y en nota se daba cuenta de que se seguía a algunos precedentes y se separaba de otros, señaladamente del código francés). El precepto fue objeto de modificaciones en la gran reforma de 1968, pero no se abordó el punto de la entidad del incumplimiento para la resolución, no obstante que la doctrina lo reclamaba (por ej. en las Primeras Jornadas de Derecho Civil, de 1963). Los comentaristas suelen observar que la omisión no resultó de trascendencia porque, con las reformas a los arts. 1071 y 1198, que reprimen el ejercicio abusivo de los derechos y subordinan todo el trayecto contractual a la buena fe, se llega a una conclusión equivalente. V. por ej. Ramella, Anteo: *La Resolución por Incumplimiento*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1975, p. 53 y sgts., con pautas de valoración, cita de autores y jurisprudencia anterior y posterior a la reforma que introdujo la represión al abuso del derecho y el sometimiento a la buena fe; también Miquel, Juan Luis: *Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1979, p. 124 y sgts. En las Sextas Jornadas de Derecho civil argentino de 1977 nuevamente se aprobó la moción de exigir una suficiente entidad en el incumplimiento, quedando entregada su aplicación al criterio judicial conforme a la buena fe y el abuso del derecho.

<sup>31</sup> V. Dell’Aquila, Enrico: *El Contrato en Derecho Inglés*. Edit. PPU. Barcelona, 2001. T. I, p. 68 y sgts., quien se extiende en la evolución de los criterios para distinguir ambas categorías de estipulaciones; Fried, Charles: *La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa*. Trad.

En cuanto a textos, la decisión es generalizada. Por ej. el Código Civil italiano (art. 1455 no se puede resolver cuando el incumplimiento es “de escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra”; con aplicaciones específicas: para la venta en el art. 1525, para el suministro en el art. 1564 *a contrario sensu*, para los contratos plurilaterales, en el art. 1459)<sup>32</sup>. Similar es la actitud de los códigos boliviano (art. 572, con referencia a un incumplimiento “de poca gravedad o de escasa importancia teniendo en cuenta el interés de la otra parte”) y paraguayo (arts. 719 y 724, si el incumplimiento es “de escasa importancia y no compromete el interés de la otra”). Sin ser tan explícito, el código peruano regula la resolución en los arts. 1371 y 1428, pero se ha entendido que igualmente se requiere de un incumplimiento relevante (así Guzmán Ferrer, Fernando, glosador del código, en la edición de Editorial Científica SRL. *s/f.*). El Código Civil de Québec niega la resolución si el incumplimiento es de “escasa importancia” (art. 1604). También el nuevo Código Civil holandés del Derecho Patrimonial (art. 6:265). Otro tanto acontece en el Código Civil alemán luego de la reforma de 2002 (art. 323.5; si hay cumplimiento parcial se confiere la resolución sólo si en lo hecho el acreedor no tiene ningún interés; y no se concede si el deber violado es irrelevante). También el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1998 (art. 1054, debe ser “significativo”; si el incumplimiento es parcial –siguiendo fórmulas ya inauguradas– debe privar sustancialmente de lo que el acreedor “razonablemente tenía derecho a esperar en virtud del contrato”). También el Anteproyecto Español de Modernización... (art. 1199, con referencia a la esencialidad).

---

de Pablo Ruiz-Tagle. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1996, p. 174, con la doctrina del cumplimiento sustancial, y el atractivo caso “Clark v. West.”

Actualmente en el Derecho inglés el incumplimiento resolutorio es el llamado ‘repudiatory breach’. V. Atiyah, P. S. and Smith, Stephen: *Introduction to the Law of Contract*. Sixth edition. Clarendon Press. Oxford, 2005, p. 192 y sgts.; Farnsworth, Allan: “Comparative Contract Law”. En *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Edit. por Reimann y Zimmermann. Oxford University Press. New York, 2006, pp. 923 y 924; con la distinción entre ‘conditions’ y ‘warranties’ que ha solido ser empleada en el Derecho inglés y es desconocida en el Derecho norteamericano; además, con un sumario panorama en algunos ordenamientos europeos (el Prof. Farnsworth no alcanzó a concluir este trabajo, que fue finalizado por los editores y algunos otros profesores, ahí mencionados). V. también Clemente Meoro, Mario. Ob. cit. p. 34 y sgts. y especialmente p. 260 y sgts., con varios casos, desde el muy nombrado “Boone v. Eyre”.

<sup>32</sup> Un examen detenido de los textos, con abundante jurisprudencia, aunque algo antigua, en Mosco, Luigi. Ob. cit. p. 43 y sgts.; y Giorgi, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Trad. de la Redacción de la Rev. General de Legislación y Jurisprudencia. Edit. Reus. Madrid, 1977, T. IV, N° 213, p. 223.

La decisión es también generalizada en los textos del Derecho uniforme. Así, en la Convención de Viena (son varios los preceptos en que exige un incumplimiento esencial: arts. 49-1, 51-2, 64-1, 72-1, 73; y lo define, como se dirá, en el art. 25); en los Principios Unidroit (art.7.3.1); en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (arts. 8.103, 8.106-3, 9.301, 9.302); y en el Proyecto de Pavía (arts. 107 y 114).

Sobre ese acuerdo, que por cierto compartimos, se han producido diferencias que apreciamos, primero, en el lenguaje que suele emplearse para traducir esa dirección, genéricamente (y a veces difusamente) concebida. Los textos, las opiniones doctrinarias y muchas sentencias, emplean variados términos; así, se requiere que el incumplimiento sea significativo, trascendental, grave, esencial (esta última, como expresión comprensiva de los distintos matices, parece estar usándose con mayor frecuencia, tal vez por la alcurnia conquistada al instalarse en la Convención de Viena, como se dirá).

Pero la tarea más laboriosa ciertamente radica en la respuesta sustantiva, en el o los criterios para definir cuándo un incumplimiento tiene el mérito resolutorio y cuándo no.

Ante la gran variedad de situaciones concretas, con un visible grado de excepticismo se ha propuesto que no es factible formular una definición universalmente aplicable, que debe ser entregada al juez en cada caso (acudiendo a las nociones de buena fe y ejercicio abusivo de la facultad resolutoria)<sup>33</sup>.

Pero, siendo realista la actitud, parece comprensible dar paso al intento de encontrar una fórmula abstracta, un criterio, que pueda conferir alguna objetividad a la tarea judicial.

Aquí sólo se mencionarán algunos elementos que forman parte de aquel aludido empeño.

En primer lugar, hay factores que, presentándose en los contratos, deben ser considerados: si hay estipulación acerca de lo que las partes entienden por incumplimiento y por incumplimiento resolutorio<sup>34</sup>; si es posible distinguir

<sup>33</sup> Díez-Picazo, Luis. Ob. cit. T. II, p. 711; también Genicon, Thomas. Ob. cit. p. 267 y sgts. con detenido examen, normas que para materias especiales en el Derecho francés enuncian incumplimientos graves, la relación del presupuesto con las funciones de la resolución, etc.

<sup>34</sup> Es evidente que ese factor deberá considerarse pero, teniendo presente que la resolución es una herramienta establecida por la ley, tendría que quedar a salvo un pacto que al extremo dejare como resolutorio un incumplimiento levísimo, que pudiere ser producto de un notable desequilibrio entre las partes (y que podría llegar a configurar una especie de fraude a la ley, o, si el texto respectivo no lo declara expresamente, a los postulados generalmente aceptados).

entre categorías de obligaciones (principales y secundarias<sup>35</sup>); si es posible distinguir grados (o magnitud) de incumplimiento dentro de la precisa obligación incumplida<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Preferimos emplear ese término más que el habitualmente utilizado en la doctrina extranjera: "accesoria", por el particular significado de la accesoriadad en materia de obligaciones (al menos entre nosotros debido a nuestros textos), que puede conducir a impropia comprensión.

<sup>36</sup> Pero es sólo un factor; salvo tal vez en situaciones muy particulares, esta distinción no puede ser decisoria; no parece aceptable concluir simplemente que el incumplimiento de una principal justifique la resolución y no el de una secundaria. Pudiere llegar a constituir un indicio, y siempre que se supere en el caso concreto el frecuente escollo de la calificación.

<sup>37</sup> Aquí no se abordarán los temas de la culpa y la mora como requisitos para proceder a la resolución, pero aun cuando la tendencia objetiva y la función fundamentalmente desvinculadora de la resolución (excluyente de elementos represivos e indemnizatorios) que parecen ir predominando vienen a excluir esas exigencias, en algunos ordenamientos se sigue considerando la conducta de cada contratante (del deudor al incumplir y del acreedor al reaccionar demandando la resolución frente al incumplimiento); generalmente sin configurar un requisito autónomo para la procedencia de la resolución, pero sí como factor influyente para tener o no por configurado, en el caso, alguno de los requisitos formalmente exigidos; a veces más otras menos declaradamente; así sobre todo en muchas decisiones jurisprudenciales. Al respecto puede tenerse en cuenta todo el análisis que ha desencadenado en la doctrina española aquella exigencia, presente en muchos fallos del Tribunal Supremo español, que –sin norma legal– ha pedido la llamada "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento", en la cual, según algunos comentaristas, se llegan a ocultar otras exigencias para acoger la resolución, entre ellas algunas claramente subjetivas, y que ha sido introducida para desestimar pretensiones resolutorias contrarias a la buena fe, al favor *negotii*, inimputables al demandado, abusivas, etc. En todo caso, parece estarse abandonando y sustituyendo por la noción más objetiva de la "frustración del fin del contrato" en la cual, nuevamente, parecen estar resurgiendo con porfía algunos elementos subjetivos (por ej. en la sentencia de 14 de febrero de 1991, del T. S. español, en la que el incumplimiento parecía no ser imputable al deudor). Al respecto puede verse Álvarez Vigaray, Rafael. Ob. cit. p. 242 y sgts., y 253, con cita de sentencias; Fernández González-Regueral, María Ángeles: *La Resolución por Incumplimiento en las Obligaciones Bilaterales*. Edit. La Ley-Actualidad. Madrid, 1998, p. 66 y sgts.; con profusión de antecedentes jurisprudenciales, describiendo una evolución de la exigencia, a partir de una sentencia de 5 de julio de 1941; desde una actitud cercana al dolo en el incumplimiento se matiza hacia la culpa, se cambia la terminología por una "voluntad obstativa al cumplimiento (mencionándose una sentencia de 26 de enero de 1980), luego se modera mediante la carga de la prueba con una presunción de existencia del requisito por el solo incumplimiento; en fin, a fines de los 80 se va abandonando esa tendencia y se sustituye primero por la frustración de las expectativas del acreedor y por último por la "frustración del fin del contrato," en sentido claramente objetivo; y a comienzos de los 90 el abandono ya es rotundo; finalmente la autora agrega que, conforme a varias opiniones, tras el requisito se ocultaban diversos elementos subjetivos y objetivos, que no quedaban claramente establecidos en el respectivo proceso, y que con frecuencia implicaban un injustificado ejercicio de la facultad resolutoria. También Clemente Meoro, Mario. Ob. cit. p. 352 y sgts., con alcances sobre la actitud deliberada de incumplir en el "Common Law" (para la jurisprudencia italiana sobre la influencia de la voluntad del deudor, v. Mosco, Luigi. Ob. cit. p. 70 y sgts.). Debe tenerse presente también la consideración de este factor en los Principios Unidroit, en los que el incumplimiento intencional (y el temerario) conduce a la esencialidad (art. 7.3.1); en términos semejantes los Principios del Derecho Europeo de Contratos (arts. 3.103 y 4. 301, con el verdadero agravante del art. 3.109, de excluir el pacto de exoneración).

Teniendo en cuenta factores como esos, se han propuesto criterios para proceder a la calificación del incumplimiento, dentro de los cuales nos parecen bien perfilados (y que al fondo resultan bastante semejantes<sup>38</sup>) los del “interés del acreedor” y del “cumplimiento (o frustración) del fin del contrato” (pronto daremos cuenta de una definición de la expresión “incumplimiento esencial” que parece acoger una idea equivalente).

En la conformación de estos intentos por determinar cuándo el incumplimiento es resolutorio, una tendencia que podemos calificar de generalizada es la evaluación objetiva del interés (del acreedor) supuestamente lesionado (o del fin del contrato supuestamente frustrado)<sup>39</sup>; sea que se trate del interés del acreedor o de la determinación del fin que se persigue con el contrato (cuyo desaparecimiento justifica la resolución o cuya frustración asimismo conduce a la resolución), deben ser evaluados objetivamente; deben ser desprendidos de la naturaleza abstracta del contrato (del tipo contractual) engarzada con las estipulaciones convenidas en el contrato específico. No se trata, pues, de demostraciones de un fin o un interés subjetivo, que particularmente pretenda el acreedor y que explique su opción resolutoria. La prevención conduce, ciertamente, al punto de la previsibilidad, de la asunción del riesgo (particularmente) por el deudor. Así es posible contar con el supuesto de que al tiempo de contratar el deudor sabía (o debía saber) lo que significaría incumplir aquello a lo que se compromete y, no obstante esa representación, se compromete<sup>40</sup>. Por lo mismo, si el acreedor perseguía un interés particular, no detectable razonablemente, de ese particular interés debería estar enterado el deudor (en otros términos, si en la situación de que se trata el específico contrato cumplía un fin particular, debió ser declarado, pasando así a formar parte del convenio).

<sup>38</sup> La cercanía, y aun equivalencia de significados con que se emplean estas expresiones, puede apreciarse claramente en las numerosas sentencias citadas a propósito de la gravedad del incumplimiento, en Clemente Meoro, Mario. Ob. cit. p. 251 y sgts.

<sup>39</sup> Aunque pueda resultar muy claro, conviene insistir en que la objetividad a que nos estamos refiriendo es a la de la calificación del interés del acreedor o del fin del contrato y, por tanto, no hay colisión con lo que recién se dijo en nota en cuanto a la influencia –a veces subrepticia– que suele reconocerse a la conducta del deudor al incumplir. En todo caso, en esta “objetiva” evaluación del interés del acreedor también suelen infiltrarse elementos subjetivos, como ese comportamiento del acreedor consistente en haber provocado o tolerado la inobservancia de una estipulación contractual, que puede contribuir a aquilatar su interés (V. al respecto los comentarios al Código Civil italiano formulados por Scognamiglio, Renato: *Teoría General del Contrato*. Trad. de F. Hinestrosa. Edit. Univ. Externado de Colombia. Bogotá, 1991, p. 354).

<sup>40</sup> A través de esta exigencia del incumplimiento para que se torne resolutorio puede verse que se produce un acercamiento (aunque no más) de esta herramienta con la indemnización.

La Convención de Viena, decidiéndose por la calificación de incumplimiento “esencial”, en su art. 25 dispone: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiere previsto en igual situación”<sup>41</sup>. En términos semejantes, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales, de Unidroit (art. 7.3.1) y los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9:301; pero los criterios están antes, en el art. 8:103, en el capítulo del incumplimiento y medios de tutela).

Un clarificador comentario a ese último texto resume los tres criterios que utilizan los PECL para definir el incumplimiento esencial: a. el carácter esencial que se haya atribuido en el contrato a la obligación incumplida; b. las consecuencias que genera el incumplimiento en el interés del acreedor (cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no lo haya previsto o no haya podido, razonablemente, prever ese resultado); y c. el incumplimiento intencional cuando produce en el acreedor una razón para creer que no puede confiar en el futuro cumplimiento de la otra parte<sup>42</sup>.

La específica situación del retraso merece una especial referencia. Tal como ya se insinuó, el incumplimiento también puede consistir en el retraso en la ejecución de la prestación. En otros términos, retrasarse (conforme a lo pactado) constituye también una forma de incumplir. Pero, como que es una forma de incumplir, el retraso también está sometido al requerimiento de la esencialidad. Así, no cualquier retraso basta para pedir la resolución; debe tratarse de uno que constituya incumplimiento resolutorio. Para serlo, debe producir el efecto de lesionar el interés del acreedor o (según se estime) frustrar el fin del contrato; si no, entonces no genera la opción resolutoria<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Es perceptible el esfuerzo (que logra un avance), pero al mismo tiempo lo difícil del desafío; porque persiste la necesidad de precisar ahora lo que es privación sustancial de lo que el acreedor tenía derecho a esperar.

<sup>42</sup> Díez-Picazo, Luis; Roca, Encarna y Morales, Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Edit. Civitas. Madrid, 2002, p. 350 y sgts.

<sup>43</sup> En el Congreso sobre Modernización del Derecho de Obligaciones en Europa y la Resolución por Incumplimiento, a este respecto la profesora española Nieves Fenoy proporcionó un ejemplo que utilizamos resumidamente para lo expuesto. Se trataba de

La época que debe ser considerada para formular el juicio de valoración del incumplimiento puede provocar respuestas distintas. En contratos de ejecución duradera (y aun en contratos de ejecución instantánea pero en los que la ejecución ha sido convencionalmente postergada) puede acontecer que una prestación tardía o parcial tenga (para el interés del acreedor) cierto grado de importancia al tiempo de la celebración del contrato y otro al tiempo en el que debe ser cumplido<sup>44</sup>.

### *C) La evolución en el Derecho chileno*

Durante muchas décadas (y hasta hace poco tiempo), el estado nacional en este punto fue muy insatisfactorio.

Desde la época del Prof. Alessandri, predominaba ampliamente, aunque sin mayor debate, la conclusión de que cualquier incumplimiento

---

un contratista eléctrico que (conforme a los plazos estipulados) se retrasó en la ejecución de la instalación eléctrica de un hotel que se remodelaba, y el hotelero pretendía resolver el contrato por el incumplimiento no obstante demostrarse que el deudor aún podía ejecutar útilmente su prestación puesto que faltaba tiempo para la reapertura del hotel. En esta dirección es perceptible (y razonable) vincular el retraso con la frustración del fin del contrato (sentencias del Tribunal Supremo español en este sentido pueden verse en Fernández González-Regueral, María Ángeles. Ob. cit. p. 53 y sgts.). A este respecto conviene observar que el retraso queda claramente diferenciado del simple incumplimiento en las obligaciones de ejecución duradera, en las que, por dilatarse su ejecución en el tiempo, llega el día en que debería estar íntegramente ejecutada y no lo está pero se aprecia una ejecución parcial; ahí se puede evaluar la actitud del deudor para lo que resta, las reales posibilidades de que concluya el compromiso, la utilidad que todavía pueda significar para el acreedor el cumplimiento tardío, etc.

Los textos suelen conferir al incumplidor un plazo adicional. Así, la Convención de Viena (arts. 47 y 63), los principios Unidroit (art. 7.1.5), los Pecl (art. 9:301, con el art. 8:106), el Anteproyecto español de modernización... (art. 1200).

<sup>44</sup> Como es de suponer, los autores tratan el tema con referencia a los textos de su entorno; así, por ej. terminando por preferir la época en que el contrato debe ser cumplido, Mosco extrae argumentos de diversos textos del código italiano (Mosco, Luigi. Ob. cit. p. 53 y sgts.). Pareciera que, al menos en principio, la evaluación debe efectuarse a la época de la celebración del contrato, pero (recordando situaciones como la de la electricidad del hotel recién relatada) pudiere ser conveniente una reevaluación al día del incumplimiento, conforme la evolución de las circunstancias incidentes.

basta; por leve que sea. Así en la doctrina<sup>45</sup> como en la jurisprudencia<sup>46</sup>.

Ciertamente, la posición tiene en cuenta el exclusivo interés del acreedor. En los textos, el gran argumento ha sido siempre el cómodo de la no distinción. El art. 1489 dispone simplemente que al “no cumplirse” lo pactado, el otro contratante puede pedir el “cumplimiento o la resolución”; y se entendía que el contrato no se cumplía cuando se infringían (en cualquier magnitud o envergadura) los exactos términos pactados (tal como recién se dijo en nota, se añadían las reglas del pago).

Pero desde mucho tiempo permanecieron –con escasa difusión– dos clamores aislados en contra: la opinión del Prof. Claro Solar<sup>47</sup>, y una antigua sentencia (de 1920)<sup>48</sup>.

Las razones doctrinarias para desestimarla por incumplimientos leves no serán detalladas aquí. En resumen (considerando que el tenor del art. 1489 permite las diversas interpretaciones), se acude (tal como se ha venido procediendo en la doctrina extranjera según ya se ha dicho) a la buena fe, al rechazo del abuso del derecho y a la necesidad de la preservación del contrato; pero la explicación jurídica central parece encontrarse en el fundamento que se ha atribuido a la resolución; más específicamente, en aquella zona constituida por el interés del acreedor, el cual, ante incumplimientos no esenciales, no resulta lesionado.

<sup>45</sup> Alessandri, Arturo: *Teoría de las Obligaciones* (Versiones de clases de Ramón Latorre). Edit. Zamorano y Caperán. Santiago, 1934, p. 160; Stíckhín, David: *Derecho Civil. De las Obligaciones*. Edit. Universitaria. Santiago, s/f. T. I, p. 139. Pero debe aclararse que estos autores se plantean diversas hipótesis en esa dirección: si hay varias obligaciones, una basta; no importa que sea secundaria; tratándose de una obligación, basta que se incumpla una parte; y no expresan directamente que procede la resolución ante cualquier incumplimiento por leve que sea. Con todo, en su estudio sobre la compraventa el Prof. Alessandri ya había manifestado su rigor, respecto de las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio; respecto de la primera citando jurisprudencia sin objetarla y, respecto de la segunda, expresando que la resolución procede aunque sea muy reducida la suma que se deba (Alessandri, Arturo: *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*. Edit. Soc. Imprenta-Litografía Barcelona. Santiago, 1917, T. I, N° 1204, p. 995, y T. II, N° 1662, p. 543 respectivamente). Sí lo manifiestan directamente Meza Barros, Ramón: *Manual de Derecho Civil. “De las Obligaciones”*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1974, p. 90; y Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio: *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*. Edit. Nascimento. Santiago, s/f. N° 111, p. 76; Vio Vásquez, Efraín: *Las Obligaciones Condicionales*. Edit. Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción, 1945, N° 291, p. 270 (añadiendo el fundamento de que el incumplimiento parcial, sin distinciones, no constituye pago, la prestación de lo que se debe; también cita el art. 1875).

<sup>46</sup> Por ej. *RDJ*. T. 18, p. 355; T. 27, p. 177; T. 35, p. 400; T. 37, p. 479.

<sup>47</sup> Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Edic. facsimilar. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1979. T. V, N° 169, p. 190.

<sup>48</sup> Gaceta de los Tribunales de 1920, 2° sem. sent. N° 142, p. 610.

Debe agregarse en nuestros textos algunos preceptos que para contratos específicos disponen que no hay resolución por incumplimientos leves (en el pago, art. 1590; en la compraventa –en los vicios redhibitorios– art. 1852 inc. final y 1858 N° 2; en el arrendamiento, arts. 1939, 1972, 1979). En todo caso, debe admitirse que esta circunstancia provoca la habitual discusión de si esos textos traducen un principio general o, al contrario, demuestran que por regla general la solución es la opuesta que en esas normas aparece excepcionada.

En los últimos tiempos en la doctrina ya se han emitido opiniones contrarias (entre ellas la nuestra)<sup>49</sup>, y asimismo han aparecido fallos en la nueva dirección, al punto que ya puede tenerse por producido el –a nuestro juicio deseable– cambio.

Varias sentencias han resuelto que no procede la resolución por incumplimientos no esenciales. Pueden ser mencionados, a lo menos, las siguientes.

Un (antiguo) fallo de la Corte de Talca (Gaceta de 1920, 2° sem., N° 142, p. 610).

Luego, en el mismo sentido, un fallo relativamente reciente de la Corte de Rancagua, de 2002 (v. Banco de Jurisprudencia de Edit. Lexis Nexis). En primera instancia se resolvió que cualquier incumplimiento basta; el art. 1489 no distingue (Consid. 4°). En la apelación, la Corte de Rancagua negó esa afirmación. Resolvió que no hay resolución por incumplimientos leves. Dijo: “no es cláusula esencial del contrato” (Consid. 4°). Y agregó: “Que de este modo no puede pedirse la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones accesorias no condicionantes de escasa entidad” (Consid. 5°). Puede notarse que, indistintamente, acude a conceptos que doctrina y jurisprudencia extranjeras han ido diferenciando, como son por una parte la distinción entre estipulaciones esenciales y no esenciales y por otra la distinción entre obligaciones principales y accesorias. En todo caso, no

<sup>49</sup> Después del Prof. Claro Solar (citado), por ej. Elgueta Anguita, Augusto: *Resolución de Contratos y Excepción de Pago*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1981, p. 37; Fueyo, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p. 194; v. también su obra *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1992, p. 306; en esta última obra el Prof. Fueyo declara que cambió su opinión manifestada antes en su Curso de Obligaciones; López, Jorge: *Los Contratos*. Parte General. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2001, T. II, N° 92, p. 556 y N° 63.3, p. 403; Abeliuk, René: *Las Obligaciones*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1993, T. I, p. 418; y nuestro *Obligaciones...* cit. p. 409.

examina criterios para determinar cuándo el incumplimiento es resolutorio y cuándo no (el fallo de la Corte Suprema no se pronuncia sobre el punto, porque rechaza el recurso debido a que no está probado el hecho del incumplimiento; entonces –dice– no podría dictar sentencia de reemplazo; Consid. 4°) (con eso, la demanda podría haber sido rechazada también por este fundamento).

También un fallo de la Corte Suprema (de 31 de octubre de 2007, rol: 4.693-2006), que recae sobre el que puede ser llamado “caso del automóvil sin ABS”. Un sujeto compró un automóvil; después de 10 años de uso se enteró que carecía de ese progreso técnico de seguridad llamado freno ABS y demandó resolución por incumplimiento. El fallo de casación estimó que esa falta es un incumplimiento leve y no procede la resolución. Como ya ha quedado dicho, concordamos en que en incumplimientos no esenciales no procede la resolución; pero es discutible que la falta de ABS sea incumplimiento leve (al menos se hace necesaria una detenida indagación sobre el entorno en el que se celebró el contrato para determinarlo; sobre todo para ubicar el rango de calidad del producto –en lo que es influyente el precio pagado– en relación al rango tecnológico actual del objeto en el mercado). Tampoco alude a criterios para determinar cuándo el incumplimiento es esencial. El fallo acude a la equidad, a la buena fe (cita el art. 1446), a las reglas de la compraventa (en vicios redhibitorios) y a las normas sobre los elementos de los actos y contratos (del art. 1444).

Por último, mantuvo esa decisión un fallo de la Corte de Concepción (de 4 de octubre de 2007), confirmado por el de la Corte Suprema (de 25 de marzo de 2009, que desestima el recurso de casación)<sup>50, 51</sup>.

<sup>50</sup> V. el Consid. 6 de la sentencia de la Corte de Apelaciones, que se refiere a incumplimientos de “escasa entidad o importancia”, que carecen de “trascendencia”; alude a la finalidad que ambas partes tuvieron en vista al celebrar el contrato; y acude al ejercicio abusivo del derecho, a la equidad natural y a la buena fe. Y el Consid. 4 de la sentencia de la Corte Suprema, que para referirse al fundamento de la resolución menciona “la íntima dependencia que existe entre las obligaciones del contrato bilateral; y califica a ciertas obligaciones como de carácter “accesorio o secundario” (N° Legal Publishing: 41793).

<sup>51</sup> Para el examen más detenido de diversos criterios que se han propuesto, con referencias al Derecho nacional, v. Mejías Alonzo, Claudia: “El Incumplimiento que Faculta a Resolver el Contrato a la Luz de las Disposiciones del Código Civil”. En *Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado, VII. Edics. Univ. Diego Portales. Santiago, 2011, p. 171 y sgts.

*D) Definición de lo contratado para determinar la trascendencia del incumplimiento*

El penúltimo caso (del automóvil sin ABS) es útil para ilustrar una conveniente distinción que con frecuencia debe introducirse para proceder a la calificación de la envergadura del incumplimiento.

Para la debida claridad deben distinguirse dos situaciones que en la práctica suelen presentarse confundidas en los hechos: si ha existido incumplimiento y su entidad.

Un primer examen del caso conduce a conjeturar sobre el estado de las voluntades de los contratantes al tiempo de la compraventa (con deberes de información, publicidad, categoría del mecanismo como estándar o excepcional a ese tiempo, etc.), para definir si el elemento faltante (lo que se postula como incumplimiento, en el caso el mecanismo de ABS) formaba parte o no de lo contratado, lo cual significaba enfrentar un problema de interpretación del contrato.

Sólo definida esa interrogante, y con respuesta afirmativa, procede avanzar hacia la calificación de la entidad del incumplimiento<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> En fin, conviene también reflexionar sobre lo que el análisis económico del Derecho ha venido denominando "incumplimiento eficiente": el perpetrado para obtener de los recursos disponibles el máximo beneficio. Puede ser ilustrado con un par de ejemplos.

-Un constructor sin trabajo acepta construir una vivienda; mientras cumple, gana una propuesta para construir muchas (que es su negocio habitual); y abandona la primera obra; demuestra que, pagando la indemnización al afectado, aún logra ganancia.

-Un cazador atrapa un tigre; lo vende a un circo en 10.000 y lo entregará más tarde; se agrega una cláusula penal de 5.000 para el caso de incumplimiento. Luego, ante una oferta de un zoológico, lo vende en 18.000. Paga al circo los 5.000 de cláusula penal y aún gana él (en lugar de 10.000, obtiene 13.000).

El análisis económico propone que este incumplidor debería ser tratado con indulgencia: no se le debería exigir el cumplimiento forzado de su prestación; no se le debería imponer el pago de perjuicios imprevistos (al menos con cierto concepto de dolo, su incumplimiento podría estimarse doloso); no se le debería imponer el pago de indemnización punitiva (si está contemplada en la respectiva legislación).

Pero, desde luego, la adopción de una tal actitud podría inhibir la contratación, al no protegerse vigorosamente la palabra empeñada, creándose un ambiente de inseguridad.

Ese análisis parte sometiendo a examen el alcance del tradicional *pacta sunt servanda*, y los mecanismos que emergen frente al incumplimiento son evaluados en función de su eficiencia, de su aptitud para lograr la mejor asignación de los recursos disponibles. Así, cuando el deudor puede obtener una contraprestación de otro contratante (un tercero) que le permita indemnizar al primer acreedor y conservar una ganancia para sí (pero considerando los costos de la solución del conflicto), es admisible su negativa a cumplir el primer compromiso. Los costos de transacción o judiciales para solucionar el conflicto constituyen un elemento que puede ser importante para tomar la decisión más adecuada, por lo que resulta altamente conveniente la redacción de contratos que tengan previstos los diversos desenlaces, contingencias y riesgos (incluidos mecanismos que disuadan la tentación de incumplirlo); y las reglas legales, que minimizan los costos de negociación y por tanto los del tráfico negocial, deberían aproximarse al "contrato perfecto", es decir, al

## 5. LA NATURALEZA DE LA FACULTAD RESOLUTORIA Y SU EJERCICIO (La posibilidad de enervar mediante el pago la acción resolutoria ya ejercitada)

### A) Introducción

Un problema que en la práctica judicial se ha presentado entre nosotros con particular relevancia es el de la posibilidad de que el deudor detenga la demanda resolutoria cumpliendo durante el litigio la prestación incumplida.

Para encontrar la solución más apropiada a esa situación, parece necesario detenerse en la naturaleza de la facultad resolutoria y llevarla a su operatividad en los tribunales considerando nuestros textos. Y estando en este terreno conviene asimismo examinar el estado en el que se encuentra en el Derecho comparado la necesidad de la intervención judicial en la resolución.

### B) El automatismo o la facultad resolutoria

El punto de partida es la disyuntiva entre automatismo de la resolución o su funcionamiento mediante el ejercicio de una facultad resolutoria (como regla general, más allá de la existencia de pactos comisorios). De inmediato debe derivarse que si la resolución se produjere automáticamente, por el sólo incumplimiento, entonces: primero, el acreedor quedaría privado de pedir el cumplimiento (el contrato quedaría resuelto por el solo hecho del

---

que hubieren estipulado las partes si hubieren actuado racionalmente, dispuesto de toda la información relevante y actuado de buena fe.

Pero, para que el "incumplimiento eficiente" sea aceptable el acreedor frustrado debe ser indemnizado en el valor que para él tenía la prestación incumplida, y la determinación de ese valor puede ser muy controvertible; más aún, por ahí pueden introducirse factores que pugnan con el criterio puramente económico. Con estos antecedentes, surgen interrogantes como: "¿Qué reglas debe establecer el ordenamiento para promover la eficiencia en caso de incumplimiento? ¿Debe conceder siempre al acreedor un derecho al cumplimiento forzoso de la obligación? ¿Ha de conferir preferencia a la solución resarcitoria en lugar de tutelar el derecho del acreedor a la prestación debida? ¿Puede establecer diferentes soluciones en función de los caracteres de la prestación?" (V. Verdera Server, Rafael: "El Cumplimiento Forzoso de las Obligaciones". Publicacs. del Real Colegio de España. Bolonia, 1995, p. 53). A este "incumplimiento eficiente" se le han formulado objeciones que implican, naturalmente, prevenciones al análisis económico en general. Se advierte que esta dirección puramente pecuniaria excluye la noción de honrar a la palabra empeñada; se parte del supuesto de que siempre se puede medir con certeza el valor económico, lo que con frecuencia no es posible en los procesos judiciales (V. al respecto, Farnsworth, E. Allan: *Contracts*. Little, Brown and Company. 2a. ed. Boston-Toronto-London; 1990, p. 848). El examen económico sólo puede especular acerca de qué es importante para las partes, y no puede evaluar los verdaderos costos y beneficios del incumplimiento. El planteamiento también puede provocar una pérdida de confianza en la eficacia obligatoria y en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, que puede conducir a una disminución de la contratación (V. Verdera, Rafael. Ob. cit., p. 50, notas, con varios aportes).

---

incumplimiento; ya eso deja a la alternativa en poco practicable atendidos los infinitos matices que puede llegar a tener la ejecución de una prestación, que pueden conducir a la duda de si está o no incumplida); y, segundo, la opción terminaría teniéndola el deudor (él decide cumplir o no cumplir, para mantener o resolver el contrato)<sup>53</sup>. Y ambas consecuencias son, por cierto, inaceptables.

Como regla, esa alternativa generalizadamente es excluida<sup>54</sup>; con nuestros textos, también entre nosotros.

Se llega así a la existencia de la llamada facultad resolutoria, esa alternativa que puede adoptar el contratante no incumplidor ante el otro contratante que ha incumplido la obligación recíproca, para dejar sin efecto el contrato, en lugar de exigir su cumplimiento.

### *C) La naturaleza de la facultad resolutoria y su ejercicio*

Luego de una prolongada evolución (que se termina encuadrando en la teoría general de los derechos subjetivos, en su naturaleza, estructura y variedades), en la doctrina se ha acogido en amplia medida la conclusión que califica a esta facultad de resolver el contrato por incumplimiento como un derecho de aquella categoría que se ha venido denominando “derecho potestativo” (o “facultad de configuración jurídica”)(para distinguirlo del de “simple poder”), en el que, por una voluntad unilateral (a través de un negocio jurídico o un acto procesal, entablando una acción), se introduce un cambio en el mundo externo, con la importante virtud de la sujeción: cuando ese cambio afecta a otro sujeto, nada resta al afectado, quien sólo ha de someterse a las consecuencias de aquel ejercicio. Dentro de ese género (en el que se distinguen derechos potestativos o de configuración constitutivos, modificatorios y extintivos), la facultad resolutoria pertenece a la variedad de los extintivos, en los que el cambio provocado consiste en la destrucción de una relación jurídica

<sup>53</sup> Aquí el punto se conecta con los pactos comisorios (que no serán tratados aquí), en sus distintas modalidades, con sus diversos efectos.

<sup>54</sup> Pero en situaciones extremas ha sido admitida (como la imposibilidad de ejecución de la prestación); v. al respecto el art. 9.303-4 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos; también el art. 326 del Código Civil alemán (para lo cual v. Zimmermann, Reinhard: *The New German Law of Obligations*. Oxford University Press. Oxford, 2005, p. 72).

En el Código Civil italiano se dispone la resolución de pleno Derecho cuando para ejecutar una prestación se ha fijado un plazo que debe considerarse esencial y dentro de él no se cumplió, con el conveniente complemento de que es así salvo que el acreedor manifieste dentro de tres días que prefiere mantener el contrato (art. 1457); con esta salvedad se logra que la opción permanezca en el acreedor. La regla es seguida por el Código Civil paraguayo (art.727).

o un derecho subjetivo determinado<sup>55</sup>.

Tocante al ejercicio, el método tradicional ha sido el de la intervención judicial. En los códigos del siglo XIX, con la técnica de la condición tácita, se impone la resolución judicial; ante el incumplimiento, ha de acudir al tribunal para que declare resuelto el contrato (sin perjuicio de la expresa voluntad de los contratantes, a través de los pactos comisorios)<sup>56</sup>. Sólo que, ante textos no terminantes, doctrina y jurisprudencia fueron debilitando esa actitud y hasta

<sup>55</sup> Esta potestad viene a constituir una categoría distinta de los llamados derechos de señorío (reales o personales); en éstos (auténticos "derechos") existe un correlativo deber de prestación o abstención; en la potestad (llamada "derecho" potestativo) esa correlatividad no existe; al afectado le resta contemplar y soportar la decisión adoptada y nada puede hacer para impedir la (de ahí que la denominación "derecho potestativo" se explique sólo por facilidad de lenguaje; no es propiamente un "derecho", sino sólo un poder o potestad). Así entre nosotros (y con más antecedentes expositivos), Elgueta Anguita, Augusto. Ob. cit. p. 97 y sgts., con cita de autores como Chioyenda, Giorgianni, Enneccerus y especialmente Andreas Von Tuhr (en sus obras más difundidas). Por la misma calificación, aunque sin mayor descripción de esta clase de derechos (por llamarlos así), por ejemplo, Clemente Meoro, Mario. Ob. cit. p. 39, con cita de otros y de sentencias; v. también el Prólogo de esa obra, del Prof. Montés. Pero ya Mosco formulaba calificaciones en ese sentido, aunque con distinta nomenclatura (Mosco, Luigi. Ob. cit. p. 9 y sgts., con datos y comentarios sobre el debate, en los que se destaca la falta de obligación correlativa para poder calificarlo de "derecho", en nota 6); también Oertmann, quien recuerda que, al no haber acción –digamos nosotros: si es así en el respectivo ordenamiento– no hay prescripción, aunque pueda imponerse la caducidad (Oertmann, Paul: *Introducción al Derecho Civil*. Trad. de Sancho Seral. Edit. Labor. Barcelona, 1933, p. 363 y sgts.). En el Derecho español últimamente se ha mantenido la calificación de "derecho" potestativo (Espiau Espiau, Santiago: "La Naturaleza Jurídica y el Plazo de Ejercicio de la Acción de Resolución de los Contratos por Incumplimiento". En *Estudios de Derecho de Obligaciones*. Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez. Llamas Pombo, Coordinador. Edit. La Ley. Madrid, 2006, T. I, p. 613 y sgts.; con cita de varios destacados autores españoles en el mismo sentido; sentencias del Tribunal Supremo, a partir de las de 8 y 20 de noviembre de 1958, destacando la de 11 de mayo de 1966, que formula una definición: "facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica"; y –en la tendencia del citado Oertmann– pronunciándose por la caducidad). Parece ya estar superada la duda sobre el carácter personal de la acción; sólo dejemos constancia de que se llegó a sostener que es ante todo personal pero que "deviene en real" cuando tiende a la restitución de la cosa (v. Traviesas, M. Miguel. Ob. cit. p. 324).

<sup>56</sup> Como una particular modalidad es concebible también una resolución "consentida" o "convencional": las partes convienen la resolución, o el incumplidor acepta el emplazamiento del acreedor de que el contrato debe resolverse (es mencionada por San Miguel, Lis Paula: "La Modernización del Derecho de Obligaciones y la Resolución por Incumplimiento en los Ordenamientos Español y Chileno". En *Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado, VII. Edics. Univ. Diego Portales. Santiago, 2011, p. 158). Puede adoptar la forma de una simple convención, o de una transacción de las que ponen fin a un litigio pendiente (si ya hay demanda) o precaven un litigio eventual; en otro sentido, la redacción puede asumir la forma de una resciliación (o acuerdo que simplemente deja sin efecto el contrato), sólo que si, ante un conflicto derivado de ese acuerdo, posteriormente se prueba que el convenio de ineficacia se adoptó debido al incumplimiento, en rigor su calificación es de resolución convenida.

llegan al cambio de régimen<sup>57</sup>.

Como ya es sabido, en la doctrina se ha venido desarrollando una marcada preferencia en favor de aumentar las posibilidades de un ejercicio unilateral extrajudicial de la facultad resolutoria. Optando el acreedor por la resolución, el ejercicio de la facultad es concebido manifestándola con notificación al deudor (es un acto recepticio) y, generalmente, con concesión de un plazo de última oportunidad<sup>58</sup>. De este modo, la iniciativa en la ocurrencia a la sede judicial –que en caso de conflicto siempre ha de estar abierta– queda trasladada al incumplidor. Sería él quien tendría que acudir al tribunal (a continuación) reclamando sobre la improcedencia de la actuación del acreedor por no estar encuadrado en las exigencias legales; particularmente por la falta de alguno de los supuestos (por ej. porque –según él– habría cumplido, el incumplimiento aducido sería irrelevante, etc.) (como se verá en la cita de textos legales, en ocasiones suele conferirse al acreedor la posibilidad de optar por la vía judicial).

La tendencia está impulsada por el propósito de obtener la mejor y más expedita tutela del crédito (evitando en lo posible las dilaciones de un litigio, que podrían perjudicar al acreedor en la disposición de los recursos que había invertido o comprometido en el proyecto contractual) y la mayor eficiencia en la solución del conflicto derivado del incumplimiento. Pero, reconociéndose sus ventajas, su implantación como régimen general ha sido fundadamente controvertida<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Así, el cód. francés (art. 1184), con excepciones introducidas por la ley y la jurisprudencia. Era muy definitivo en exigir la declaración judicial el cód. italiano de 1865 (art. 1165 incs. 2° y 3°). Con un precepto no categórico (art. 1124), el cód. español parece afiliarse a la resolución judicial, pero doctrina y jurisprudencia (con algunas discrepancias) han concluido aceptando la resolución extrajudicial. Cobacho Gómez resume la opinión de varios autores y la decisión de sentencias del Tribunal Supremo posteriores a 1998, fecha de la obra de Clemente Meoro (aquí también citada) que incluye precedentes sobre la materia (Cobacho Gómez, José Antonio: "Notas sobre la Resolución Extrajudicial". En *Estudios de Derecho de Obligaciones...* cit. T. I, p. 331 y sgts.); para antes, v. también Traviesas, M. Miguel. Ob. cit. segunda parte, p. 323, con cita de un fallo del Tribunal Supremo español de 19 de junio de 1913, que admite la resolución extrajudicial; también San Miguel, Lis Paula. Ob. cit., con descripción del modelo francés (p. 156 y sgts.), la evolución del Derecho español provocada principalmente por la jurisprudencia, y las dificultades de la falta de regulación (p. 166 y sgts.).

<sup>58</sup> Suele discutirse si habiendo transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla, procede la resolución cuando el incumplimiento no es esencial.

<sup>59</sup> V. Genicon, Thomas. Ob. cit. p. 373 y sgts. con un examen exhaustivo del tema y una útil comparación de los dos regímenes. Una alternativa mesurada es mantener la resolución judicial como regla general y supletoria (que implica un objetivo y confiable control de los intereses de ambos contratantes, del incumplimiento resolutorio y de otros componentes de la institución, incluyendo sus efectos), disponiéndose de los pactos resolutorios para

En cuanto a su recepción normativa, como en muchas otras materias, la evolución es notoria. Luego del estado (antes descrito) de los textos del siglo XIX, en el siglo XX la preferencia por la resolución extrajudicial es generalizada (aunque a veces con matices y opciones); ya ha conquistado amplia consagración en los códigos nuevos (desde el inicio del siglo), en enmiendas a códigos antiguos y en reglas de Derecho uniforme (y aun en proyectos de reforma a estatutos vigentes).

Así, por ej. el Código Civil alemán (arts. 323 y 349)<sup>60</sup>; el código federal suizo de las obligaciones, previo un plazo (art. 107) y en ocasiones sin él: cuando se observe que tal medida será ineficaz, cuando ya la prestación sería inútil al acreedor o cuando en los términos del contrato se disponga que la prestación debió ejecutarse dentro de cierto plazo (en legislaciones posteriores se dirá que así se procederá cuando la ejecución dentro del plazo era esencial)(art. 108); el Código Civil italiano (art. 1454; se contempla también la posibilidad de resolución con intervención judicial, conforme al art. 1453, y aquí se precisa que “desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación); el Código Civil portugués (art. 436,1); el Código Civil peruano (art. 1429); el Código Civil paraguayo (art. 728); la Convención de Viena (art. 26, en términos implícitos).

También los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9.303; en el art. siguiente se añade que el acreedor pierde la facultad resolutoria después de un plazo razonable desde que supo o debió saber del incumplimiento); los Principios Unidroit (art. 7.3.2); el Anteproyecto Español de Modernización... (art. 1199 y sgts., aunque también debe tenerse presente, paralelamente, el art. 1202<sup>61</sup>); el Proyecto Catalá (para la reforma del Código Civil francés

---

una mayor expedición, pudiéndose tal vez reservar la resolución unilateral para contratos mercantiles, etc. Para una comparación entre el mecanismo judicial y el extrajudicial (aunque con algunos datos legales ya alterados), v. también Mélich-Orsini, José. Ob. cit. p. 246 y sgts.

<sup>60</sup> Desde antes de la reforma de 2002, el art. 349 (que admite la resolución unilateral extrajudicial) era la regla aplicable a todo contrato; luego de la reforma, para este efecto deben ser citados los arts. 323 –modificado– para todo contrato bilateral (previo un plazo, y en ciertas situaciones sin él) y 349 para los contratos con consumidores (aquí, sin plazo previo, pudiendo la otra parte fijar un plazo al legitimado para que opte, conforme al art. 350).

<sup>61</sup> No obstante los términos del art. 1124 del Código Civil (que la concibe en su ejercicio judicial), la doctrina española actual está admitiendo la resolución extrajudicial (en este sentido Morales Moreno, Antonio: *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Edit. Thomson-Civitas. Madrid, 2006, p. 46; el autor relata que Castán da cuenta de una sentencia que ya en 1912 –7 de febrero– admitía el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria, advirtiendo sí que puede ser impugnada y, en tal situación, el tribunal decide si la resolución está o no ajustada a Derecho).

en obligaciones, contratos y prescripción) permite al acreedor elegir entre acudir al Tribunal o proceder extrajudicialmente, resolviéndose el contrato luego de un plazo conminatorio (art. 1158) y se agrega expresamente que el deudor puede (posteriormente) acudir al Tribunal objetando la resolución (art. 1158-I)<sup>62</sup>.

El Código Civil holandés permite ejercitarla de ambos modos: por declaración escrita del acreedor o mediante declaración judicial en virtud de demanda (art. 6:267); similar es la actitud del Código Civil boliviano (art. 568; v. también el art. 570; y el art. 571 por el cual cuando el plazo para cumplir ha sido considerado esencial para el interés del acreedor, la resolución se produce de pleno Derecho al vencerse si no se ha cumplido la prestación).

El Código Civil argentino, con la importante reforma de 1968, acoge también este mecanismo resolutorio (art. 1204), previo un plazo conminatorio de 15 días, manteniendo la opción judicial (parte final del precepto)<sup>63</sup>. 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). El proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1998 dispone que el contrato se resuelve previo requerimiento; y en ciertas situaciones no es necesario el requerimiento sino sólo la declaración unilateral comunicada: cuando ha vencido el plazo que es esencial para el cumplimiento, si el incumplidor ha manifestado que no cumplirá y cuando el cumplimiento o la interpelación resultan imposibles (arts. 1039 y 1055); este Proyecto, al igual que los Principios del Derecho Europeo de contratos según aquí ya se dijo, confiere la interesante facultad al incumplidor, útil para la certeza de las relaciones jurídicas, consistente en que si el acreedor está en situación de resolver y no lo hace, la otra parte puede intimarla para que le

<sup>62</sup> Para la actitud actual de los tribunales franceses que, no obstante el texto del código, confieren cierta consideración a los intentos de resolución extrajudicial, puede verse Zweigert, Konrad y Kötz, Hein: *Introducción al Derecho Comparado*. Trad. de Aparicio Vázquez. Oxford University Press. México, 2002, ps. 526 y 527; los autores llegan a manifestar que la resolución por vía judicial en exclusiva parece estar en vías de desaparición, al menos entre los hombres de negocios. Pero su elevación a principio general en Francia ha sido controvertida; v. al respecto al recién citado Genicon, Thomas. Ob. cit. p. 373 y sgts.

<sup>63</sup> Sobre lo cual puede verse Ramella, Anteo. Ob. cit. pp. 3, 155 y sgts. y 195 y sgts.

manifieste, en un plazo no menor a quince días, si va a plantearla; vencido el plazo pierde el derecho de resolverlo por causas anteriores a las que fueron contempladas en la intimación (art. 1050)<sup>64</sup>.

#### *D. El Derecho chileno*

Con los textos del código, en el Derecho chileno se ha venido siempre sosteniendo la necesidad de resolución judicial. Conforme al art. 1489, producido el incumplimiento el acreedor “puede pedir el cumplimiento o resolución” (al juez). La resolución automática (de pleno Derecho) y la por declaración unilateral quedan así restringidas a los pactos comisorios (con la complicada discusión doctrinaria junto a las vacilaciones jurisprudenciales, derivadas del tenor de los textos que los tratan, su ubicación y el campo de su aplicación; y sin perjuicio de la resolución de pleno Derecho de la, en Chile llamada, condición ordinaria)<sup>65</sup>.

Sin embargo, últimamente se ha postulado que, aun con los textos actuales, es admisible una resolución extrajudicial (con base en la buena fe)<sup>66</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la sentencia que se pronuncia sobre la resolución, como constitutiva o declarativa, parece predominar la conclusión de que es declarativa (esa conclusión es coherente con la calificación de derecho potestativo que antes se describió). Y la consecuencia es la retroactividad de la resolución al día del ejercicio de la facultad (día de la presentación de la demanda o de su notificación –en lo que se observa dispersión de opiniones– equivalente al día en que se notificó la manifestación en la modalidad extrajudicial)<sup>67</sup>. Aunque hay quien diluye la fatalidad de la consecuencia de la retroactividad de la resolución a partir del carácter declarativo de la sentencia, estimando que la sentencia constitutiva no tiene porqué tener necesariamente eficacia desde que se dicta (o, mejor, desde que queda firme); la sentencia puede ser constitutiva

<sup>64</sup> Para el Common Law, en donde el mecanismo es también usado, v. Atiyah, P. S. and Smith, Stephen. *Ob. cit.* p. 203 y sgts.; y para su inclusión en los self-help, p. 375.

<sup>65</sup> Autores y sentencias en ese sentido pueden verse en nuestro *Obligaciones...* cit. p. 416, notas 759, 760 y 761.

<sup>66</sup> Así Pizarro Wilson, Carlos: “¿Puede el Acreedor poner Término Unilateral al Contrato?” En *Rev. Ius et Praxis*. Vol. 1. Talca, 2007, p. 11 y sgts.; una interpretación en ese sentido está también sugerida en Barros Bourie, Enrique: “Finalidad y Alcance de las Acciones y los Remedios Contractuales”. En *Estudios de Derecho Civil III* (Guzmán Brito, edit.). Edit. Legal Publishing. Valparaíso, 2008, pp. 424 y 425.

<sup>67</sup> Y no debe confundirse la retroactividad de la resolución con la retroactividad de sus efectos, que aquí se verá más adelante.

de una situación y siempre puede determinar –se ha dicho– el momento desde el cual tendrá eficacia la regla de Derecho que establece<sup>68</sup>.

*E. La detención de la facultad resolutoria ya ejercitada, pagando. Con aquellos antecedentes podemos volver al problema práctico inicialmente reseñado*

Por cierto, el problema no es sólo local; y la discusión no es reciente<sup>69</sup>.

Entre nosotros, sin acudir a explicaciones con componentes teóricos, y abordando directamente el punto de si demandada la resolución el deudor puede o no enervar la acción pagando durante el litigio, por mucho tiempo la respuesta predominante fue la afirmativa. Simplemente se sostenía que como la resolución opera previa sentencia judicial, durante el juicio resolutorio el contrato permanece vigente y, por tanto, durante su curso el deudor puede pagar y detener la acción entablada. Como argumento se añade el art. 310 del Código de Proced. Civil, conforme al cual la excepción de pago es una de las (pocas) que el deudor puede oponer en cualquier estado del juicio<sup>70</sup>.

Pero de la circunstancia de que se requiera sentencia judicial no tiene que deducirse necesariamente que el deudor pueda pagar después de ejercitada la facultad resolutoria y así detenerla.

<sup>68</sup> Montés, Vicente, en el Prólogo a la obra de Clemente Meoro, Mario, cit. Puede verse que con ese planteamiento la controversia sobre el carácter declarativo o constitutivo de la sentencia pierde, al menos en alguna medida, su trascendencia. V. también el propio Clemente Meoro, ob. cit. p. 132.

<sup>69</sup> Así, en Italia el debate se mantenía ya en el Código de 1865, que permitía la duda; pero el código actual decidió terminar categóricamente con esa posibilidad; conforme al art. 1453, presentada la demanda de resolución, el incumplidor ya no puede cumplir. Se suele añadir que con esa disposición se persigue evitar que el juez conceda dilaciones al deudor, impedir que el deudor especule con el retraso y permitir que pronto el acreedor se procure la prestación de otra fuente (cfr. Mosco, Luigi. Ob. cit. p. 248 y sgts. con cita de jurisprudencia sobre la base de los códigos nuevo y antiguo). En el Derecho español, en donde el código no tiene norma expresa, presentada la demanda el cumplimiento generalmente no es admitido (aunque el ofrecimiento pueda ser considerado para determinar la trascendencia del incumplimiento)(v. San Miguel, Lis Paula. Ob. cit. p. 164 y sgts.); para Italia y España, v. también Traviesas, M. Miguel. Ob. cit. segunda parte, p. 321 y sgts., que ya en 1929 daba cuenta del conflicto; aunque lo relata imbricado con el llamado *ius variandi*. El Cód. Civil holandés dispone que el ofrecimiento de cumplir después de demandada la resolución no tiene efecto si la resolución es declarada (art. 6:269).

<sup>70</sup> Los autores son los ya citados para la conclusión de que entre nosotros la resolución opera mediante sentencia. Fallos pueden consultarse en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia; art. 1489, N° 25, p. 120. V. también *RDJ*, T. 77, secc. 2ª, p. 77; T. 84, p. 149.

Concebida la opción como un derecho potestativo (con sujeción, como se dijo), y siendo la sentencia sólo declarativa, las consecuencias son: que la resolución se produce al pronunciarse el acreedor por la alternativa resolutoria (es decir, al demandar la resolución); y que, demandada la resolución, el deudor ya no puede enervar la acción pagando.

Por nuestra parte estimamos que en Chile la solución es precisamente aquélla: en la opción hay un derecho potestativo, que sólo puede ejercitar el acreedor cumplidor; debe acudir al tribunal; el juez declara la resolución, la que se produce cuando el acreedor se pronunció (cuando demandó) y durante el juicio el deudor ya no puede enervar la acción pagando.

Podría entonces objetarse que el procedimiento siguiente a la demanda resolutoria carecería de sentido, puesto que al no poder pagar el deudor, inevitablemente la acción tendrá que ser acogida. Pero lo tiene, en cuanto el juez debe verificar el cumplimiento de los supuestos, que pudieren no existir o existir en términos diferentes a los propuestos por el actor; señaladamente, que haya existido efectivamente incumplimiento (concretamente, que no haya pagado ya el deudor) o que ese incumplimiento sea calificable de resolutorio; pero no constituye instancia para que el deudor cumpla; de ser así, entonces la opción la tendría él, con infracción del tenor del art. 1489.

Y en cuanto al art. 310 del Código de Proced. Civil (que es regla adjetiva, no sustantiva) es rebatible porque lo permitido es oponer “la excepción de pago”, no pagar. La regla está dada para el caso de que el deudor haya pagado, luego se demanda el cumplimiento (pago) o la resolución por incumplimiento (lo cual puede acontecer incluso de buena fe: por ej. demanda el heredero del acreedor, sin saber que el causante había recibido el pago) y no se opuso la excepción de pago en la contestación de la demanda; entonces, para evitar la ostensible injusticia del doble pago o de la resolución por incumplimiento no obstante haberse pagado, la ley atenúa el rigor de la regla de que las excepciones puedan oponerse sólo en la contestación de la demanda, y permite oponer la excepción de pago en cualquier estado del juicio. Así, puede oponer la excepción de que pagó (antes de ser demandado de resolución), pero no puede enervar la acción pagando ahora; proceder de otro modo importaría que la opción la tendría el incumplidor.

A este planteamiento puede formularse la objeción de que aun en el pacto comisorio calificado, en que el rigor fue acentuado por las partes, el deudor todavía puede detener la resolución pagando dentro de las 24 horas de notificada la demanda. Pero también puede ser rebatida en cuanto esa regla está dada para la compraventa, por tratarse de un contrato masivo en el que se ha preferido la

idea de conservación del contrato, dando una breve oportunidad al comprador<sup>71</sup>.

En doctrina se ha llegado a considerar una posibilidad de que el deudor pueda pagar después de haberse demandado por el acreedor la resolución: cuando ofrece el pago y demuestra que a esa época todavía le es útil al acreedor (sería el caso –que en nota aquí ya ha sido relatado– del contratista eléctrico para el hotel que se remodelaba, que se retrasó y es demandado de resolución pero todavía alcanzaba a ejecutar la instalación antes de la reapertura del local). Pero, tal como lo dijimos en su oportunidad, el problema puede ser resuelto (igualmente rechazando la resolución) por la vía del incumplimiento, que no sería esencial. Al menos ante nuestros textos parece preferible; no se lesiona la norma, en cuanto no se llega a trasladar la opción al deudor (es distinto plantear que no está configurada la opción resolutoria por falta del supuesto de incumplimiento esencial, a pretender simplemente que, atendida la utilidad del pago, el deudor puede todavía pagar, con lo que la opción de cumplir o resolver pasaría a quien la norma –y la razón– no se la confiere)<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> También rehúsan la posibilidad de que el deudor pueda enervar la acción pagando, Barros Bourie, Enrique. Ob. cit. pp. 425 y 426; Vidal Olivares, Álvaro: “El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil. Condiciones de Procedencia de la Resolución por Incumplimiento”. En Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro: *Incumplimiento Contractual, Resolución e Indemnización de Daños*. Edit. Univ. del Rosario. Bogotá, 2010, p. 467 y sgts. Pero la opinión tradicional sigue siendo sostenida (así, Cuneo, Andrés: “Sobre el Momento en que Tiene Lugar la Resolución del Contrato cuando se Ejercita la Acción Establecida en el art. 1.489 del Código Civil”. En *Rev. Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, 2004, p. 107 y sgts.; no es mencionado el art. 310 del Cód. de Proced. Civil). En ese trabajo (pp. 117 y 118) se citan dos fallos, antiguos (ambos de la Corte de Concepción), en los que se sostuvo la opinión contraria, que preferimos. Pero se agrega que son de antes de la reforma al Código Civil sobre pago por consignación; después de la reforma, esos fallos –se añade– pierden valor. El texto aludido es el actual art. 1600 inc. 2°. El precepto no sirve mucho a la postura tradicional de que luego de demandar la resolución se puede enervar la acción resolutoria pagando durante el juicio, porque puede consignar cuando lo demandado ha sido el cumplimiento (no la resolución); y cuando añade que “o cualquier otra acción que pueda ser enervada mediante el pago”, no dice más; y de lo que se trata es de definir precisamente eso, si la resolutoria puede ser enervada mediante el pago (durante el juicio).

<sup>72</sup> La actitud de la jurisprudencia francesa parece ser la de entregar la decisión al juez conforme a las circunstancias del caso; se trata de evitar, por una parte, que el deudor se niegue a cumplir sólo para lograr tiempo y, por otra, que el demandante persiga resolver el contrato sólo por cambios en la situación del mercado. V. Zweigert, Konrad y Kötz, Hein. Ob. cit. p. 526.

## 6. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

### *A) La doctrina y el Derecho comparado*

En este capítulo se procederá a consignar, con objeciones y sugerencias, una síntesis de los efectos genéricamente considerados y la retroactividad de los efectos, entre las partes y respecto de terceros, y, por último, se verá la eficacia real o personal de la retroactividad de los efectos.

Llamamos efectos de la resolución por incumplimiento contractual a las consecuencias que se derivan de ella. Esas consecuencias alcanzan a las partes y pueden alcanzar a los terceros. Respecto a las partes, las consecuencias se radican en las prestaciones que han surgido del contrato, considerando el estado de ejecución en el que se encontraban al producirse la resolución; y respecto de los terceros, las consecuencias podrán alcanzarles si los contratantes llegaron a celebrar con ellos actos sobre bienes o derechos de los adquiridos por el contrato resuelto.

Se trata ahora de determinar el día desde el cual el contrato se entenderá privado de eficacia por su resolución.

Tal como acontece en toda situación en la que asoma la posibilidad de la retroactividad, esa figura jurídica llamada ficción ronda en torno a las soluciones, estimulando la exteriorización de nuestra actitud ante su presencia. En estas circunstancias, y tal como parece ser la tendencia, debe procederse con realismo; el contrato existió, produjo efectos entre las partes y afectó a terceros (al resto de la comunidad); así, si ya en abstracto no parece prudente proceder “como si no hubiere existido,” esa actitud se vigoriza en el enfrentamiento con sucesos concretos. Entonces, prescindiendo del ambiente distorsionante de las obligaciones condicionales (hay que repetirlo) en el que está –entre nosotros– implantada la resolución, la retroactividad ha de estar al servicio de la resolución y, por tanto, debe acudir a ella sólo en cuanto sea indispensable para lograr el propósito fundamental y, sobre todo, para obtener un apropiado desenlace en el fracaso (que puede ser sólo parcial) del proyecto económico que el contrato significó.

Para el examen de este capítulo conviene distinguir entre la retroactividad en la existencia de la resolución (cuándo se produce, cuándo se tiene por resuelto el contrato) y la retroactividad de sus efectos.

En cuanto a la resolución, debe considerarse el mecanismo por el cual se produce. Si se exige declaración judicial, las alternativas de tener por resuelto el contrato son: el día de la ejecutoriedad de la sentencia (ahí no

habrá retroactividad), o el día de la notificación de la demanda o el día de la interposición de la demanda (el punto suele ser tratado –como aquí ya se expuso– bajo el título: el carácter declarativo o constitutivo de la sentencia).

Si se adopta un régimen de resolución extrajudicial (como regla general, sin necesidad de estipulación), las (muchas) legislaciones que la contemplan generalmente disponen que la resolución se produce cuando es notificada al deudor la decisión del acreedor de resolver (entonces no hay retroactividad; si hubiere imprecisión de los textos podría discutirse retroactividad al día en que la voluntad de resolver se exteriorizó, lo que parece poco admisible en cuanto lo apropiado parece ser el carácter recepticio de ese acto) (sin perjuicio de ciertos casos excepcionales de resolución automática, de pleno Derecho, se entiende sin pacto comisorio, como antes se dijo).

En cuanto a los efectos de la resolución, la irretroactividad significa producción de efectos desde el día de la resolución. Entonces, hay retroactividad de efectos cuando ellos se producen desde el día de la resolución hacia el pretérito. Y la precisión del inicio de los efectos en el pretérito conduce a varias alternativas: desde el día de la interposición de la demanda (en el mecanismo judicial), desde el día del incumplimiento, desde el día de la celebración del contrato.

Tal como se ha dicho, en donde (por ej. en Chile) la resolución aparece incrustada en las obligaciones condicionales, la retroactividad (de los efectos de la resolución) es afincada en el principio general de la retroactividad de los efectos de la condición. Resuelto el contrato, ha de procederse como si no se hubiere celebrado (entonces, el regreso es al extremo, al día de la celebración del contrato). Pero (como se demuestra en muchos textos, entre ellos en los nuestros), ya en esa concepción siempre fueron introducidas restricciones (por los mismos factores que luego serán mencionados).

Abandonada aquella técnica y fortaleciendo factores como la eficiencia y la protección al tráfico mediante la apariencia, la retroactividad está siendo ostensiblemente debilitada (y aun excluida, aunque excepcionalmente), al punto de que en la actualidad la expresión “retroactividad” ya no resulta una apropiada traductora del cuadro doctrinario y normativo que se observa. Manteniendo como punto de referencia el dilema (retroactividad o irretroactividad) tal vez lo procedente es manifestar que la preferencia predominante es una solución intermedia<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Las diferencias que los textos suelen imponer entre la nulidad y la resolución en cuanto a la retroactividad de los efectos, sobre todo respecto de los terceros, se justifican advirtiendo que en la primera las causas (específicamente los defectos) están radicados en la estructura

Entre las partes, las restricciones son explicadas principalmente por la naturaleza de esta causal de ineficacia, su justificación y los principios que influyen en ella (aquí ya al menos aludidos), destacadamente la eficiencia en el desenvolvimiento del contrato. Y respecto de terceros, justificadas (al menos a nuestro entender) fundamentalmente por la protección al tráfico mediante la apariencia (a su vez con base en la buena fe).

Desde luego, hay una restricción (a la retroactividad) inevitable: la naturaleza de las prestaciones; por su naturaleza, hay prestaciones irrestituibles, lo cual impide una plena retroactividad (así acontece, por ej., con muchas prestaciones de hacer y no hacer: dar un concierto, no viajar) (en la normativa ahí suelen aparecer compensaciones dinerarias)<sup>74</sup>. Por otra parte, esa irrestituibilidad puede generar desequilibrios (cuando la prestación de una de las partes es restituible y no la de la otra), que han de ser resueltas (frecuentemente por la vía del repudio al enriquecimiento injustificado).

En suma, supuesto que un grado de retroactividad entre las partes habrá de imponerse, los capítulos fundamentales a definir son: las prestaciones parcial o totalmente ejecutadas, y los frutos deterioros y mejoras.

De estas últimas no nos preocuparemos aquí. Sólo lleguemos a formular una observación general. Pueden ser reguladas autónomamente o en conjunto con otras situaciones de restitución (como la nulidad, dentro de un cuadro de extinción del contrato, o con otras más lejanas, como la reivindicación) o podrá emplearse la remisión. Y en su regulación hay varios factores influyentes, como el beneficio (necesidad o utilidad) y los costos; y deben considerarse algunos criterios como la asunción de riesgos, la protección a la buena fe y el repudio al enriquecimiento injustificado. Con esos elementos se puede proceder a restituciones (de los frutos) y compensaciones en dinero.

En cuanto a las prestaciones (total o parcialmente ejecutadas), los factores influyentes son la restituibilidad y la utilidad de las prestaciones fundada en el principio de preservación del contrato; y asimismo debe evitarse el enriquecimiento injustificado (que en algunos textos suele traducirse en el mantenimiento del equilibrio, lo cual en ocasiones pudiere perturbar la decisión: cuando el contrato en su origen presentaba algún –tolerable–desequilibrio).

misma del negocio, en tanto que en la resolución inciden acontecimientos posteriores, sobrevinientes, externos, en términos que los terceros se involucraron teniendo frente a sí un negocio jurídicamente válido (v. en sentido semejante Mosco, Luigi. Ob. cit. p. 291).

<sup>74</sup> Así por ej. en el Código Civil alemán (art. 346); en el Código Civil holandés (art. 6:272); en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9.309); en el Anteproyecto Español de Modernización... (art. 1203).

Así, si una de las prestaciones es irrestituible, la otra permanece (cumplida o exigible). Si ambas son restituyibles, debe preferirse el mantenimiento de lo ejecutado considerando la utilidad para el respectivo acreedor conforme a lo proyectado en el contrato, pero evitando el enriquecimiento injustificado. Con esos elementos se puede proceder a las restituciones, complementadas con compensaciones en dinero.

Esa pareciera ser la tendencia del Derecho comparado (aunque las reglas no siempre la traducen en términos apropiados o claros).

Como principio, en los códigos civiles del S. XX la retroactividad no se ha impuesto generalizadamente. Por ej. la ordena el Código Civil italiano (art. 1458)<sup>75</sup>, pero no el Código Civil holandés (arts. 6: 269 y 271). Pero más allá de la declaración general del principio, como se dijo, del examen del conjunto de disposiciones de los cuerpos legales se desprende que en definitiva se impone la solución matizada, con más o menos restricciones. Así, por ej. en el Código Civil alemán (art. 346 y sgts.); en el Código Civil boliviano (art. 574); en el Código Civil peruano (art. 1372); en el Código Civil paraguayo (art. 729) se impone retroactividad sólo entre las partes, y aun entre ellas no la hay en los contratos de tractos sucesivos respecto de prestaciones ya cumplidas y cuotas vencidas; en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9.305 y sgts.); en los Principios Unidroit (art. 7.3.5 y sgts.). En el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1987 también se impone restitución, pero las prestaciones parcialmente ejecutadas quedan firmes si son útiles y equivalentes (art. 1204 en relación con el art. 1203). En el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1998 (art. 1043, b.) se dispone la retroactividad entre las partes, pero por otros preceptos está asimismo moderada; por ej. por el art. 1045 que deja firmes las prestaciones realizadas si son útiles y equivalentes; y respecto terceros adopta íntegramente la doctrina de la protección al tráfico mediante la apariencia, al disponer que la resolución no afecta a los terceros de buena fe que hayan adquirido a título oneroso, que es nuestra preferencia; en el Proyecto Catalán se propone tener por resuelto el contrato el día de la demanda de resolución cuando es judicial y el día de la recepción de la notificación cuando es extrajudicial (arts. 1158

<sup>75</sup> Pero luego de disponer expresamente la retroactividad (en el citado art. 1458), la restringe, también expresamente, a las partes, y declara que no afecta a los derechos adquiridos por los terceros (sin perjuicio de la publicidad de la demanda resolutoria); y deja a salvo también los contratos de ejecución duradera respecto de las prestaciones ya efectuadas.

y 1160-I); y desde entonces con efectos sólo para el futuro (arts. 1160-I y reglas sobre restituciones de la sección 6), pero asimismo con excepciones; en las restituciones, que son reguladas bastante detalladamente, se toma en consideración el carácter divisible de la ejecución del contrato (art. 1160); y se intenta un régimen coherente en las restituciones derivadas de nulidad y resolución –más profundo para la nulidad que para la resolución– es decir, para la eliminación del contrato)<sup>76</sup>.

Observando materias específicas, por el principio de la preservación del contrato, la tendencia parece ser la de que en situaciones de cumplimiento parcial, sobre el supuesto de utilidad para el acreedor (objetivamente apreciada), debe evitarse la retroactividad aun cuando por la naturaleza de las prestaciones las restituciones sean posible<sup>77</sup>; Y esa actitud suele imponerse mediante una referencia genérica a una categoría de contratos (que es enunciada con diversas expresiones): a los llamados contratos “de ejecución duradera” o “de ejecución sucesiva” o “a tractos sucesivos”<sup>78</sup>.

A este respecto conviene evitar algunas confusiones conceptuales. La aplicación de estas restricciones no debiera ser enunciada en esos términos (como ha acontecido en algunos textos o proyectos). Si lo que se pretende es declarar que por existir una prestación irrestituible la recíproca debe mantenerse (o continuar exigiéndose) y que si las prestaciones parcialmente ejecutadas son útiles debe asimismo conservarse lo ejecutado, es preferible disponerlo así, directamente. Porque prestaciones restituibles y útiles en la parcialidad pueden darse tanto en contratos de ejecución instantánea como en de ejecución duradera, y, en estos últimos, tanto en los de ejecución continuada como en los a tractos. Así acontece en el siguiente grupo de prestaciones: dar de una vez una suma de dinero, tocar el piano una hora al día durante un mes,

<sup>76</sup> Y recuérdese las restricciones a la retroactividad del recién citado cód. italiano en su art. 1458 (ya mencionadas en nota).

<sup>77</sup> Por ej. en los citados proyectos argentinos de 1987 y 1998.

<sup>78</sup> Así, por ej. el Anteproyecto Español de Modernización... (art. 1204, que pormenoriza la referencia a las de ejecución continuada y sucesiva).

Convenientemente, agrega que la resolución no afecta las estipulaciones relativas a la decisión de controversias ni a las que regulen efectos tras la resolución; ya lo había dispuesto la Convención de Viena (art. 81-1); después, los Principios sobre el Derecho Europeo de Contratos (art. 9.305-2); también los Principios Unidroit (art. 7.3.5-3); y el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1998 (art. 1042, h.). Para el Derecho argentino en el código actual v. Zannoni, Eduardo: “Efectos de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento”. En *Estudios de Derecho Civil*. Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés. Edit. Universidad. Buenos Aires, 1980, p. 339 y sgts., especialmente p. 364 y sgts.

proporcionar a otro el disfrute de una vivienda durante un año, suministrar gas a través de un ducto durante un mes, pagar una renta mensual, dar a un numismático doce monedas antiguas a razón de una a la semana. Ahí hay obligaciones restituibles y otras no, y algunas con perceptible utilidad en el cumplimiento parcial y otras no, con prescindencia de que el contrato respectivo sea de ejecución instantánea o de ejecución duradera y dentro de éstos de ejecución continuada o a tractos. Así, la de dar las doce monedas es restituible y de ejecución a tractos sucesivos; supóngase que el proveedor entrega sólo cuatro; entonces, como es a tractos tendría que mantenerse lo hecho, el proveedor mantendría la suma proporcional (o podría exigirla si no había sido pagada) y el numismático tendría que soportar la recepción de sólo cuatro, en circunstancias que podría ser inútil para él como coleccionista<sup>79</sup>.

### *B) La situación en el Derecho chileno*

Lo primero que debe advertirse es que entre nosotros los efectos de la resolución por incumplimiento carecen de un tratamiento autónomo; no hay reglas especiales para ella (salvo unas escasas normas específicas dispersas, como las del pacto comisorio en la compraventa). Sobre la base de que el precepto fundamental (el citado art. 1489) aparece inserto en el título de las obligaciones condicionales, se ha tenido entendido que los efectos de la resolución por incumplimiento se rigen por los efectos de ese título, es decir, por las normas que regulan el efecto resolutorio de la condición una vez cumplida<sup>80</sup>.

Ubicados en el efecto resolutorio de la condición, por el contenido de varias reglas que versan sobre el punto la doctrina nacional ha desprendido que el código no enuncia un principio general sobre la retroactividad, sino que sólo regula efectos específicos. Y en esa regulación específica, algunos efectos se imponen con retroactividad y otros no. Así, permanece la interrogante sobre una solución general para situaciones no previstas; y parece prevalecer

<sup>79</sup> El Código Civil alemán ahora consagra una regla especial para los contratos de ejecución duradera, en los que se permite la "denuncia", sin observar un plazo, por un "motivo relevante", teniendo en cuenta las circunstancias del caso y con ponderación de los intereses de ambas partes (art. 314).

<sup>80</sup> No conocemos una proposición en la que formalmente se postule que, aparte de la regla del art. 1489, en la materia de resolución de contrato por incumplimiento hay vacío legal, postulándose que las reglas de las obligaciones condicionales, entre ellas las de los arts. 1490 y 1491, están dadas para la resolución por obra de la condición, y no para la resolución de contrato, por mucho que la regla básica esté en ese título.

la conclusión de la retroactividad (sobre todo porque es bastante cercana a un enunciado de retroactividad la regla del art. 1487, que ordena la restitución de lo que se hubiere recibido)<sup>81</sup>.

Por cierto, si en una futura reforma se separa –como es de esperar– la regulación de la resolución de la de las condiciones, aprovechando la experiencia del Derecho comparado, parece conveniente evaluar la posibilidad de imponer efectos sin retroactividad para la parte del contrato que se alcanzó a cumplir en cuanto sea útil, adoptándose provisiones que eviten enriquecimiento injustificado (conforme a lo dicho).

### *Los efectos entre las partes*

Según aquellas reglas (de las obligaciones condicionales), debe distinguirse si las obligaciones estaban o no cumplidas.

Si las obligaciones no están cumplidas, se extinguen; la resolución funciona entonces como modo de extinguir las obligaciones (contemplada en el art. 1567)<sup>82</sup>.

Si estaban cumplidas cobran aplicación las reglas de los arts. 1487 y 1488 (y en algunos efectos se procede con y en otros sin retroactividad).

<sup>81</sup> Por nuestra parte, estimamos oportuna aquí una advertencia sobre una distinción que el código no consideró y en la cual la doctrina chilena no ha reparado mayormente. En las condiciones hay una dualidad de situaciones influyente en la definición de los efectos (ajena a la resolución del contrato por incumplimiento): la condición en los contratos puede imponerse para el nacimiento del acto mismo o sólo para el surgimiento de los efectos o de un efecto determinado. Esa diferencia es fundamental para regular la retroactividad de los efectos resolutorios cuando la condición se cumple, porque: si la condición se ha impuesto para el nacimiento del acto (salvo un artificio legislativo o convencional), la retroactividad nada tiene que hacer pues el acto nace recién ahora; en cambio, si la condición se impone a los efectos (o a uno determinado) de un acto que al imponerse la condición ya se tiene por celebrado, entonces sí es admisible la controversia (o duda), y más bien se impone la retroactividad. Esa dualidad de situaciones es ajena a la resolución del contrato por incumplimiento (y ya hay aquí una suficiente justificación para un tratamiento separado).

<sup>82</sup> “Por el evento de la condición resolutoria”. Como puede verse, la doctrina nacional (que siempre ha citado esta norma) debe apoyarse una vez más (aunque nos pese) en las normas de las obligaciones condicionales para concluir en la extinción. Y es que no hay más. Cuando se regule la resolución con autonomía convendrá dedicarle una norma propia (como lo hacen el Código Civil holandés, art. 6:271; la Convención de Viena (art. 81); los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9:305-1); los Principios Unidroit (art. 7.3.5-1); el Anteproyecto Español de Modernización... (art. 1202). En el Código Civil alemán no se impone expresamente, pero es deducido por la doctrina, por ser evidente (así Zimmermann, Reinhard. Ob. cit. p. 73, nota 188).

### *Los efectos respecto de los terceros*

En el plano doctrinario, frente a la antigua tendencia totalitaria de los efectos de la resolución (tanto entre los contratantes como respecto de terceros), surge la razonable limitación de la vigencia de esos efectos respecto de terceros fundada en la necesidad de proteger el tráfico (y, en definitiva, el crédito).

Emplazados en esa posición, la protección al tráfico mediante la apariencia encuentra en la resolución por incumplimiento una situación típica en la que esta doctrina recibe amplia aplicación y exhibe sus beneficios. Conforme a ella, los terceros que se guían por lo que observan, por lo que aparece como real, estando de buena fe, deben ser protegidos por el Derecho.

Con esta directriz, declarada la resolución, los terceros que de buena fe adquirieron derechos derivados del contratante que ahora debe restituir, los mantienen; de ese modo, no se cumplirá el tradicional adagio “resuelto el derecho del causante se resuelve el derecho del causahabiente”.

Pero debemos añadir que, conforme lo postula la mencionada doctrina, para ser protegido el tercero debe cumplir con un segundo requisito: que su adquisición haya sido a título oneroso. Es cierto que se han alzado voces en contra de esta exigencia y se ha llegado a postular que los adquirentes a título gratuito deben ser también incluidos. Sin embargo, sobre la base de otro postulado: “debe preferirse al que lucha por evitar un daño en lugar del que lucha por mantener un lucro”, en la mayoría de las codificaciones del S. XX predomina la conclusión de proteger sólo a los terceros de buena fe que sean adquirentes onerosos<sup>83</sup>.

Y debe agregarse que, como efectivamente lo propone buena parte de las codificaciones del S. XX, tratándose de bienes registrables (no sólo de inmuebles), la referencia a la buena fe se sustituye por la objetiva constancia en el Registro, de la resolubilidad del derecho respectivo.

En el Derecho nacional, avocándose al tema de las condiciones, el código trata el efecto de la resolución respecto de los terceros presidido por la protección a la buena fe.

Prescindiendo aquí de esa bien agitada y mortificante discusión sobre el alcance de los arts. 1490 y 1491, lo cierto es que, como principio general, los terceros de buena fe están protegidos de los efectos de la resolución.

<sup>83</sup> V. al respecto el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1998, antes citado. Para la protección del tráfico mediante la apariencia en general, puede verse Peñailillo Arévalo, Daniel: “La Protección a la Apariencia en el Derecho Civil”. En *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2002. T. II, p. 389 y sgts.

Pero nos surgen algunas observaciones:

1°. Quedan protegidos los terceros de buena fe sin importar el título de su adquisición; es decir, incluso los adquirentes a título gratuito. Partidarios nosotros de la protección al tráfico en base a la apariencia con las dos exigencias anotadas, estimamos que la protección es excesiva, y debería restringirse a los adquirentes de buena fe a título oneroso solamente.

2°. Los textos aprovechan el Registro para hacer oponible a los terceros los efectos de la resolución, pero restringida a los inmuebles. Parece conveniente utilizar la ventaja registral en todos los bienes sometidos a Registro; también en los muebles registrados.

3°. Si lo que un tercero adquirió fue un derecho real limitado, en doctrina lo procedente en su contra (reunidos los requisitos de oponibilidad) es una acción negatoria<sup>84</sup>.

4°. Con un espíritu extensivo, aunque –estimamos– impropio, la doctrina dominante ha ido calificando como sujetos de mala fe (con la consecuencia de hacerles oponibles los efectos de la resolución) a quienes se encuentran en ciertas situaciones en las que, estrictamente, no merecen esa calificación (sin perjuicio de que corresponda aplicar la oponibilidad de los efectos). Así, cuando el tercero adquiere el derecho sabiendo que era resoluble, o cuando adquiere ignorando la resolubilidad pero su ignorancia es inexcusable porque constaba en el Registro, suele expresarse que el tercero está de mala fe (y, por tanto, la resolución le es oponible).

Preferimos distinguir la asunción del riesgo y la negligencia, de la mala fe, aunque se les apliquen las mismas reglas.

Si un tercero adquiere un derecho estando enterado de que es resoluble (o porque lo comprobó en el Registro o porque lo supo por cualquier medio si no es registrable), si no obstante decide negociar no podría ser calificado de actuar de mala fe; simplemente ha asumido un riesgo.

Si un tercero adquiere un derecho registrado ignorando que es resoluble, pero constando la resolubilidad en el Registro de cuyo examen ha prescindido, no podría ser calificado de actuar de mala fe; sólo es un

<sup>84</sup> Como es sabido, entre nosotros la acción negatoria no ha tenido mayor desenvolvimiento. Aunque (para los derechos reales limitados) en los arts. 1490 y 1491 el código no lo dispone directamente, la doctrina nacional ha entendido que confiere acción reivindicatoria sea que el tercero haya adquirido la cosa o sólo un derecho real limitado sobre ella; en la reivindicación de un derecho real limitado la situación parece comprensible (sin perjuicio de que artificiosa) sólo concibiendo el dominio como una suma de atributos; superada esta noción por la del señorío indivisible, es la negatoria la que resulta propicia.

negligente. En definitiva, aunque a veces pueda estarlo, el adquirente generalmente no estará de mala fe.

Entonces, conviene distinguir las situaciones aunque conviene aplicarles las mismas reglas. En todo caso le serán oponibles los efectos de la resolución; o porque estaba de mala fe, o porque asumió el riesgo o porque fue negligente. En una futura reforma (en que habrá de regularse la resolución separadamente) no parece apropiado incluir a todos en el reproche de la mala fe. Desde luego por pureza conceptual, pero no sólo por eso; también por respeto a las personas conforme a las conductas que adoptan; y por las consecuencias que pueden posteriormente deducirse (por ej. a través de una supuesta reincidencia, que podría no ser tal).

### *C) La eficacia real o personal de la retroactividad de los efectos*

Cuando el contrato que se resuelve es de los que produce efectos jurídico-reales (en nuestro sistema, con la colaboración del modo de adquirir), se trata de determinar si la retroactividad de la resolución por incumplimiento tiene eficacia real o solamente obligatoria (personal).

El punto se concreta, escuetamente, en la disyuntiva de si, declarada la resolución: se produce una mutación (de la transferencia) inversa automática, o se requiere de una retransmisión o (así llamado) contra-negocio dispositivo<sup>85</sup>.

Sometiéndonos (en el Derecho chileno) a gobernar los efectos de la resolución por incumplimiento por las reglas de las obligaciones condicionales (mientras se mantenga el actual estatuto regulador), procede examinar lo que acontece en el efecto resolutorio al cumplirse la condición.

El código chileno parece adscribirse a la eficacia real (y no puramente personal) de la retroactividad de los efectos (respecto de los terceros, se entiende que sólo cuando se reúnen los presupuestos para que la resolución les afecte). Como entre nosotros el contrato –bien se sabe– tiene un efecto puramente personal (al menos como regla muy general), ahora resulta que su resolución tendría un efecto real.

Por otra parte, cuando se trata de la nulidad, deben tenerse en cuenta los arts. 1687 y 1689. Al menos el 1689 –para el efecto de la nulidad respecto de los terceros– es claro en disponer la eficacia real de la declaración

<sup>85</sup> La discusión doctrinaria (en la que –una vez más– la argumentación suele mezclar opiniones o raciocinios de opción teórica con deducciones de textos legales), puede verse en Álvarez Vigaray, Rafael. *Ob. cit.* p. 342 y sgts.

de nulidad (declarada en sentencia firme, la ley reconoce al enajenante, sin más, de pleno Derecho, acción reivindicatoria contra terceros poseedores; si le reconoce esa acción es porque, con la sola sentencia firme, lo vuelve a tener por dueño) y de las sentencias que se consignan en el art. 1687 en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, la generalidad parece entender que el efecto de la declaratoria de nulidad es real.

El art. 1487 dispone que cumplida la condición resolutoria “deberá restituirse lo que se hubiere recibido....” Podría entenderse que “deberá restituirse” traduce efecto obligacional (declarada la resolución nace sólo la obligación de restituir, pero el dominio continúa radicado en el adquirente hasta que efectúe la tradición (inversa) al primitivo enajenante. Pero estimamos que la orden que imparte el art. 1487 se refiere a la restitución material; jurídicamente la retransmisión se produjo de pleno Derecho<sup>86</sup>. Esta comprensión surge de relacionar esa regla con el art. 1490, que confiere (al restituido) acción reivindicatoria contra el tercero, lo cual supone que la retransmisión ya se produjo (automáticamente), o, si se prefiere, se entiende que la cosa nunca salió del patrimonio del acreedor<sup>87</sup> (el art. 1491, por su texto, no permite deducción clara a este respecto).

Se ha resuelto que en toda sentencia que declara la resolución de un contrato se incluye tácitamente la obligación legal ulterior de restituir<sup>88</sup>. Por sus expresiones, el fallo permite ser entendido en ambas direcciones: obligación de restituir jurídica y materialmente (porque el efecto de la resolución es sólo obligacional y se requiere la restitución en dominio, tradición inversa, y, por cierto, también material), u obligación de restituir sólo en el sentido material (porque el efecto de la resolución es real y la restitución del dominio es automática, de pleno Derecho).

Sobre todo tratándose de inmuebles, en la práctica habitualmente se procede como si se produjere el efecto real con automatismo, es decir,

<sup>86</sup> En una sentencia de 1927 se resolvió que ejecutoriada la sentencia que declaró resuelta una compraventa por no pago del precio, el dominio de la cosa vendida vuelve a poder del vendedor en virtud de la resolución declarada de ese contrato (*Gaceta de los Tribunales* de 1927, 2º sem., N° 87, p. 382 y *RDJT*, 25, secc. 1ª, p. 529).

<sup>87</sup> En el Proyecto del 41-45 (1842, tít. III, art. 13), para el actual art. 1487 (regulando los efectos de la resolución entre las partes) se disponía que “Cumplida la condición resolutoria expresa, el contrato por el solo efecto de ella se reputa no haber existido jamás, y cada una de las partes es obligada a restituir lo que hubiere recibido...” En los Proyectos siguientes se suprimió el término “expresa”, que no volvió a aparecer.

<sup>88</sup> *RDJ*, T. 80, secc. 2ª, p. 14.

entendiendo que la resolución declarada produce, de pleno Derecho, efecto real (aunque, por lo menos a veces, no se tenga conciencia de esa circunstancia). En efecto, luego de la sentencia resolutoria (que así lo ordena, y lo ordena porque –se supone– le fue pedido), en el Registro no se practica una inscripción-tradición inversa (como lo impone un efecto puramente obligacional), sino una simple subinscripción cancelatoria de la inscripción del adquirente, con la cual –suele decirse– revive la del contratante que había enajenado (y en cuanto a la posesión inscrita la situación no merece objeciones: su cesación tiene lugar mediante cancelación de la inscripción a través de la subinscripción, debido a la orden impartida en la sentencia, ajustándose el procedimiento a lo dispuesto en el art. 728 del código)<sup>89</sup>.

Llegado el día en que la resolución por incumplimiento entre nosotros se regule autónomamente (separadamente de las condiciones), estimamos que la solución debería mantenerse; pero convendría expresarla (sólo que, si se trata de restituciones parciales debido a que hay efectos que podrían conservarse siguiendo los actuales postulados doctrinarios de la resolución, entonces habría que desprender –si la norma no lo expresare por innecesario– que la retransmisión automática quedaría restringida a los casos en que hay restitución).

## 7. RUPTURA ANTICIPADA Y SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO

### A) Introducción

En el examen comparado de la resolución parece conveniente referirse a estas dos situaciones que se han venido desarrollando con bastante frecuencia; primero como proposiciones doctrinarias que luego han estado siendo acogidas en diversas legislaciones y Derecho uniforme. Se han adoptado con matices y también han surgido objeciones.

<sup>89</sup> El tema no debe confundirse con la naturaleza real o personal de la acción resolutoria; la acción resolutoria (herramienta procesal para resolver el contrato) es personal, se dirige contra el otro contratante; y si bien la resolución puede afectar a terceros, eso es consecuencia de la retroactividad (allí donde es impuesta). Por lo mismo, cuando debido a la retroactividad la resolución afecta a terceros, en su contra no se ejercerá la acción resolutoria. Si se decide que la resolución produce sólo efecto personal (sólo obligacional), contra el tercero la acción será una simplemente restitutoria, con base en las normas que imponen la retroactividad de la resolución y en la precisa norma que impone la afectación a terceros. Si se decide que la resolución produce efecto real (automático, de pleno Derecho), contra el tercero la acción precedente será la reivindicatoria. Y como entre nosotros el art. 1490 dispone contra el tercero la reivindicatoria (por cierto no ordena que contra el tercero haya de intentarse una “acción resolutoria”), ese texto puede emplearse como un argumento (decisivo) para concluir que en el código chileno la resolución produce un efecto real (automático).

### *B) La ruptura anticipada*

Es una facultad conferida al acreedor para pedir la resolución del contrato antes de ser exigible la prestación, cuando por sus expresiones o su conducta el deudor manifiesta que no cumplirá (procede del Derecho anglosajón, en donde es conocida como ‘anticipatory breach’)<sup>90</sup>.

Ante esa declaración o comportamiento, sin esperar a que la prestación sea exigible, el acreedor puede resolver (y demandar indemnización). Suele entenderse que el deudor ha repudiado la prestación; y, en ocasiones, es útil al deudor, en cuanto puede detener la acumulación de perjuicios.

Es exigible que el incumplimiento que se percibe ha de ser esencial; y habitualmente se impone que se confiera al deudor un último plazo (que la norma fija o, al menos, pide que sea “razonable” considerando las circunstancias) para cumplir o para que garantice el cumplimiento, de modo que si transcurre sin que cumpla o garantice, el acreedor resuelve.

Tiene algunas restricciones; sobre todo en ese sentido en el Derecho inglés ha sufrido importante evolución; y en el Derecho norteamericano hay algunas diferencias de tratamiento entre diversos estados<sup>91</sup>.

Desde comienzos del S. XX se ha esparcido notablemente (incluso extendiéndose su aplicación más allá de la situación del repudio a la prestación manifestado por el deudor). Algunos textos son los siguientes.

El Código Federal suizo de las Obligaciones (art. 83 inc. 2º, que la consagra cuando al acreedor no se le proporciona la garantía a que se refiere el inc. anterior, es decir, la que pidió al suspender su prestación por el peligro de incumplimiento debido a la insolvencia; aquí entonces la ‘anticipatory breach’ se refiere sólo a la insolvencia y no más ampliamente cuando se observa que el deudor no cumplirá o más aún se rehúsa, como se consigna en textos posteriores).

La Convención de Viena (art. 72; el contrato se puede resolver anticipadamente siendo “patente” que habrá incumplimiento esencial, con notificación previa para que en plazo razonable el deudor dé seguridades; aun sin esa exigencia, si el deudor ha manifestado que no cumplirá).

Los Principios Unidroit (art. 7.3.3; el acreedor puede resolver anticipadamente siendo “patente” que habrá incumplimiento esencial).

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9.304; si resulta “evidente” que existirá incumplimiento).

<sup>90</sup> La decisión *Hochster v. La Tour*, de 1853, suele ser mencionada como la primera que la acoge (Farnsworth, Allan. Ob. cit. p. 925).

<sup>91</sup> V. *Restatement (Second) of Contracts*, 251.

El Anteproyecto Español de Modernización... (art. 1200; puede resolverse el contrato si hay “riesgo patente de incumplimiento esencial”, cuando el deudor no cumple o garantiza el cumplimiento en un plazo razonable fijado por el acreedor; y no es necesario darle plazo “si el deudor ha declarado que no cumplirá”)<sup>92</sup>.

El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1987 (art. 1204 N° 3, final, que para emplearla pide certeza de que el deudor no cumplirá)<sup>93</sup>.

No obstante su éxito, también han sido advertidos sus peligros, por los que, exhibiendo notorios beneficios, conviene acogerla con mesura<sup>94</sup>.

Entre nosotros la situación nos evoca el art. 1496.

Si caduca el plazo, como se hace exigible la obligación ¿puede pedirse la resolución? En términos generales podríamos decir que sí, porque la obligación está exigible y, entonces, si el deudor no cumple, nace la opción de cumplimiento o resolución. Sólo que podría objetarse la opción resolutoria porque el texto dispone que “el *pago* de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo...” (el subrayado es nuestro), de donde podría extraerse que en esa situación sólo podría pedirse el (pago) cumplimiento, no la resolución (con todo, la objeción no parece suficiente para excluirla).

Pero aunque concluyamos que se puede pedir la resolución, no se trata de un exacto equivalente, porque aquí la obligación ya está (se ha tornado) exigible, y la ‘anticipatory breach’ implica, como se dijo, una ruptura anticipada del contrato (cuando la obligación aún no es exigible)<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> V. también el art. 1201, que impone al acreedor manifestar decisión ante el ofrecimiento tardío del deudor.

<sup>93</sup> También el Derecho alemán después de la Reforma de 2002 (art. 323; para pedir indemnización, art. 281); v. Zimmermann, Reinhard, Ob. cit. p. 75; ahí parece decir que ahora está muy claro que está admitida (con los textos que cita); aunque antes ya se había aceptado en la doctrina y la casuística (con textos que también cita).

<sup>94</sup> Siendo el incumplimiento una proyección de la situación actual, difícilmente puede haber conveniente certeza; factores como el interés del acreedor en desvincularse y la presión del deber de mitigar el daño, pueden distorsionar el real pronóstico sobre el incumplimiento (v. al respecto, Genicon, Thomas, Ob. cit. p. 233 y sgts.).

<sup>95</sup> Más antecedentes pueden verse en Clemente Meoro, Mario, Ob. cit. p. 424 y sgts. y en la bibliografía ahí citada, con casos. Ciertamente, es tratada en la generalidad de los textos sobre contratos en el Common Law; por ej. en Atiyah, P. S. and Smith, Stephen, Ob. cit. p. 201 y sgts.

*C) La suspensión de la prestación por la aprehensión fundada de incumplimiento de la contraprestación*

Cuando por hechos posteriores a la celebración del contrato llega a surgir peligro de que una parte no podrá cumplir, suele conferirse a la contraparte la facultad de suspender el cumplimiento de la suya hasta que aquella cumpla o garantice el cumplimiento.

La exigencia de que se trate de acontecimientos que surjan con posterioridad se justifica en cuanto si existían al tiempo de la celebración habrá que entender que el acreedor asumió el respectivo riesgo.

Las expresiones sobre la situación del deudor que genera en el acreedor la facultad de suspensión varía en las legislaciones: que surja el “peligro” de incumplimiento, que sea “dudoso” que cumplirá, que sea “patente” que dejará de cumplir, etc.; asimismo, suele pedirse que se haya generado “insolvencia”<sup>96</sup>.

Al igual que la ruptura anticipada, esta facultad también ha sido frecuentemente acogida en los textos y proyectos de las últimas décadas; algunos son los siguientes:

El Código Federal suizo de las Obligaciones (art. 83 inc. 1º) cuando la prestación está “en peligro” por “insolvencia”.

El Código Civil italiano (art. 1461; dispone que cada parte podrá suspender la ejecución de su prestación si las condiciones patrimoniales del otro llegasen a ser tales que pongan en peligro evidente la consecución de la contraprestación, salvo que preste garantía suficiente).

El Código Civil boliviano (art. 576; cada parte puede suspender su cumplimiento cuando las condiciones patrimoniales de la otra “ponen en peligro de no cumplir su prestación, a menos que se garantice el cumplimiento, siguiendo aquí ostensiblemente al código italiano).

El Código Civil peruano (art. 1427; cuando sobreviene el “riesgo” de que la otra no pueda cumplir, el acreedor puede suspender hasta que cumpla o garantice, a semejanza de los códigos boliviano e italiano).

<sup>96</sup> Por cierto, no excluye necesariamente otras opciones del acreedor; podría funcionar con el cumplimiento (exige el cumplimiento y mientras el deudor no cumpla suspende la ejecución de su prestación) o con la resolución (el acreedor suspende su prestación y si, transcurrido cierto plazo se mantiene el incumplimiento, puede resolver)(así Fenoy Picón, Nieves: “La Modernización del Régimen del Incumplimiento del Contrato: Propuestas de la Comisión General de la Codificación. Parte Segunda: Los Remedios del Incumplimiento”. En *Anuario de Derecho Civil*, 2011. Madrid, 2012, p. 1493). Se estima también que debe mantenerse una proporcionalidad entre la suspensión de la propia prestación y la gravedad del incumplimiento del otro contratante; debe mantenerse el comportamiento de buena fe.

El Código Civil paraguayo (art. 720; una parte puede negarse a cumplir su obligación hasta que la otra cumpla o dé garantías, si después del contrato le surge a la otra una disminución del patrimonio que comprometa o torne dudoso que podrá cumplir).

El Código Civil holandés dispone que si una parte no ejecuta su prestación, la otra puede suspender su obligación correlativa (art. 6:262; se está refiriendo a prestaciones simultáneas, lo cual queda claro por lo que dispone el art. siguiente); y luego dispone que si una de las partes tiene que cumplir primero, puede suspender la ejecución si tiene buenas razones (le asiste el temor) surgidas con posterioridad al contrato, para estimar que no le será ejecutada la recíproca (art. 6:262 inc. 1°); si hay buenas razones para temer que la ejecución será parcial o inadecuada, la suspensión es permitida sólo en la medida en que lo justifique ese cumplimiento defectuoso (art. 6:262 inc. 2°).

El Código Civil brasileño (art. 477; si después del contrato disminuye el patrimonio de una parte, que “compromete” o “torna dudosa” la ejecución de la prestación, puede la otra parte suspender el cumplimiento de la suya hasta que la primera cumpla o garantice).

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 9:201; puede suspenderse en cumplimientos simultáneos o, si son sucesivos, puede suspender el que debe cumplir primero; también puede suspender cuando “resulte evidente que existirá incumplimiento”; es decir, la suspensión se confiere como alternativa de la ‘anticipatory breach’ del art. 9:304).

El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1987 (art. 1204; en caso de “imposibilidad temporaria de cumplir” se puede suspender; pero antes se había dispuesto que si hay “motivos graves” que hagan “dudar” de su cumplimiento, se puede suspender hasta que se asegure el cumplimiento, art. 1201 inc. final). Y el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1998 (art. 992, en términos semejantes, algo más amplios)<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> Aquí no se trata el incumplimiento propiamente. Sin embargo, es útil consignar al menos un alcance básico sobre el específico tema del *peso de la prueba del incumplimiento*.

Se trata de definir quién prueba qué ¿Es el acreedor quien debe probar que el deudor incumplió o es el deudor quien debe probar que cumplió?

En la doctrina extranjera se han ofrecido diversas soluciones (y –como suele ocurrir– la respuesta está vinculada a los textos del ordenamiento del respectivo comentarista).

Es frecuente que se distinga entre obligaciones de medio y de resultado; y con esa distinción se postula que en las de *resultado* es el deudor quien debe probar que cumplió (que proporcionó el resultado prometido); y que en las de *medio* es el acreedor quien debe probar que el deudor

## 8. CONCLUSIONES Y PROPOSICIÓN DE REFORMA

Con lo expuesto quedan de manifiesto algunos defectos de nuestros textos, que conviene enmendar; en el método y en el contenido.

Formalmente, las normas están dispersas y alejadas de su sede natural. En la sustancia, son incompletas, algunas con contenido insatisfactorio, y otras oscuras.

Así, el trabajo doctrinario es indispensable; esa labor parece ya haberse iniciado y debe ser continuada en esa dirección.

Por nuestra parte, estimamos las siguientes como algunas bases de una reforma:

a. Ante el incumplimiento contractual debe configurarse, clara y coherentemente, el cuadro de instrumentos, entre los que surge la opción resolutoria, que el ordenamiento ofrece al acreedor; principalmente: cumplimiento por equivalencia, resolución, indemnización, ruptura anticipada, suspensión, *commodum repraesentationis*, incluso excepción de

---

incumplió, es decir, que no ejecutó la prestación, con la diligencia debida.

Pero entre nosotros debe advertirse que disponemos de una regla central al respecto: el art. 1698. Conforme a ella, el que alega la existencia de la obligación debe probarla; probado que la obligación existe, el que alega que ha sido extinguida (y, por tanto, que existió, pero ya no existe) debe probar esa extinción.

Así, estimamos que en Chile no procede distinguir clases de obligaciones (salvo norma legal especial en contrario para alguna materia). Y, específicamente, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, útil para otros efectos, carece de influencia aquí en la distribución del peso de la prueba.

Entonces, sea la obligación de medio o de resultado, probada la existencia de la obligación (por el acreedor), es el deudor el que debe probar que se extinguió. Si alega que la extinguió por el cumplimiento (pago), debe probarlo (debe asimismo tenerse presente que, conforme a nuestros textos –específicamente, conforme al art. 1567– entre nosotros el pago, la prestación de lo debido, está calificado de un modo de extinguir las obligaciones).

En suma, con base en los arts. 1698 y 1567, entre nosotros *es el deudor* quien –sin distinciones– debe probar que cumplió, y no es el acreedor quien deba probar que la obligación está incumplida.

Puede también añadirse una regla especial para la prueba de la culpa-diligencia, que tiene importancia para las obligaciones de medio; el art. 1547. Esa regla no colisiona sino refuerza la conclusión antes dicha. Ese texto dispone que, en la dualidad culpa-diligencia, el que alega la diligencia debe probarla; es decir, la culpa se presume. Entonces, como en las obligaciones de medio la culpa integra la prestación, la conclusión probatoria se mantiene: el deudor debe probar que cumplió, por el art. 1698, y, en el específico punto de la diligencia –integrante de la prestación de medio– debe probarla por imperio específico del 1547 (todo esto dejando a salvo la posibilidad de entrar a distinguir categorías de culpa, para excluir de esa regla probatoria a alguna especie).

---

contrato no cumplido y reglas del riesgo (distinguiéndose entre obligaciones de dar, hacer y no hacer) (y sin perjuicio de otros, aptos para ciertos contratos).

b. Para la resolución por incumplimiento contractual deben organizarse los textos en un régimen coherente, ubicado en el Título de los efectos de las obligaciones, superándose definitivamente –como se procede generalizadamente en el Derecho comparado– la inclusión en el título de las obligaciones condicionales, sin perjuicio de que se mantengan las normas actuales para la resolución por el cumplimiento de una condición (que actualmente llamamos “ordinaria”).

No se justifica un tratamiento de la resolución por incumplimiento con una norma básica inserta en el capítulo de las obligaciones condicionales y sus principales efectos asimilados a los de la condición ordinaria (con perturbadoras consecuencias, como la de aplicar a la resolución por incumplimiento las reglas sobre retroactividad del efecto resolutorio de las condiciones), ni una regulación del pacto comisorio separado de aquella norma básica y, menos aún, implantada en un determinado contrato (la compraventa).

c. Salvo que se consigne como principio general para todo el Derecho civil o para toda la contratación, conviene declarar que todo el proceso de resolución por incumplimiento debe estar presidido por la buena fe entre los contratantes. Y, sin que sea necesario expresarlo, la regulación debe inspirarse en una composición equilibrada entre la necesidad de preservar el contrato como instrumento de intercambio económico que conviene cumpla su función, y la tutela del crédito como instrumento del acreedor para satisfacer una específica necesidad y que, si se frustra, debe quedar en condiciones de acudir pronto al mercado en busca del sustituto (o dar otro destino a sus recursos).

d. Debe incorporarse expresamente la necesidad de calificar el incumplimiento para estimarlo capaz de generar la opción resolutoria; y, por cierto, ha de ser uno que llamaremos –provisionalmente– esencial.

En la evaluación de la gravedad del incumplimiento (para su calificación como esencial), que al fin queda entregada a la prudencia del tribunal con las variadas características del caso, debe considerarse el interés del acreedor (lo que razonablemente puede esperar del respectivo contrato); ese interés está determinado por la naturaleza del contrato y la función que cumple; y si el acreedor pretende que en la específica relación ese interés es uno particular, ha de ser conocido por el deudor al tiempo de contratar.

e. Para el ejercicio de la facultad resolutoria parece conveniente incorporar, en ciertas circunstancias o para ciertos ámbitos (por ej. en la contratación mercantil) la forma de resolución unilateral extrajudicial notificada al deudor, con un plazo conminatorio, razonable según las circunstancias, de última oportunidad (salvo situaciones en las que podría prescindirse del plazo), confiriendo al deudor la posibilidad de acudir al Tribunal reclamando de la improcedencia de la resolución; y dejando siempre al acreedor la posibilidad de demandar la resolución judicialmente si lo prefiere, debiendo precisarse cuándo se tendrá por resuelto el contrato, si la resolución es acogida. El impacto de esta incorporación en el objetivo de mejorar la protección de los intereses del acreedor al que se ha incumplido, debe ser evaluado considerando el efecto de otras necesarias medidas, como perfeccionar la regulación de los pactos comisorios y agilizar los procedimientos judiciales.

Tratándose de la resolución judicial, debe respetarse efectivamente la facultad del acreedor en términos de que si opta por la resolución, el deudor ya no podrá cumplir, aunque sí podrá durante el litigio oponer –si es del caso– la excepción de pago.

f. Establecer alternativas de pacto comisorio con diferencias respecto de la resolución sin pacto, que lo justifiquen, precisándose en cada una cuándo se producirá la resolución.

g. Conferir al acreedor las facultades de: pedir la resolución del contrato cuando, sin estar aún vencida la contraprestación, surge convicción de que habrá incumplimiento esencial, confiriéndose al deudor previamente un plazo para que garantice el cumplimiento, y aun sin esa exigencia cuando ha manifestado que no cumplirá; y de suspender la ejecución de su prestación si la contraria se encuentra en imposibilidad temporal o grave dificultad de ejecutar la suya, salvo garantía suficiente.

h. Regular el efecto de la resolución disponiendo una retroactividad moderada, que agreda el contrato lo menos posible, manteniendo lo ejecutado cuando sea útil y evitando un enriquecimiento injustificado, abordando los capítulos de las prestaciones (incluyendo la declaración de su extinción si no están cumplidas) y de los frutos, deterioros y mejoras (sin perjuicio de formular un cuadro coherente más amplio sobre restituciones en las varias situaciones en las que son procedentes).

i. Regular el efecto de la resolución respecto de terceros utilizando el Registro como elemento de distinción cuando proceda, distinguiéndose

entre bienes registrados y no registrados (más allá de su calificación como muebles o inmuebles), considerando a todos los derechos reales, en armonía con un régimen general de protección al tráfico mediante la apariencia, protegiendo sólo a las adquisiciones de terceros de buena fe a título oneroso, y distinguiendo escrupulosamente la mala fe de la asunción de riesgo y de la negligencia, aunque aplicándoles un tratamiento equivalente.