

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN


REPRESENTANTES DE LAS FACULTADES DE DERECHO MIEMBROS DEL CONSORCIO:

- Prof. ENRIQUE BARRROS BOUIRE (Universidad de Chile)
- Prof. CARMELEN DOMÍNGUEZ HIDALGO (Pontificia Universidad Católica de Chile)
- Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUIA (Universidad de Concepción)
- Prof. ALVARO VIDAL OLIVARES (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)
- Prof. JUAN ANDRÉS VARGAS BRAUN (Universidad Austral de Chile)
- Prof. HERNÁN CORRAL TALCIANI (Universidad de los Andes)
- Prof. CARLOS PIZARRO WILSON (Universidad Diego Portales)
- Prof. FABRIÁN EL ORRIAGA DE BONIS (Universidad Adolfo Ibáñez)

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL V

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
CONCEPCIÓN, 2009

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
(COORDINADOR)

 **Abeledo Perrot**[®]
Legal Publishing[®]

COMISIÓN ORGANIZADORA
VII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

PRESIDENTE VII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Prof. Ramón Domínguez Acuña

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Prof. Carlos Álvarez Núñez

DIRECTOR EJECUTIVO

VII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Prof. José Luis Díez Salwerter

SECRETARIO VII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Prof. Manuel Barrera Paredes

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL V

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, CONCEPCIÓN 2009

© UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

2010 Ley de Publicación Chile • Mendoza 163, po. 10, Santiago, Chile • Teléfono: (60 700 900) • www.udp.cl/publicaciones

Registro de Propiedad Intelectual Nº 993.171 • I.S.B.N. 978-99-70-248-909-9

1ª Edición 2010 Ley de Publicación Chile

Foto: Fotogramías

Coordinación: San Francisco 130, Santiago

RAMÓN VÁSQUEZ / SANTIAGO CHILE



ADMINISTRATIVA

La Ley N° 17.909 sobre el Impuesto de Adicional a los Impuestos que no es susceptible de ser pagado, dispuso que, en la medida que la autorización especial de los miembros de la institución de enseñanza superior, se otorga a la Universidad de Concepción, en el presente caso, para que se permita la publicación de los estudios de derecho.

razones de incentivos, se permite la repercusión en casos de extrema gravedad. Eso sí, al igual que el caso del Código, resultaría difícil admitir la repercusión por el total, si aun en aplicación del artículo 38 de la *Ley del Huger*, se condena solidariamente citando el artículo 2317 del Código Civil.

La llamada *Ley del Huger* es muestra de una política legislativa que se enmarca en el contexto de un sistema jurídico que afirma el principio de responsabilidad del Estado y que, en consecuencia, renuncia a que la Administración médico-sanitaria pueda, salvo casos de extrema gravedad, demandar a sus propios empleados. Y esto, lejos de ser un desincentivo a la diligencia funcionaria, como a primera vista pudiera pensarse, supone trasladar la responsabilidad sobre la gestión del sistema a la organización disciplinaria de la función pública, lo que sin duda es un desafío enorme, sobre todo, para los servicios de Salud descentralizados que deben velar por su propio patrimonio.

En el contexto descrito es que no se comprende el criterio de la Corte Suprema al validar acciones de auto ejecución, sin que se guarden las mínimas garantías que se suponen resguardadas en un Estado Democrático de Derecho. Que duda cabe, de que una interpretación como la sostenida por la Corte resulta extremadamente eficiente desde el punto de vista económico para la Administración del Estado, pero quizás el costo en la moral de la función pública bien merezca un sacrificio de las arcas fiscales.

Como ya se expresó, una solución coherente y sistemática sería salvaguardar la posibilidad de que el contratador pueda ordenar el descuento directo de la remuneración del funcionario, una vez que a este último se le haya probado imprudencia temeraria o dolo en un juicio civil declarativo posterior. En el juicio en que como manda el artículo 38 de la *Ley del Huger* "se ejerce la acción de repetición".

PROCESO DE LA IMPUNIZACION DE PERJUICIOS EN LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO

Juan Ignacio Comarido González¹

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA

La doctrina chilena que ha tratado del tema relativo a los incumplimientos recíprocos no está concisa en torno a la relación existente entre éstos, la aplicación de la resolución por incumplimiento y la denominada excepción de contrato no cumplido a este tipo de supuestos.

Dos grandes grupos de ideas es posible encontrar. Básicamente, algunos estiman que el incumplimiento recíproco no da lugar a la resolución del contrato permitiendo la mantención de la relación obligatoria vigente en el tiempo, y otros estiman que es procedente la resolución pero sin indemnización de perjuicios, ya que ninguna de las partes se concentraría en mora de cumplir por su parte lo pactado. Nuestros tribunales han tendido a aceptar la primera de las opiniones enunciadas, pero unos pocos fallos han dado lugar a la segunda.

Tomaremos como base del siguiente trabajo la segunda de las posturas, esto es, pensamos que hay lugar a la resolución del contrato *sin indemnización* de perjuicios, por regla general. Nuestra hipótesis de trabajo consiste en sostener que a pesar de esta regla general, que intentaremos reforzar, existe un supuesto especial de incumplimiento recíproco: aquel derivado de obligaciones contractuales estrechamente interdependientes, que eventualmente podría generar indemnización de perjuicios.

II. LA MORA COMO EVENTUAL REQUISITO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Alguna doctrina nacional estima que la mora del deudor es un requisito para que tenga lugar la resolución por incumplimiento, pero no todos los autores le otorgan tal carácter. Se ha señalado, para aceptarla como requisito de la resolución por incumplimiento, que mora y exigibilidad normalmente coinciden, que el artículo 1873, a propósito de la condición resolutoria tácita por no pago del precio, lo exige

¹ Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes.

expresamente, y que el artículo 1489 lo exigiría indirectamente porque la constitución en mora es previa a pedir la indemnización de perjuicios¹.

Hay autores que repugnan tal conclusión. Se dice que puede haber resolución sin perjuicios o que éstos no se deben porque ha intervenido un caso fortuito; el artículo 1489 no exige la mora, y en cuanto al artículo 1873 sería una norma especial en la compraventa, no extensible a más casos por analogía². También, se ha señalado que la mora no es un requisito de la resolución por incumplimiento sino sólo de la indemnización de perjuicios, puesto que si ha existido cumplimiento *habría* cabría la indemnización de perjuicios moratoria *sin resolución*³.

Nuestra opinión es que, legalmente, no es un requisito. Ello, porque la ley efectivamente no lo exige en el artículo 1489 y, a nuestro entender, la exigencia del artículo 1873 se fundaría en que el pago del precio en la compraventa normalmente está supeditado a la llegada de un plazo, y en ese momento se constituiría el deudor en mora (la ley alude al "tiempo dicho", que indica necesariamente plazo)⁴.

Pero no es menos cierto que la notificación legal de la demanda de resolución de contratos e indemnización de perjuicios en sí misma constituye en mora al deudor cuando no ha existido interpretación contractual ni expresa ni tácita (artículo 1551 N° 3). Además, en el pacto comisorio calificado, la notificación legal de la demanda constituye una verdadera interpelación de pago, ya que la misma ley permite el pago dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación legal de la demanda.

No obstante lo anterior, hoy parece no discutirse que la constitución en mora del deudor es un requisito de la indemnización de los perjuicios, tanto compensatorios como moratorios, salvo en las obligaciones de no hacer donde basta con el mero incumplimiento (artículo 1557)⁵.

¹ CLARO SOLAR, L., *Explanaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Imprenta Nascimento) T. X, p. 184; PÉREZ LAURET, F., *Derecho Civil* (Santiago, Imprenta y Litografía Universa, 1959), T. IV, p. 133; MEZA BARRIOS, R., *De las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1974), pp. 74-75, ímplicitamente; BARRIOS ENCARNACIÓN, A., *Derecho Civil* (Santiago, Editorial Nascimento, 1932), v. 2, p. 135.

² Así, algunos no la exigen como requisito de procedencia. VÉLIZ, por ejemplo, dentro de los tratadistas de la comedia general de las obligaciones. ABEJÓN MANSUEVICH, R., *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), T. I, p. 465; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. - SOMARRIVA USQUEREA, M. - VOYATNIKOFF HALLER, A., *Tratado de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), T. I, p. 269; PÉREZ LAURET, F., *Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 392-419; RAMOS PÁZOS, R., *De las obligaciones* (LexisNexis, Santiago de Chile, 2004), p. 163.

³ ABEJÓN DEJES, A., "Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, Fundación Fernando Huidobro Lanari, N° 6 (2006), p. 1.
⁴ Respecto del argumento que el cumplimiento tardío da lugar únicamente a la indemnización moratoria en resolución, discrepamos. La resolución no debe producirse, no porque no hay mora, sino porque hubo cumplimiento (se cumplió por una de las partes lo pactado) y aceptado por el contratante (aceptador de dicha obligación), de manera que con ello falla la hipótesis de hecho contenida en el artículo 1489 que permite la resolución del contrato.

⁵ Por todos, ABEJÓN MANSUEVICH, R., cit. (n. 2), T. II, p. 769.

III. INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS, EN EFECTOS DE CONTRATO SOLO APLICANDO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La discusión relativa a la necesidad de mora como requisito de la resolución del contrato y de la indemnización de perjuicios guarda importancia cuando existe incumplimiento recíproco, puesto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1552 del Código Civil, ninguno de los contratantes se encargaría en mora de cumplir por su parte lo pactado.

Una parte de la doctrina señala que no hay lugar a la resolución por incumplimiento (y obviamente no a la indemnización de perjuicios, dado el carácter de accesorio de la acción, para una parte importante de los autores y la jurisprudencia⁶), porque la mora es un requisito de la resolución por inejecución en sí misma⁷, el artículo 1552 es una norma que debe interpretarse armónicamente con el artículo 1489, y porque la promesa menor contenida en el artículo 1489 es que *una* de las partes no cumpla por su parte lo pactado, no ambas. Siguiendo esta corriente se produce un efecto suspensivo de las relaciones del contrato, porque el contrato no se extingue quedando ambas obligaciones pendientes. La mayoría de la jurisprudencia se pronuncia en igual sentido y la doctrina clásica.

Una paradigmática y comúnmente citada sentencia de 29 de julio de 1931 de la Corte Suprema, en un caso de incumplimiento recíproco de promesa bilateral, da lugar a la resolución del contrato, sin indemnización de perjuicios, aduciendo que hay laguna legal sobre el tema⁸. Recientemente, la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de 9 de diciembre de 2008, resolvió que ante el incumplimiento recíproco sí procede la resolución, pero sin la indemnización de perjuicios convenida anticipa-

⁶ La jurisprudencia reciente se pronuncia claramente sobre el particular. Véase *Jurisprudencia on-line*, Legallitshing, números identificadores 39756, 38402, 35743, 33997.

⁷ A. Echeverría Anguita cita a Claro Solar sobre el particular (Echeverría ASSATTA, A., *Resolución de contrato y excepción de pago*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 52, nota 49). Pero, tal como apunta PÉREZ LAURET, F., *De las obligaciones*, D. (cit. (n. 2), p. 415, nota 755), Claro Solar, en líneas posteriores, y tratando el tema del incumplimiento recíproco, señala que hay laguna legal y al juez le corresponde integrar. Peralillo es de la misma opinión (ibídem).

⁸ La sentencia fue publicada con comentario favorable de Arturo Alessandri Rodríguez, en *RDJ*, T. 28, secc. 14, p. 694; Manuel Somarriva U., criticando esta sentencia señala: "pero, ¿no podría observarse que el artículo 1489, al conceder la acción al contratante diligente, ímplicitamente se a niega a aquel que no ha cumplido con sus obligaciones?" (SOMARRIVA USQUEREA, M., *Las obligaciones y los contratos que la integran*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 15). Modernamente ha sido comentada por ALCARÁN RODRÍGUEZ, E., "Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Universidad Católica de Chile, vol. 31 N° 3 (2004), pp. 565-573; PÉREZ LAURET, F., *La excepción por incumplimiento contractual*, en *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis, 2005), p. 326; ROCHA EY PÉREZ, M. S., *El principio iudiciale debet servari in omnibus iudiciis* (D. 126, 14) en la resolución de un contrato de promesa por incumplimiento recíproco: una tentada jurisprudencial chilena, en *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, LexisNexis), pp. 33-35. En *RDJ*, T. 57, 2ª parte, secc. 14, pp. 275-276, considerándolo, so a 78, la Corte Suprema se pronuncia en sentido similar también con comentario de ROCHA EY PÉREZ, M. S., cit., pp. 35-36.

damente en una cláusula penal aduciendo alguna legal y que "la prudencia y la equidad indican, que es necesario dirimir la controversia y no dejar a las partes ligadas con un contrato *respecto del cual no desean perseverar*".⁹

Creemos que debe preferirse la opción que da lugar a la resolución *sin indemnización de perjuicios* por las siguientes razones:

a) La excepción de contrato no cumplido sólo puede enervar una pretensión de cumplimiento, no de resolución. Lo que busca únicamente es suspender la exigibilidad del contrato, mientras las partes decidan dar *cumplimiento* a sus respectivas obligaciones bilaterales. En el caso de la resolución de contrato, la excepción de incumplimiento contractual no tiene lugar porque no hay pretensión de cumplimiento. No se trata de decir "yo no cumpla si tú no cumples", porque acá se está solicitando la extinción del contrato por medio de la resolución, y no hay intención de cumplimiento. Por tanto, desde el punto de vista de las cadenas argumentarias de oposición entre demanda y excepción, ante estos supuestos nada puede impedirar la excepción de contrato no cumplido porque apunta a un objetivo totalmente distinto.

Una interpretación como ésta debe tomarse como base que el demandado no puede enervar la acción pagando durante el transcurso del juicio. Porque si se llegara a la solución contraria bastaría con dar principio de ejecución de la obligación ("se allana a cumplirlo") para enervar la pretensión resolutoria y hacer subsistir el contrato. Desde la tesis de Elgueta Aguirra en adelante¹⁰, varios autores han comentado favorablemente su obra que pone de manifiesto que la condición resolutoria no está a favor del contratante negligente sino del diligente¹¹. Desde este punto de vista, elegida la

⁹ *Jurispudencia online: LegallPublishing*, número identificador 39722 (*la opción o no es así*). El fallo no alude directamente al artículo 1552, y parece aludir a la voluntad expresa de las partes. Así configurada la excepción de incumplimiento contractual por el tribunal, parece dable el carácter de un remedio *extrajudicial* similar a una resciliación por voluntad implícita de incumplimiento. Mismos argumentos pueden encontrarse en fallo de la Corte Suprema de 4 de diciembre de 2003, *cita Almirante*, MJ/9382. Sin argumentos de fondo, la Corte Suprema confirma a través de una casación en la forma y sentencia de reemplazo una sentencia de primera instancia que sí los contenía, en *Jurispudencia online: LegallPublishing*, número identificador 41305. La misma opinión suscribe para el Derecho inglés, con fines de extracción del mantenimiento de la relación obligatoria, TATEL, G., *The Law of Contract* (London, Sweet & Maxwell, 1995), pp. 736-735.

¹⁰ ESCOBAR CÁDIZ, A., *Resolución...*, cit. (n. 7).

¹¹ PENSABLO ABEYARA, D., cit. (n. 2), pp. 417-418; RAYOS PÁZOS, R., cit. (n. 2), p. 174; GUAZ RIVERA, S., "Puede el deudor demandado enervar la acción resolutoria, pagando?", en *Revista de Derecho*, No. 12, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción (2004), pp. 118-126. Citado es con frecuencia Fernando FAYO LAYRA por su cambio de opinión desde su obra *Derecho Civil: Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* en que señala que: "La solución excesivamente recalcitra, más encierra un apago a la letra de un voto Cédulas Procesal, nos conduciría en muchos casos -tal vez la mayoría- a soluciones injustas y por tanto desafortunadas. Seguramente ocurrirnos en el ejercicio abusivo de los derechos por parte del deudor reterado...". "Masa en razón de la desvalorización de la moneda de pago, sino por otras muchas causas concurrentes en el caso concreto, la acción del tiempo, o bien deterioró la obligación de pago moroso, o en general, produjo un desequilibrio notable entre las obligaciones reciprocas, acaso no hizo que el interés del cumplido desapareciera por completo, y eso último no sólo en la hipótesis específica de obligación con plazo esencial. Además, dar la puerta abierta para un deudor -a veces de mala fe- pague en el transcurso del tiempo, a lo mejor cuando quiere y le conviene, es casi frecuentemente un ingenuidad. En dos palabras, repugna al Derecho" (PIERO LENCER, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 311-312).

pretensión resolutoria y notificada legalmente la demanda, ya no hay manera para que el contratante negligente pueda enervar la acción a través del pago, porque se encontraría bajo un estado de sumisión respecto de aquel que ha operado por la acción. Habría que pensar también, que tampoco podría suspenderse la resolución a través de la referida excepción¹².

Creemos que una interpretación como ésta diferencia claramente los alcances de la excepción de incumplimiento y la resolución por la misma causa: la primera sólo puede operar cuando lo que se solicita es el cumplimiento del contrato, manteniendo el sinalagma funcional que origina el contrato. En cambio, cuando se solicita la resolución del contrato lo que se busca es que relación bilateral se rompa y ya no podría hacerse subsistir el contrato. De acá es que ambos son remedios contractuales distintos, aunque unidos por la idea de incumplimiento en un contrato bilateral.

b) Se ha señalado que el artículo 1489 no se coloca en el caso de incumplimientos reciprocos, lo que no permitiría la resolución. En contra, se ha señalado que hay alguna legal, lo que permitiría integrar y buscar la resolución. Aunque, repetimos, somos partidarios que la excepción de contrato no cumplido no se aplica a casos de resolución por incitación, no creemos que exista tal alguna legal. Si bien el tenor del artículo 1489 se aplica en el caso de que *nada* de las partes del contrato no ha cumplido, no excluye expresamente la situación de que el que demanda también no haya dado por su parte cumplimiento al contrato. De hecho, a quien se ha demandado (no hablamos acá de contratante negligente porque ambos los son) podría también deducir por su parte la acción resolutoria, por ejemplo, a través de una demanda reconvenzional. Tampoco, nada impediría que quien ha sido demandado, eventualmente podría haber operado *antes* por el mismo camino judicial. Se trata, estimamos, de una cuestión de quien dirige *primero* la opción, ya que ante el incumplimiento bilateral ambos son igualmente libres para elegir cualquiera de las vías que la ley franquica en el artículo 1489. Por tanto, estimamos, no hay alguna legal sobre la materia, y por tanto no es necesario recurrir a soluciones en equidad para solucionar el caso. Basta con aplicar el artículo 1489 a cada una de las partes para dar lugar a la pretensión resolutoria de ambas.

c) La excepción de contrato no cumplido sólo puede enervar la acción indemnizatoria, pero ya no entendéndola en los términos de la letra anterior (como elemento que suspende el cumplimiento del contrato por el demandado), sino en su sentido estricto del artículo 1552 del Código Civil, como fuente que permite solamente evitar que al contratante que ha sido demandado se le considere en mora. Entendiéndose en este supuesto esta excepción, es posible enervar sólo la pretensión indemnizatoria¹³.

¹² De acá que la excepción de contrato no cumplido no exige para quien la alega allanamiento para cumplir, sino solamente exige el elemento objetivo del incumplimiento. CARRZ MORALES, M., *La "excepción non aliquid obmutato"* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), p. 115.

¹³ En el mismo sentido, ALVAREZ ROBERTO, E., cit. (n. 8), pp. 567-568.

IV. LOS APLICACIONES RECÍPROCOS DE OBLIGACIONES EQUIVALENTE INTERDEPENDIENTES

Imaginemos el siguiente caso. En un contrato de promesa bilateral de compraventa la parte promitente compradora se obliga a adelantar la mitad del precio de la compraventa definitiva, con el fin de que el vendedor pague a su acreedor hipotecario anticipadamente la deuda con miras a la entrega del inmueble libre de todo gravamen, fijándose un plazo para el adelanto del precio y otro posterior al de la compraventa definitiva. Llegado el plazo del adelanto del precio, el contratante que se encontraba obligado a ello no lo hace. Producto del incumplimiento, el promitente vendedor no puede cumplir con su obligación de entregar la propiedad libre de todo gravamen, y por otra parte, el acreedor hipotecario embarga el bien raíz inmueble por no pago del crédito. Se solicita la resolución del contrato de promesa, con indemnización de perjuicios por el promitente comprador ya que no se ha cumplido con la obligación de liberar el inmueble de hipotecas y gravámenes al tiempo prefijado para la suscripción del contrato definitivo de compraventa, y se exceptiona al promitente vendedor "de contrato no cumplido", porque no se adelantó el precio¹⁴. Incluso, demanda reconventionalmente resolución del contrato de promesa con indemnización de perjuicios¹⁵.

¿Que debe hacer el tribunal? Si se siguen los criterios expuestos anteriormente, el tribunal debería dar lugar a la resolución *sin* indemnización de perjuicios. Resultado: el promitente comprador queda *indemne* a pesar de haber incumplido *voluntariamente* una de sus obligaciones correspondientes en el contrato de promesa, y el promitente vendedor no tiene medios para evitar el renace de su inmueble, perdiéndolo.

Situaciones como ésta han hecho a la doctrina y jurisprudencia extranjera tomar tres criterios para afrontar una hipótesis de este calibre: o bien neutralizar las reparaciones, dar lugar a las respectivas indemnizaciones y luego compensarlas, o nivelar las culpas de acuerdo al porcentaje de cada una, y dar una sola indemnización¹⁶. En algunos casos, la jurisprudencia chilena claramente ha optado por la primera de ellas, como se ha expuesto¹⁷.

¹⁴ Si hubiese solicitado el cumplimiento del contrato, podría obtener indemnización de perjuicios ya que saldría de la hipótesis ficticia del citado artículo (ya no estaría en mora porque debería demostrar que volvió a estar llamo a cumplimiento). AERTEUR MEXSSEVERE, *Re. cit.* (n. 2), T. II, p. 844, y en el mismo sentido LOPEZ SASSA MARI J., *Los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), T. II, p. 557, son de la opinión que debe existir, por lo menos, principio de ejecución del pago.

¹⁵ El caso expuesto ha sido tomado, con variaciones, de *Jurisprudencia on line*, Legal Publishing, número identificador 41305, particularmente el considerando 1º del fallo de primera instancia de un Juez de Letras de Concepción, de fecha 14 de abril de 1992.

¹⁶ GENEVOIS, T., *La résolution du contrat pour inexécution* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Francia, 2007), p. 717. C. Miguel Ibáñez es de la opinión que el criterio para determinar si hay o no indemnización está en determinar quién es el vendedor incumplidor, lo que es determinado por el momento del incumplimiento. Para este autor, si el incumplimiento del demandante se produce con posterioridad a la inyección del demandado, hay lugar a la resolución con indemnización de perjuicios (MIGUEL IBÁÑEZ, C., *Resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 194-196).

¹⁷ V. nota 8.

Si se estima que tiene lugar la compensación de culpas en materia contractual (no existe una norma equivalente al artículo 2330), debe entenderse que el contratante que no pudo cumplir porque el otro no cumplió, en aquello que no pudo cumplir, no está en mora porque el retraso no le es imputable¹⁸. El otro, en el caso, se encontraría en mora de cumplir. Dicho en lenguaje coloquial, en vez de traducir el artículo 1552 a la frase "yo no cumplo si tú no cumples", diríamos "yo no he cumplido porque tú no cumples" o "la razón de mi incumplimiento es tu incumplimiento". Si la cuestión se corrige por vía de causalidad, eliminando el criterio de culpabilidad en sentido amplio en la responsabilidad contractual, la misma consecuencia práctica se obtendría sobre el particular¹⁹.

En la expresión "mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" del artículo 1552, debe ir envuelta la posibilidad objetiva de cumplir. Y si el incumplimiento de una de las partes ha sido provocado por la otra parte, no puede existir mora por la suya, y no debería hacerse responsable de su incumplimiento.

Pero, creemos, si hay mora de la otra parte, puesto que su incumplimiento sí le es imputable y ha podido producir el incumplimiento de la otra parte. En el exceso de imputabilidad (comparado con la posición de su co-contratante) y concurriendo los demás requisitos de la indemnización de perjuicios podría darse curso a la pretensión indemnizatoria, ya que el tema de la resolución por incumplimiento recíproco ha quedado solucionado por el solo hecho de la inyección de ambas partes²⁰.

Así, en definitiva, en un caso de incumplimientos recíprocos de obligaciones estrechamente interdependientes, para el contratante cuya mora haya sido provocada por el otro, puede darse la resolución con indemnización de perjuicios para este último cuando:

i. Se le ha demandado el cumplimiento del contrato *con* o *sin* indemnización de perjuicios. A este respecto, debería defenderse oponiendo la *excepción de contrato no cumplido*, queriendo tanto la pretensión de cumplimiento e indemnizatoria del demandante; y demandando *reconventionalmente* la resolución del contrato *con indemnización de perjuicios*. No le cabría al tribunal sino acoger ambas pretensiones del demandado.

¹⁸ Entendiéndose imputabilidad o culpa como sinónimo de imputación del incumplimiento a la esfera de riesgo del deudor. En el mismo sentido, MÉRICA OJEDA, J., *La resolución del contrato por incumplimiento* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007), pp. 244-245. En contra, BERTERÁ ORTIZ, A., *La resolución y el incumplimiento recíproco* (Almohata de prueba, Universidad de Chile, Santiago, 1966), p. 95.

¹⁹ Sin perjuicio de las precisiones que efectuamos más adelante.

²⁰ El requisito imputabilidad no se toma como elemento de la resolución del contrato, sino como elemento propio de la indemnización de perjuicios como remedio contractual distinto a la resolución del contrato. En este sentido, PIZAZO WILSON, C., *Hecho no sistema de remedios al incumplimiento contractual en Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 401. Véase OJEDA, A., *El incumplimiento resolutorio del Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, en Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 364.

ii. Se le ha demandado la resolución del contrato *con o sin* indemnización de perjuicios. La excepción de contrato no cumplido envolvería la presunción indemnizatoria, y nuevamente en este caso debería accionar reconvenzionalmente de resolución con indemnización de perjuicios.

En ambas situaciones, estimamos que para el actor en los casos mencionados precedentemente se configura *morae creditis* o *arbitrali* de una de las partes en un contrato bilateral (porque pretendería el cumplimiento del contrato quien ha provocado el incumplimiento), estimando a la otra de su constitución en mora de cumplir por su parte lo pactado, habilitando la resolución con indemnización de perjuicios²¹.

Presupuesto necesario para que tenga lugar lo que hemos señalado es que la imposibilidad en la ejecución de las obligaciones de aquel contratante que no pudo cumplir por su parte lo pactado se produzca:

i. Porque expresamente se pactó en el contrato la estrecha interdependencia de las relaciones recíprocas (por ejemplo, que el adelanto del precio de la compraventa se ocupará efectivamente en el pago de la deuda hipotecaria en el caso expuesto);

ii. Porque, de la naturaleza de la obligación de su parte no puede cumplirse sino mediante el cumplimiento *previo* de la otra.

La cuestión, a nuestro entender, no está en determinar cuáles obligaciones son principales o accesorias o establecer aritméticamente cuál de las obligaciones de las partes es en valor dinerario mayor, sino determinar de qué manera las obligaciones de una de las partes influyen sustancialmente en el cumplimiento de la otra. Así, incluso, el incumplimiento de una obligación, en principio accesoria, puede repercutir sustancialmente en el cumplimiento de la obligación principal de la otra parte²². Para estos efectos, no importaría el hecho que el contratante que haya producido el incumplimiento de la otra lo haya hecho *exclusivamente doloso* (un incumplimiento culposo también puede producir el incumplimiento de la otra parte), sino solamente previsibilidad de las partes en el contrato de la estrecha interrelación de sus prestaciones, o el no alcanzar el beneficio del contrato, porque la otra se exceptiona del cumplimiento de su obligación²³.

Consecuencia de lo que hemos expuesto, es que debe hacerse una valoración de las conductas de incumplimiento de ambas partes para determinar en qué medida el

²¹ GASTRUITO, J. - CERVINO, E., *Excepción de incumplimiento contractual* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993), pp. 97-98. Los autores señalan que existía ya una nota de Vélez Sarsfield al respecto en el Código Civil Argentino (ibidem).

²² Sobre el concepto de incumplimiento esencial en nuestro Código Civil y su reconocimiento por la jurisprudencia chilena para efectos de la resolución por incumplimiento, véase VIAL OJIVARES, A., "La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, 1º semestre (2009), pp. 245 y ss.

²³ Seguirnos, con variaciones para un supuesto de incumplimiento recíproco de obligaciones estrechamente interdependientes, la doctrina expuesta por VIAL OJIVARES de incumplimiento esencial. VIAL OJIVARES, A., *La noción...*, cit. (n. 22), pp. 252-253.

incumplimiento recíproco (que por regla general debería causar la resolución *sin* indemnización de perjuicios), en estos casos, produce únicamente la mora de quien ha provocado el incumplimiento de la otra parte, frustrando el fin expreso o tácito que tenían los contratantes al celebrar el contrato.

Esto es precisamente lo que sucedió en el caso *Empresa Constructora Aereos Chile Construccions Ciriles S.A. con Anahita Cisternas y Compañía Ltda.*²⁴. En este pleito, la demandante, contratista de la División Andina de CODELCO, solicitó el pago de la pena pactada ya que la demandada no dio cumplimiento total a su parte del contrato que consistía en la construcción de una perforación de un túnel (sólo avanzó hasta la fecha en que por contrato se solicitó la resolución unilateral del contrato, un 30% de la obra presupuestada). La demandada se defendió de contrato no cumplido²⁵, y demandó reconvenzionalmente la resolución por incumplimiento con indemnización de perjuicios, aduciendo que la demandante no había puesto a su disposición ciertos obreros, principalmente un sistema de ventilación y un servicio de trenes entre otras, con las que, de haber dispuesto, podría haber dado cumplimiento íntegro y oportuno a su obligación en el contrato.

Lo sustancial del caso se encuentra en el fallo de primera instancia. En juicio se tuvo por acreditado que las obras que debió la demandante haber puesto a disposición eran necesarias para el cumplimiento de la obligación del demandado, tanto que el fallo expresa que "se puede observar que la demandada cumplió *dentro de lo que pudo*, con lo que se le proporcionó" (considerando 17º)²⁶. Por ello es que el tribunal de primera instancia no da lugar a la demanda principal de resolución con la pena pactada, y aun sin referirse a la excepción de contrato no cumplido²⁷. Respecto a la demanda reconvenzional, se da lugar a ella con indemnización de perjuicios. No obstó a la decisión del tribunal incluso el hecho que la demandante principal otorgó prórrogas de plazos para el cumplimiento de la obligación (alguno podría haber alegado que estuvo llana a cumplir), porque, en definitiva, el incumplimiento estaba tan ligado al cumplimiento de la otra parte que, materialmente, había imposibilidad de cumplir en tiempo pactado aun considerando las prórrogas. Así, el tribunal, a pesar de constatar la existencia de incumplimientos recíprocos de las partes, entendió que la imposibilidad de cumplir por el demandado se produjo producto del incumplimiento de la contratista (el hecho de haber sólo llegado a avanzar un 30% de las obras en las condiciones de ejecución del contrato, implicaría que hubo imposibilidad de cumplimiento íntegro).

²⁴ *Interguadalupe un bar*, LegalPublishing, número identificador 31196.

²⁵ Más bien en su especie de *excepción non nisi arbitrali contractu*.

²⁶ La cursiva es nuestra.

²⁷ El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 14 de diciembre de 2001, que rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante es rechazado sin argumentaciones de fondo relevantes, sino sólo se limita a declarar que la parte recordada en juicio "ha sufrido un perjuicio que debe ser reparado en la forma resuelta por el tribunal a quo". La Corte Suprema, en fallo 2 de diciembre de 2002, tuvo por desistidos los recursos de coacción en la forma y en el fondo interpuestos.

No se pronuncia expresamente el tribunal si la cuestión debe ser solucionada por vía de culpabilidad o de causalidad (sobre la frase "cumplió dentro de lo que pudo"). La cuestión no es fácil de determinar. Asumiendo un criterio de *culpabilidad* habría que entender que el tribunal supone que puede probarse debida diligencia en el cumplimiento de la obligación misma de resultado, y de ahí no existiría mora en el cumplimiento de su obligación, sino sólo de la demandante; puesto que la obligación asumida por *Antalia Cisternas y Compañía Ltda.* es una de resultado (ejecución de ciertas obras)²⁸. Como se ve, la cuestión presenta problemas porque es, por lo menos, dudoso que se pueda probar debida diligencia en una obligación de resultado.

Pero si el tema solo analiza por vía de *causalidad* (su incumplimiento fue *producto* de un incumplimiento de la parte contratada), habría que entender que la omisión (*parcial* en el caso) en el cumplimiento de su obligación es causa del resultado del incumplimiento de la otra lo que inhabilitaría la constitución en mora²⁹. Por tanto, desde este punto de vista, más que haber *incumplimientos recíprocos* habría un solo incumplimiento, y el tema no variaría respecto de un caso típico de aplicación del artículo 1489 del Código Civil. El problema, en el caso expuesto, es que si bien el incumplimiento fue *provocado* no lo hizo imposible absolutamente, ya que la parte demandada llegó a completar un 30% de las obras, existiendo voluntad también en no avanzar más allá de las obras³⁰, pudiendo incluso señalarse que la parte cuyo incumplimiento fue forzado pudo haber cumplido más (de lo contrario, ¿por qué se aceptaron las prórrogas de plazo y por qué se siguió cumpliendo un contrato que probablemente no se podría cumplir en el tiempo estipulado?).

Proponemos como criterio que intenta solucionar estos problemas asumir un criterio *culpabilista*, sobre la aceptación de quien provoca el incumplimiento del otro contratante en los riesgos que implica tal conducta. De suerte que habría, por lo

²⁸ El concepto ocupado acá de mora debería ser el clásico, en que se introduce el elemento *culpabilidad* en el mismo. Así, Abelnik, define mora como "el retraso *imputable* en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interposición por parte del acreedor" (ABELNIK MASSARICH, R., cit. (n. 2), T. II, p. 711) *La culpa es mora*.

²⁹ Sobre la omisión de cumplimiento de una obligación contractual y relación de causalidad, vid. C. MORA TUCUANI, H., "Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual", en *Cuadernos de extensión jurídica*, No 15, Santiago, Universidad de los Andes (2008), pp. 136-137.

³⁰ Alcalde Silva opina que "en los casos de incumplimiento recíproco solo existe incumplimiento desde un punto de vista material, pero no lo hay en estricto sentido. No existe propiamente un incumplimiento porque éste supone la desistación de la regla contractual, regla que ya ha quedado frustrada por la voluntad coincidente de ambas partes de no querer cumplir. La intención de las partes de desear alcanzar un determinado propósito práctico ha desaparecido y, en su lugar, existe una voluntad tácita de querer desvincularse de esa relación contractual, aunque en ciertos casos se prefiera el statu quo en cuanto asegura la conservación de ciertos beneficios derivados del contrato" (ALCALDE SILVA, J., *El cumplimiento de los incumplimientos recíprocos en el derecho chileno* (inédito), p. 32. El artículo forma parte de un libro homenaje a Alejandro Guzmán Brito, coordinado por Patricio-Ignacio Carvajal Ramírez y por Massimo Miglietta, patrocinado por la Scuola Seriana Luis Romari (Chile) y la Università degli Studi di Trento (Italia), actualmente en prensa. El autor agradece al profesor Alcalde Silva por hacernos llegar el manuscrito antes de su publicación).

menos, aceptación de un posible resultado en no esperar una ejecución a lo menos completa de la prestación de su contratante (riesgo). En ello habría culpa, y debería relevar de la misma a su contratante, lo que habilitaría la indemnización en este tipo de supuestos, entendiendo siempre que hay incumplimiento recíproco (porque la otra parte podría siempre emplear o esperarse una conducta aún más diligente en la consecución de su resultado obligatorio).

V. CONCLUSIONES

a) La constitución en mora del deudor no es un requisito para que opere la resolución del contrato, sino sólo de la indemnización de perjuicios. Bajo este supuesto es posible afirmar que ante incumplimientos recíprocos, por regla general, es posible que se dé lugar a la resolución del contrato pero sin indemnización de perjuicios, como ya lo ha postulado parte de la doctrina y algunos fallos principalmente recientes.

b) La excepción de contrato no cumplido no es eficaz para enervar la acción resolutoria, puesto que sólo es aplicable a las hipótesis de pretensión de cumplimiento y el artículo 1552 del Código Civil no es una norma que se aplique conjuntamente con el artículo 1489 del Código del mismo ramo, ya que abarcan situaciones fácticas distintas.

c) En caso de incumplimientos recíprocos de obligaciones estrechamente ligadas o interdependientes el tema varía, puesto que si trae aparejada la constitución en mora del contratante que provoca el incumplimiento de la otra parte y permite dar lugar a la resolución, ahora con indemnización de perjuicios.