

## CONFERENCIA INAUGURAL DEL II CONGRESO CHILENO DE DERECHO PRIVADO

JOSÉ ANTONIO GALVAN B.  
Universidad Católica de Valparaíso

El II congreso chileno de derecho privado<sup>1</sup> se sitúa en un escenario presidido por un auge casi generalizado de la libertad económica que ha provocado un renacimiento de la figura del contrato como instrumento esencial del tráfico jurídico para el intercambio de bienes y servicios. En este contexto se sitúan la multiplicidad de nuevas figuras contractuales y el notable progreso de materias relacionadas con el proceso de formación de los contratos con clara influencia en su contenido, como también en la fase de cumplimiento o ejecución, en la que sobresalen novedades que configuran la moderna disciplina del incumplimiento, de la cual forman parte: la excepción preventiva de incumplimiento; la resolución por incumplimiento esencial; la resolución por imposibilidad en la ejecución y la revisión del contrato por alteración de las circunstancias.

Respecto del surgimiento de nuevos tipos contractuales resulta obligado indicar que las reglamentaciones convencionales que se nos legan vienen dominadas por principios y directivas propias de los sistemas jurídicos a cuyo amparo han sido elaboradas, lo que no puede juzgarse sino positivamente, puesto que implica acercarnos a otros ordenamientos, lo que hará más fácil superar las barreras que tradicionalmente se han esgrimido para descartar la aplicación de doctrinas o ideas surgidas en otros derechos, incluso respecto de aquellos pertenecientes a otras familias jurídicas.

Con referencia a las nuevas orientaciones en materia de incumplimiento de obligaciones contractuales, resulta pertinente un análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>2</sup>, como también del reformado Código Civil de Holanda, que entró en vigor el 1° de enero de 1992, en cuyo libro 6° se contiene la parte general del derecho de obligaciones.

Creemos que estas modernas regulaciones servirán de punto de partida para una modificación sustantiva de nuestro régimen general sobre el incumplimiento. En el

---

<sup>1</sup> El presente trabajo corresponde a la ponencia inaugural del II Congreso Chileno de Derecho Privado, realizado en el mes de octubre de 1997, en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>2</sup> Suscrita en Viena, Austria, el 11 de abril de 1980.

caso de la compraventa por ser el prototipo de los actos dirigidos a facilitar la circulación de los bienes y en el caso del nuevo Código Civil de Holanda, porque contiene soluciones propias del sistema del common law, como son las referidas al error y que constituyen una muestra de la tendencia al acercamiento de sistemas que generalmente se han considerado como contrapuestos en aspectos de carácter esencial.

La importancia de la Convención de Viena no se agota en el ámbito del incumplimiento, mereciendo ser destacadas las normas sobre formación del contrato y que sirvieron de modelo a las innovaciones contenidas en el nuevo Código Civil de Holanda. Esta última circunstancia obliga a una breve referencia con el propósito de indicar que en la Convención de Viena se adopta la teoría de la recepción, de modo que la declaración de voluntad es eficaz y el contrato se entiende celebrado cuando la aceptación llega al oferente<sup>3</sup>. A esta importante novedad se agrega la contenida en el N°2 del artículo 19 de la Convención, según el cual la respuesta a una oferta que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren substancialmente los de la oferta constituirá aceptación, a menos que el oferente, sin demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no ser así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

En otros términos ello significa que las modificaciones no substanciales forman parte del acuerdo. Por nuestra parte pensamos que la ratio iuris de la normativa sobre formación del consentimiento contenida en la Convención reside en la buena fe que preside la fase de formación del contrato con evidentes proyecciones en la determinación del contenido contractual. Se confirma así que el contrato está compuesto por elementos subjetivos vinculables con la voluntad de los interesados y también con otros de carácter objetivo, que determinan al menos en parte el del contenido contractual. La fórmula adoptada en la Convención combina los elementos subjetivos y objetivos presentes en toda realidad jurídica, superando así la visión clásica del contrato en que no se separan la voluntad de conclusión y la de establecer el contenido, como tampoco la fase de la formación de la de los efectos.

De lo expresado es posible apreciar que tanto por la vía de la reglamentación supranacional contenida en Convenciones Internacionales, como las de navegación aérea, energía nuclear y la propia Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, como por la proliferación de las figuras atípicas, se produce la incorporación a nuestro derecho de normas, principios, reglas y soluciones pertenecientes a otros sistemas, que obligaran a necesarias adaptaciones, que en el caso de la multiplicación de nuevas figuras contractuales corresponderán a las imprescindibles para resolver los problemas que se derivan de la combinación contractual.

Nuestro examen se centra en las novedades de mayor bulto contenidas en la Convención de Viena referidas a la regulación del incumplimiento contractual. En el artículo 25, ubicado en el Capítulo I sobre disposiciones generales, se define lo que se entiende por incumplimiento esencial, concepto del cual se derivan importantes consecuencias jurídicas, entre otras, el derecho a la resolución mediante declaración unilateral recepticia.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> La Aceptación asume en la Convención de Viena el carácter de una declaración recepticia.

<sup>4</sup> El artículo 26 dispone: "La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte".

El artículo 25 nos dice: «El incumplimiento del contrato por una parte será esencial cuando cause a la otra un perjuicio tal que la prive substancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiese previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

De la lectura del precepto resulta que para la Convención de Viena el incumplimiento será esencial cuando cumpla con los siguientes requisitos: a) que cause a la parte cumplidora un perjuicio de tal entidad que la prive de la utilidad esperada, con lo cual el acento no se sitúa en la magnitud de la incumplimiento sino en el del perjuicio y b) que la gravedad de las consecuencias derivadas del incumplimiento fueren previsibles por la parte incumplidora o por una persona razonable en idéntica situación y condiciones.

La incorporación de la esencialidad del incumplimiento como requisito para el ejercicio del derecho a la resolución debe ser entendida, por un lado, como una expresión de la primacía del principio del conservación del contrato, y por otro, como una priorización de la idea de poder y tener derecho por sobre la de deber y estar obligado, acorde con la tendencia actual que tiende a conceptualizar que la obligación no es tanto el deber del deudor de cumplir cuanto el poder del acreedor de exigir, lo que se complementa con el poder subsidiario de poner en marcha una serie de mecanismos destinados a asegurar la satisfacción del interés tenido en vista al contratar. En razón de ello se concluye que si el acreedor ha perdido su interés en la prestación como consecuencia de la falta de cumplimiento del deudor, no puede en tales circunstancias ser obligado a recibir. En tales situaciones se le debe reconocer al acreedor la posibilidad de rechazar la prestación si su cumplimiento ya no satisface el interés previsto al contratar.

La consideración del interés del acreedor que es posible vincularlo con la idea de utilidad del contrato y que el Código Civil chileno acoge en algunas disposiciones aisladas, como por ej. en materia de arrendamiento en el inciso segundo del artículo 1926, se asume con proyecciones de generalidad en el moderno derecho civil.<sup>5</sup>

Acorde con esta nueva óptica, en la Convención de Viena se establece que la responsabilidad por incumplimiento se limita al ejercicio del derecho a exigir la indemnización de perjuicios; en consecuencia lo determinante para el remedio resolutorio es el carácter esencial del incumplimiento sin tomar en consideración la imputabilidad, lo cual está en perfecta armonía con la prevalencia del interés del acreedor. Por su parte en el nuevo Código Civil de Holanda se adopta también el sistema de la resolución por declaración unilateral, limitada, al igual que en la Convención de Viena, al incumplimiento grave, esencial o importante.

En razón de lo expresado creemos plenamente aplicables a la situación del derecho chileno las palabras del profesor español Díez-Picazo, quien comentando la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías expresa que dicho cuerpo normativo deja anticuadas las normas del Código Civil sobre la com-

---

<sup>5</sup> El precepto dispone: "Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito."

praventa recayendo en la jurisprudencia la tarea de armonizarlas. Esta armonización excede el ámbito de la compraventa, puesto que en general el remedio resolutorio se justifica en los casos de incumplimiento esencial, requisito exigido por el Código Civil en el artículo 1590, a propósito de las reglas sobre cómo debe efectuarse el pago, en que expresamente se dispone que si el deterioro de la especie o cuerpo cierto no pareciere de importancia se priva al acreedor de facultad de impetrar la resolución y se le concede solamente acción de indemnización de perjuicios. La exigencia de incumplimiento de cierta entidad aparece también reconocida en el ámbito de la contratación administrativa, en particular en el DFL 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, que regula la construcción de obras públicas por concesión, cuyo artículo 27, dispone como causal de término de la concesión, el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario<sup>6</sup>. La adopción en la ley sobre concesiones de obra pública de la noción de incumplimiento grave obliga a una referencia aunque mínima al tema de la contratación administrativa en particular respecto a la inclusión en contratos en que es parte la administración de cláusulas que autorizan la terminación anticipada del contrato por cualquier incumplimiento del concesionario o del prestador de servicios. En recientes fallos recaídos en recursos de protección se ha resuelto que tales convenciones son plenamente válidas, y por tanto que queda entregado a juicio exclusivo de la administración determinar si hubo o no incumplimiento en consecuencia la decisión del órgano de la administración de ponerles termino se ajusta a las estipulaciones contractuales.

Por nuestra parte discrepamos de tales fallos en cuanto la exigencia de una cierta entidad en el incumplimiento, viene impuesta por principios de carácter general, aplicables tanto a la contratación privada como a la pública o administrativa. Si la exigencia de cierta importancia, gravedad, entidad o esencialidad del incumplimiento deriva de una norma objetiva, como la buena fe que preside la contratación y que actúa como límite en el ejercicio de los derechos contractuales, no puede quedar sin aplicación por convención de las partes. En otros términos la buena fe contractual al obrar como garantía y límite de la fuerza obligatoria del pacto impide que se invoque la autonomía de la voluntad como elemento justificante de la utilización del remedio resolutorio ante cualquier clase de incumplimiento, incluso si así se hubiese pactado.

Si en dicho principio descansa en último término el fundamento de la norma que en materia de construcción de obra pública por concesión limita el poder de la administración para dar término anticipado del contrato sólo en casos de incumplimiento grave de la otra parte, igual predicamento debiera regir para los demás contratos de orden administrativo; es ésta por lo demás la tendencia que se aprecia en el derecho comparado.

Dichas consideraciones sirvieron de fundamento a la proposición de reforma al artículo 1489 del Código Civil, en la cual se establece que la resolución del contrato sólo podrá declararla el juez por incumplimiento grave de obligaciones esenciales. El proyectado artículo 1489 dispone lo siguiente: «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución

---

<sup>6</sup> Nuevo texto fijado por la Ley N° 19.460, publicada, en el Diario Oficial, de 13 de julio de 1998.

o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Optándose por la resolución el juez sólo podrá declararla por incumplimiento grave de obligaciones esenciales careciendo el deudor del derecho a cumplir una vez notificada la demanda». Se puede apreciar que en dicha proposición se acoge parcialmente el mecanismo resolutorio de la Convención de Viena al mantenerse su declaración por vía judicial, separándose en ello del mecanismo de la Convención. Por otro lado se sigue el sistema resolutorio de la Convención no sólo en cuanto la propuesta incorpora la noción de incumplimiento grave, sino también al privar al deudor de la posibilidad de cumplir, divorciándose así la resolución de la mora y de la imputabilidad, quedando estas exigencias reservadas para la acción de resarcimiento de perjuicios.<sup>7</sup>

En la proposición de reforma al artículo 1489 del Código Civil la acción resolutoria se convierte en una medida efectiva de protección del interés del contratante cumplidor, permitiéndole desligarse del contrato, quedando el aspecto sancionatorio radicado en el resarcimiento de los daños. En esto hemos seguido a la doctrina liderada por el jurista italiano Emilio Betti, que considera a la resolución como un medio de defensa de la parte actora, frente a una circunstancia que lesiona objetivamente su interés en la actuación de la obligación.

En nuestro derecho si bien no existe un precepto de aplicación general que determine la importancia o gravedad que debe revestir el incumplimiento para que tenga lugar la resolución del contrato, del principio de buena fe que preside el cumplimiento de las obligaciones contractuales establecido en el artículo 1546 del Código Civil, puede perfectamente deducirse dicha exigencia, porque podría estimarse contrario a la buena fe exigir la resolución por incumplimiento de escasa importancia. Si la buena fe asegura también la satisfacción del interés del acreedor, en caso de pérdida de dicho interés, ella autoriza el ejercicio del derecho a la resolución.

Este proceder implica atribuir al remedio resolutorio el carácter de un verdadero derecho del acreedor que no puede ser enervado, careciendo el deudor en tales circunstancias del derecho a cumplir. En todo caso es un derecho cuyo ejercicio aparece limitado, de suerte que el incumplimiento no esencial no autoriza la ruptura del contrato. En síntesis estimamos que cualquier especie de incumplimiento no debe servir de base para la resolución, sino sólo el que por su gravedad o importancia constituye una verdadera inexecución, por no satisfacer ya plenamente el interés de la parte a quien la prestación ha de ser entregada.

La entidad de la inexecución y el interés del acreedor serán en consecuencia los criterios para juzgar un determinado incumplimiento como suficiente para la procedencia de la resolución.

Con referencia al fundamento en que descansa dicha solución, habrá que buscarlo, al mismo tiempo, en el principio de la permanencia de las relaciones lícitas y en el principio de la buena fe contractual.

Otra expresión de la moderna disciplina del incumplimiento en la Convención

---

<sup>7</sup> El nuevo texto del artículo 1489 del Código Civil forma parte del proyecto de reforma al Código Civil formulado por los profesores don Alejandro Guzmán Brito, Inés Pardo de Carvallo y José Antonio Galván Bernabeu.

(Proyecto FONDECYT N° 195/1027).

de Viena está representada por la excepción preventiva de incumplimiento contractual, en cuya virtud si el contratante primeramente obligado corre el peligro, si cumple su propia prestación, de no recibir la contraprestación, como consecuencia de una posible alteración de la situación patrimonial de la otra parte, puede diferir el cumplimiento de la suya. En la sección I de la Convención, que se denomina «incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas», en el artículo 71, se autoriza a cualquiera de las partes para diferir el cumplimiento de sus obligaciones si después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

Igual disposición se contiene en los artículos 321 del Código Civil alemán y 1461 del Código Civil italiano. En Chile no existe una regla de similares alcances. Sólo la encontramos en materia de compraventa, en la situación prevista en el artículo 1826, del Código Civil cuyo inciso final dispone: «Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago».

En el proyecto de modificación al Código Civil a que hicimos referencia anteriormente, se la establece con caracteres de generalidad siguiendo el criterio de los Códigos Civiles de Alemania e Italia.

Para tales efectos se propone un precepto del siguiente tenor: «Cualquiera de los contratantes puede suspender el cumplimiento de su obligación sin incurrir en mora, si la situación patrimonial del otro contratante hubiere menguado considerablemente de modo de poner en peligro el cumplimiento de la contraprestación, salvo que se asegure eficazmente el cumplimiento».

Sobre este particular podemos agregar que la Convención de Viena va más allá que las codificaciones europeas antes citadas, puesto que en ella se autoriza a declarar resuelto el contrato si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato.

El artículo 72 de la Convención, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, dispone: «1) si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto. 2) si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que esta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. 3) los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte, hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones».

Continuando con el desarrollo de estas reflexiones en torno a la moderna regulación de incumplimiento contractual, ella se completa con la figura relativa a la resolución por imposibilidad en la ejecución. Sobre esta materia en el derecho actual se advierte la tendencia a poner los riesgos de cargo del deudor, adoptándose así la máxima «res perit debitori» cuyo fundamento reside en la reciprocidad de las obligaciones que existe en todo contrato bilateral. La «ratio» de esa regla sobre distribución del riesgo descansa también en el principio de la buena fe, según el cual la liberación de una parte acarrea la liberación de la otra. Con ello se confirma que la buena fe en algunos casos obra ampliando o extendiendo las obligaciones literalmente asumidas

por el contrato, en otras las restringe o limita y finalmente como ocurre en el caso de los riesgos las suprime o extingue. Por nuestra parte pensamos que en la imposibilidad en la ejecución debiera considerarse la noción del interés del acreedor como mecanismo que permite estimar la imposibilidad temporal como definitiva en aquellas situaciones que provocan la pérdida del interés del acreedor en el cumplimiento.

Finalmente, relacionado con el tema del incumplimiento surge en el derecho comparado un mecanismo intermedio entre la resolución y el cumplimiento que es la adaptación del contrato mediante su revisión, sea para aumentar la prestación o para reducirla o para modificar las modalidades de ejecución del contrato, en especial en lo relativo a la forma, época y lugar de cumplimiento de las obligaciones.

En los ordenamientos jurídicos que adoptan la solución revisora para enfrentar el problema de la alteración grave de las circunstancias previstas al contratar que provoca un agravamiento de las prestaciones, el fundamento del remedio revisorio descansa en el principio de la buena fe. Esto ocurre tanto en los sistemas que la sancionan en forma expresa, como en aquellos en que la facultad revisora ha sido deducida por los tribunales de los principios fundamentales que gobiernan el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La revisión o adaptación del contrato no es una noción extraña al derecho patrio, puesto que hipótesis de revisión aunque aisladas, existen en el Código Civil, por ej. a propósito del contrato de empresa, y en la cláusula penal enorme respecto de obligaciones de valor inapreciable y fuera de el, en el Código de Comercio, en la situación relativa a los servicios que se prestan a una nave en peligro, de acuerdo con el artículo 1131 del Código del ramo, en virtud de la reforma de la Ley 18.680, que fijó el nuevo texto del libro 3º de dicho código y finalmente también en relación con las llamados contratos de salud que celebran las personas afiliadas a las Isapres.

La revisión como mecanismo de aplicación general ha sido considerado en un proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso que permite la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles, y que tuviéramos la oportunidad de informar en el año 1992, ocasión en la cual hicimos presente, entre otras cosas, la necesidad de vincular la normativa propuesta con el principio de la buena fe y más particularmente con la buena fe objetiva ya que ello permitiría consagrar normativamente que dicha regla es límite y garantía de la ley del contrato, abriéndose así cauce seguro para otras aplicaciones o derivaciones, especialmente en relación con los acontecimientos que ocurren en la fase de cumplimiento de las obligaciones. Esto último es lo que nos llevó en el proyecto de revisión del Código Civil a proponer un nuevo texto del artículo 1546 del Código Civil cuyo tenor es el siguiente:

«Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe». Esta fórmula es la consagración normativa de la idea que la buena fe gobierna todo el desarrollo del iter contractual. En la fase de formación de la relación jurídica la buena fe exige un actuar leal que impone un deber de respeto y de consideración del interés y expectativas legítimas de la otra parte. En la etapa posterior de cumplimiento juega como criterio hermenéutico, cuanto como criterio de conducta que determina el modo de cumplimiento, ampliando o restringiendo las obligaciones contractuales, ora limitando el ejercicio de los derechos derivados del contrato. Nuestra proposición de reforma se sitúa en la línea del derecho moderno que en la fase de ejecución de las obligaciones contractuales se atiene a que el cumplimiento debe ser conforme no sólo a las obligaciones derivadas del acuerdo, sino también a las derivadas de la buena fe, sin dejar de considerar el interés de las partes.

A modo de conclusión reiteramos la importancia de la Convención de Viena, en cuanto en ella se contienen las directrices y principios informadores de la moderna doctrina del incumplimiento, los que a no dudar debieran servir de base para la elaboración de un nuevo derecho común sobre la materia, evitando así la proliferación de leyes especiales que no sólo ahogan al viejo cuerpo legal, sino que crean en el ordenamiento jurídico dualidad de regímenes para materias que deben estar presididas por principios comunes.

Es ésta la tarea que tenemos por delante en relación a la ansiada renovación de nuestro derecho privado, esperanzados que algún día podamos decir que al menos en relación con este importante sector del derecho de la contratación, el derecho civil chileno acoge las fórmulas más modernas.

Promover un derecho civil moderno y una justicia menos imperfecta, es una tarea ineludible que forma parte de un proceso más amplio de restauración en la creencia en el derecho y en la justicia, hoy puestas en tela de juicio.