

Tales límites resultan aclarados desde una comprensión exacta de lo que el daño moral persigue indemnizar y del campo dentro del cual cabe hablar de un perjuicio derivado directamente de la infracción del contrato. Éste es el desafío actual del Derecho chileno en la materia y al que esperamos contribuir y motivar mediante este trabajo.

## LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

*Carlos Pizarro Wilson*

### RESUMEN

El presente trabajo refiere a las cláusulas resolutorias. Específicamente al pacto comisorio calificado. En la primera parte se explica cómo un incorrecto entendimiento de la fuerza obligatoria del contrato ha permitido explicar en forma restrictiva o limitativa las sanciones al incumplimiento contractual distintas a la ejecución forzada del contrato. A continuación, se sugiere que, entendido como una sanción más al incumplimiento contractual, fruto del acuerdo de las partes, posee funciones diversas a la cominatoria, y que debe privilegiarse el efecto resolutorio, pues la resolución fue la sanción escogida por las partes. Finalmente, se advierte que la intervención judicial frente al pacto comisorio calificado debe ser restrictiva.

Las ineficacias contractuales pueden incidir en la estructura del acto en cuyo caso se denominan "ineficacias intrínsecas" o, a propósito de una inejecución de las obligaciones emanadas de un contrato válido, "ineficacias extrínsecas". En este último caso, el contrato ha sido formado en conformidad al ordenamiento jurídico. No existen vicios en la estructura del contrato; no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de anularse. En definitiva: el contrato es válido. Sin embargo, alguna de las partes ha incumplido sus obligaciones dando paso a las ineficacias extrínsecas.

Entre las sanciones al incumplimiento contractual se encuentra la resolución del contrato. Según dispone el artículo 1.489 del CC los contratos bilaterales llevan implícita la cláusula resolutoria. Si una de las partes incumple su obligación la otra tendrá el derecho potestativo a elegir entre la ejecución forzada del contrato o demandar la resolución, en ambos casos, además, podrá solicitar los perjuicios. Sin embargo, las partes pueden decidir expresar la mencionada cláusula resolutoria o, según se conoce mayoritariamente, estipular la condición resolutoria tácita. Pero, ¿qué sentido podría tener señalar en el contrato algo que se entiende en forma implícita incorporado a él? En otros

términos, ¿qué sentido tendría que los contratantes indicaran en el contrato la condición resolutoria tácita?

Para responder a esta pregunta hay que distinguir el tipo de cláusula resolutoria expresa. O, utilizando el lenguaje más común en nuestra tradición, hay que distinguir los dos tipos de pacto comisorio.

En Chile parece más usual la expresión pacto comisorio, la cual deriva de la *lex commissoria* utilizada en la venta en el Derecho Romano a favor del vendedor. Bajo la expresión "pacto comisorio" o "cláusula resolutoria expresa" se conoce la estipulación contractual en virtud de la cual las partes acuerdan que el contrato será resuelto en caso de incumplimiento del deudor de alguna de las obligaciones contractuales.

Debe, entonces, distinguirse entre el pacto comisorio simple y aquél calificado u ordinario. Siendo el primero nada más que la cláusula resolutoria expresa, el segundo tiene la particularidad de producir la resolución de pleno derecho o *ipso facto* una vez que se produce el incumplimiento.

Es decir, el pacto comisorio simple no se diferencia de los efectos de la condición resolutoria tácita. En ambos nace el derecho alternativo de demandar la resolución o la ejecución forzada del contrato. En cambio, el pacto comisorio calificado, en principio, implica la resolución de pleno derecho o *ipso facto*.

En lo que sigue sólo me referiré al pacto comisorio calificado, pues aquél denominado simple carece de interés práctico y dogmático. Incluso, se ha abogado por su franca eliminación del Derecho Positivo, por aportar más dudas que soluciones a la práctica contractual. En efecto, si consideramos al pacto comisorio simple una mera repetición de la cláusula resolutoria tácita, no se ve el sentido de expresarlo en el contrato. Más aún si al pacto comisorio se le aplica una prescripción más reducida de cuatro años, cuyo plazo se cuenta desde la celebración del contrato. Aún más, la interpretación de una cláusula resolutoria como pacto comisorio simple en vez de calificado le resta todo interés a la estipulación.

De ahí, entonces, que parezca más interesante analizar la cláusula resolutoria expresa entendida como una sanción al incumplimiento contractual.

Se utiliza la expresión "sanción al incumplimiento contractual" porque el efecto esencial del pacto comisorio consiste en resolver el contrato de pleno derecho por incumplimiento.

Esta alusión a la idea de sanción contractual me parece justificada. Entender que el pacto comisorio constituye una sanción al incumplimiento contractual permite esclarecer los problemas de interpretación que ha tenido la institución.

Según se expondrá, un incorrecto entendimiento de la fuerza obligatoria del contrato ha permitido explicar en forma restrictiva o limitativa las

sanciones al incumplimiento contractual distintas a la ejecución forzada del contrato.

Como se sabe, en los sistemas jurídicos mayores se reconoce a los contratos que han sido formados en conformidad a la ley una fuerza obligatoria. Así lo dispone el artículo 1.545 del CC.

Esta regla, la fuerza obligatoria del contrato, según se entienda, determina la concepción acerca de las sanciones al incumplimiento contractual y, entre éstas, al pacto comisorio calificado.

#### I. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO Y LAS SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La fuerza obligatoria del contrato –principio de amplio reconocimiento en los sistemas legales comparados– admite un diverso entendimiento en el sistema continental y aquél de la *common law*. Si uno compara el sistema francés y aquellos inspirados en éste, por una parte, y el sistema anglosajón, por otra, pueden detectarse dos diferencias fundamentales<sup>1</sup>.

Para el Derecho continental la regla significa que los contratos deben cumplirse, deben ejecutarse. En cambio, para el Derecho anglosajón, la misma regla "enforceability", entiende que la fuerza obligatoria en caso de incumplimiento expone al deudor a una sanción jurídica, por haber incumplido el contrato. No se trata en el sistema anglosajón de restringir el elenco de sanciones una vez incumplido el contrato, pues debe observarse el interés del acreedor para definir aquella sanción más idónea para el caso específico de incumplimiento. La segunda diferencia radica en la forma en que la doctrina entiende la fuerza obligatoria del contrato. El artículo 1.545 del CC se eleva por la doctrina a una categoría esencial del Derecho contractual. Pareciera que *gracias al texto del artículo 1.545 los contratos se cumplen*<sup>2</sup>. Tras esta interpretación doctrinal descansa la creencia de que todo cumplimiento es un bien y toda inexecución constituye un mal. Esta apreciación doctrinal conlleva como resultado la búsqueda de colocar al acreedor una vez verificado el incumplimiento en una situación igual a aquella si se hubiere cumplido de forma exacta y oportuna el contrato. En esto consiste el interés positivo del acreedor. Así, el interés del acreedor en el cumplimiento coincide con la necesidad social de intercambio económico, siendo privilegiado el cumplimiento forzado de los contratos entre las sanciones al incumplimiento contractual.

<sup>1</sup> Yves-Marie LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2005, N° 13, p. 32.

<sup>2</sup> *Ibid.*

En los derechos de inspiración francesa la ejecución forzada se presenta como la alternativa principal para sancionar al deudor en caso de incumplimiento. Esta forma de analizar las sanciones al incumplimiento contractual encuentra su fundamento en el pretendido principio de la fuerza obligatoria del contrato.

Por lo mismo, si se asume que la fuerza obligatoria y a través de ella la autonomía de la voluntad busca necesariamente la ejecución del contrato, esta sanción constituye el remedio por antonomasia.

Siguiendo este razonamiento, el intérprete y el juez han establecido diversas restricciones a la resolución del contrato, cuya aplicación debiera ser excepcional, pues los contratos, según una expresión célebre, se hacen para ejecutarse y no para deshacerse.

La concepción señalada ha motivado una serie de obstáculos o controles para lograr la resolución en virtud de la condición resolutoria tácita. El marcado carácter judicial, la apreciación del juez en cuanto al incumplimiento, la facultad del deudor para enervar la acción resolutoria, son ejemplos de la importante intervención para lograr la pervivencia del contrato. La continuación de la relación contractual constituye la alternativa que debe privilegiarse.

En resumen, al preferir la ejecución forzada a partir de la fuerza obligatoria del contrato se mira con sospecha la resolución del contrato.

En efecto, cuando se observa que el incumplimiento debe ser grave, porque si no es así debe desecharse la resolución, lo que se está planteando es que el juez debe hacer cumplir el contrato. Evitar la resolución. Esto se explica por los efectos radicales de la resolución, en cuanto a las partes y terceros. Esta misma forma restrictiva de entender las sanciones al incumplimiento contractual ha determinado que el pacto comisorio sea entendido con una exclusiva función conminatoria<sup>3</sup>. El pacto comisorio, según el cual el incumplimiento resolverá el contrato de pleno derecho, tendría por función atemorizar al deudor a fin de que ejecute sus obligaciones.

¿Pero en realidad es ésta la función esencial del pacto comisorio?

Si estamos siempre pensando que la mejor sanción al incumplimiento contractual es la ejecución forzada, los esfuerzos de interpretación se orientarán a establecer limitaciones al pacto comisorio calificado. Sin embargo, entender que la ejecución forzada constituye la manera correcta de entender la fuerza obligatoria del contrato parece una equivocación.

La resolución emanada del pacto comisorio calificado, forma parte, también, de las sanciones al incumplimiento contractual. Por lo mismo, el pacto

<sup>3</sup> Vide Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado. De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, tomo v, p. 202.

comisorio no resulta ajeno a la fuerza obligatoria del contrato. Las partes han establecido que para el caso de incumplimiento el vínculo contractual se resolverá de pleno derecho. Se trata de una sanción al incumplimiento prevista expresamente por las partes. Su aplicación constituye una manifestación de la fuerza obligatoria del contrato.

Este principio, el de la fuerza obligatoria, no debe entenderse como la necesidad de cumplir el contrato, sino que frente al incumplimiento, el acreedor debe escoger la sanción más adecuada para satisfacer su interés al momento de celebrar el contrato<sup>4</sup>.

Este cambio de perspectiva permite prescindir del supuesto principio que los contratos deben ejecutarse y pasar, más bien, a proteger el interés del acreedor insatisfecho. Asumido este criterio, es decir, que la resolución no es un mal, sino, simplemente, otra sanción al incumplimiento contractual, pasamos al análisis dogmático del comisorio calificado.

## II. REGULACIÓN DEL PACTO COMISORIO CALIFICADO

### 1. Regulación del pacto comisorio.

#### *Análisis del artículo 1.879 del CC*

Sabido es que el *Código de Bello* no estableció un régimen general para la cláusula resolutoria o pacto comisorio. El artículo 1.879 consagra una norma especial para el pacto comisorio en la compraventa y en relación con el incumplimiento de la obligación de pagar el precio. En este artículo, el codificador altera la voluntad pactada en el contrato, impidiendo el efecto resolutorio de pleno derecho. Se le reconoce al comprador la facultad de enervar la acción resolutoria en las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. Aquí radica un claro ejemplo de la revisión judicial del contrato. A pesar de la voluntad de las partes de poner término inmediato al contrato, el artículo 1.879 exige que el vendedor demande la resolución.

Para la interpretación tradicional del precepto se entiende que las veinticuatro horas es un "plazo de gracia" otorgado al comprador en atención a la importancia económica de la compraventa. Por lo mismo, se trataría de una regla no disponible para las partes<sup>5</sup>.

Con todo, la regla imperativa, relativa al precio en la compraventa, merece ser criticada. No se entiende la razón de derrocar la voluntad de las

<sup>4</sup> Sobre este cambio de perspectiva *vid.* LAITHIER (n. 1), p. 91.

<sup>5</sup> Por todos, René ABELUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I, p. 478 y ss.

partes expresada en el contrato. El efecto querido era la resolución de pleno derecho, pero se exige la demanda de resolución.

Debe, eso sí, tenerse presente que el artículo 1.879 recoge el pacto comisorio calificado, pero acotado a la obligación de pagar el precio en la compraventa.

Aquí nadie discute que existe una alteración a la voluntad de las partes. Uno podría sostener que se trata de una regla inapropiada que bien podría derogarse. Pero es la única que se refiere al pacto comisorio calificado. No existe otra.

Una duda ha surgido respecto a saber cuándo se produce la resolución en virtud del artículo 1.879.

## 2. Cuándo se produce la resolución en virtud del artículo 1.879 del CC

En Chile se ha discutido cuándo se produce la resolución tratándose del pacto comisorio calificado relativo a la obligación de pagar el precio.

Existen tres posiciones<sup>6</sup>.

- La primera, indica que la resolución operaría con el incumplimiento del pago del precio.
- La segunda, sería entender resuelto el contrato una vez transcurridas las veinticuatro horas para enervar la acción resolutoria.
- La tercera, la resolución operaría sólo por sentencia judicial en el juicio resolutorio.

El "plazo de gracia" otorgado al deudor solamente se referiría a impedir al comprador enervar la acción resolutoria más allá de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. Pero la resolución produciría sus efectos con la sentencia judicial ejecutoriada. Entonces, o se resuelve con el simple incumplimiento, transcurridas las veinticuatro horas o con la sentencia judicial.

En realidad, la intervención del juez sólo se justifica por la restricción prevista en el artículo 1.879, que exige demanda de resolución. Ésta opera una vez transcurridas las veinticuatro horas, pues ya no podrá el comprador enervar la acción resolutoria. El juez deberá verificar sólo si se cumplen las condiciones del pacto comisorio calificado.

Hemos visto la regulación del pacto comisorio en el *Código Civil*, es sólo a propósito de la obligación de pagar el precio en la compraventa. Y aquí surge otra pregunta tradicional, ¿qué ocurre con los otros contratos y en la misma compraventa, pero en una obligación distinta a la de pagar el precio?

<sup>6</sup> Vid. Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 423.

## 3. El pacto comisorio calificado en otros contratos diversos a la compraventa

Existe un reconocimiento unánime en cuanto a que el pacto comisorio calificado puede establecerse en otros contratos. Aún más, este acuerdo ha pasado a ser una cláusula de estilo en la contratación<sup>7</sup>.

Aceptado, entonces, que puede verificarse en contratos diversos a la compraventa, aún queda por discutir si la regulación prevista en el artículo 1.879 es extensible a estas otras hipótesis.

La opinión mayoritaria hoy rechaza la aplicación extensiva del artículo 1.879. Así, el profesor Peñailillo sostiene que debe privilegiarse la libertad contractual por sobre el argumento de la analogía. En sentido similar se pronuncia el profesor Abeliuk<sup>8</sup>.

Atrás han quedado las interpretaciones propuestas por Luis Claro Solar y Arturo Alessandri<sup>9</sup>. El primero justificaba el rechazo al pacto comisorio en los contratos diversos a la compraventa debiendo aplicarse contra la voluntad de las partes la condición resolutoria tácita. Por su parte, el segundo, señalaba, en su tesis, sobre la compraventa, que cualquier contrato en que se estipule un pacto comisorio queda regido por los artículos 1.877 a 1.880. De manera tal que el acreedor debe entablar la acción resolutoria, pudiendo el deudor enervar la acción en el mismo plazo establecido en el artículo 1.879<sup>10</sup>.

Se trata de una interpretación excesiva que reconoce mayor valor al argumento de la analogía. Incluso, Luis Claro Solar llega a concluir que a pesar del pacto comisorio calificado debe entenderse aplicable la condición resolutoria tácita, pudiendo enervarse la acción resolutoria durante todo el juicio. En efecto, para él, la estipulación del pacto comisorio calificado no priva al deudor de la facultad de enervar la acción resolutoria. Ni siquiera recurre a la aplicación del artículo 1.879, el cual considera excepcional, sino que atendido que el pacto comisorio tiene como función forzar al contratante al cumplimiento no puede en ningún caso producir la resolución de pleno derecho<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Philippe MALAURIE et Laurente AYNÈS, *Obligations*, 11ª ed., Paris, Cujas, 2004, vol. 2: Contrats et quasi-contrats, p. 293.

<sup>8</sup> PEÑAILILLO (n. 6), p. 425; ABELIUK (n. 5), p. 480 y ss.

<sup>9</sup> Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión, 2003, tomo II, vol. I, p. 477 y ss.; CLARO SOLAR (n. 3), p. 209 y ss.

<sup>10</sup> ALESSANDRI (n. 9), p. 463.

<sup>11</sup> Véase Luis CLARO SOLAR, "Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio", *RDJ*, tomo VIII, Santiago, 1911, p. 175 y ss.

Esta solución estaría conforme al carácter conminatorio del pacto comisorio calificado que busca el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, la opinión más extendida hoy en la doctrina y jurisprudencia entiende el pacto comisorio calificado con un efecto resolutorio sin intervención judicial. Esto significa que no se requiere demanda judicial ni tampoco el deudor puede enervar el efecto resolutorio. El argumento es simple: debe preferirse lo dicho en el contrato. Se agrega que la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza y, por ende, puede ser excluido por la voluntad de las partes.

Estos argumentos nos hacen concluir que el pacto comisorio calificado debe producir la resolución sin intervención del juez. Otra interpretación restaría cualquier valor práctico a la cláusula resolutoria, puesto que su mayor externalidad positiva es evitar el juicio, la tardanza y los costos del litigio.

En suma, para el Derecho chileno debe asumirse la validez del pacto comisorio con prescindencia de toda intervención judicial. No existen razones valederas para justificar un efecto distinto al resolutorio en el pacto comisorio calificado. Salvo por la excepción legal prevista en el artículo 1.879. Y esto por decisión del codificador, aunque debiera plantearse una reforma legal al respecto. Ya no cabe justificar esta excepción al acuerdo de los contratantes.

El conflicto entre la libertad contractual y la pretendida aplicación general de las reglas previstas, a propósito del pacto comisorio en la compraventa, debe tenerse por superado. Nada impide a las partes establecer una cláusula resolutoria expresa con independencia de la normativa aplicable al incumplimiento del precio en la compraventa. Las partes han escogido en plena libertad la sanción al incumplimiento del contrato, ¿qué podría justificar restringir esta libertad para exigir al acreedor demandar la resolución y entregar al deudor la facultad de enervar la resolución pagando en las veinticuatro horas siguientes a la notificación?

La idea de judicializar el pacto comisorio calificado repugna a su esencia. La interpretación de su régimen debe estar inspirada en la aplicación del efecto resolutorio.

Pero, ¿de qué efecto resolutorio hablamos? ¿Se trata de una resolución automática bastando que se verifique el incumplimiento del contrato? Esta interrogante nos lleva a abordar el efecto resolutorio del pacto comisorio.

#### 4. El efecto resolutorio del pacto comisorio calificado

Asumido que el artículo 1.879 constituye una regla excepcional, no siendo procedente extender su aplicación a otros contratos. Debemos determinar si el pacto comisorio produce la resolución de pleno derecho o se requiere alguna manifestación de voluntad del acreedor para hacer valer dicho efecto extintivo.

Una vez más las opiniones son diversas en la doctrina chilena.

Para algunos, como René Abeliuk, debe estarse a la voluntad expresada en el contrato<sup>12</sup>. Por lo tanto, si las partes acordaron que el incumplimiento producirá la resolución de pleno derecho no se requerirá ningún otro trámite. Así se ha fallado mayoritariamente por los tribunales chilenos<sup>13</sup>. En la práctica, el acreedor hará valer la resolución del contrato por el efecto del pacto comisorio demandando y, además, la indemnización de los perjuicios.

Sin embargo, una opinión distinta se ha encargado de establecer la necesidad del acreedor de manifestar su voluntad para que la resolución se produzca<sup>14</sup>. No bastaría, entonces, el mero incumplimiento, sino que el acreedor debería notificar al deudor su intención de resolver el contrato.

Para sustentar esta interpretación se han aportado argumentos históricos y de Derecho Comparado. Así lo requiere en forma expresa el *Código Civil* italiano. Se señala, asimismo, que en caso contrario la resolución quedaría entregada a la voluntad del deudor, quien mediante un acto meramente potestativo podría resolver el contrato. Dicha "condición meramente potestativa" sería nula por depender de la sola voluntad del deudor. Esta opinión de identificar el incumplimiento del deudor con la "mera voluntad" es criticable. La regla relativa a la nulidad de la "condición meramente potestativa" se refiere al nacimiento de la obligación. En efecto, el artículo 1478 señala "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa...". Es decir, son nulas las obligaciones cuyo nacimiento queda supeditado a la mera voluntad de una de las partes. Pero tratándose del pacto comisorio, la obligación nace y luego se incumple. Lo que intenta sancionar el artículo 1.478 es la voluntad no sería al contraer una obligación. Sin embargo, no se coloca en la etapa de ejecución del contrato<sup>15</sup>.

Los argumentos allegados para exigir una notificación de la voluntad, para hacer efectiva la resolución del contrato, no parecen convincentes.

Si las partes acordaron que el incumplimiento acarrea la resolución de pleno derecho debe respetarse la voluntad expresa en el contrato. Así lo qui-

<sup>12</sup> ABELIUK, (n. 5), p. 481; PEÑAILILLO, (n. 6), p. 428.

<sup>13</sup> Véase recientemente Corte Suprema, 8 de marzo de 2004, en LexisNexis, N° 29777: "Que los argumentos se desarrollan sobre la base de hechos diversos de los establecidos por los sentenciadores y por lo mismo no pueden prosperar. En efecto, en la sentencia impugnada se establece que las partes introdujeron en la cláusula undécima del contrato de arrendamiento el pacto comisorio calificado que produce ipso jure la extinción del arrendamiento, razón por la cual el arrendatario carece de facultad para hacer subsistir el contrato consignando las rentas que en su oportunidad dejó de pagar".

<sup>14</sup> Carlos PEÑA GONZÁLEZ, "La resolución como ineficacia extrínseca", en <http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/Resolucion.PDF>, visitado el 6 de septiembre de 2005.

<sup>15</sup> Vide PEÑAILILLO (n. 6), pp. 426 y 427.

sieron las partes y si hubieren querido otra cosa lo habrían especificado. En ciertos casos, ocurre de esta manera en la práctica contractual. Se establece que el contrato se resolverá de pleno derecho en caso de incumplimiento una vez que el acreedor manifieste su voluntad mediante carta certificada notificada al deudor. También podría establecerse un plazo para el cumplimiento. Pero todo esto es gobernado por la voluntad de las partes.

Surge, eso sí, un problema si el contrato incumplido ha continuado ejecutándose por las partes. Hubo incumplimiento, pero las partes decidieron continuar. Aquí no debe creerse que existe un nuevo contrato con todos los problemas que esto conllevaría, sino que ha operado una renuncia a la resolución de pleno derecho o una resciliación de la cláusula en cuestión.

### 5. El control judicial del pacto comisorio

Las precedentes reflexiones nos han llevado a considerar el pacto comisorio o cláusula resolutoria como una sanción al incumplimiento contractual fruto de la voluntad de las partes.

Recordemos que los obstáculos legales al pacto comisorio en la compraventa respecto a la obligación de pagar el precio tienen aplicación excepcional. Hemos, además, establecido como criterio de interpretación el interés del acreedor ante el incumplimiento, descartando cualquier privilegio esbozado a favor del cumplimiento forzado de la obligación.

No obstante, el pacto comisorio calificado no está exento de un cierto temperamento eventual y, a posteriori, que pueda efectuar el juez. Si bien el efecto resolutorio cumplidas las condiciones no puede objetarse por la intervención judicial, sí puede ocurrir que dichas condiciones no se verifiquen pudiendo descartarse la resolución del contrato. Esto justifica referirse al control del pacto comisorio en términos generales y el caso particular en el contrato de arrendamiento.

### 6. Temperamentos generales al pacto comisorio calificado

Como se sabe, la condición resolutoria tácita presenta un marcado carácter judicial. La intervención del juez es intensa para aceptar la demanda de resolución. Se fija si existió incumplimiento, qué incumplimiento, grave, ínfimo; qué obligaciones se incumplieron, esenciales, accesorias, etc.<sup>16</sup>. En el

<sup>16</sup> Sobre esto, *vide*, Claus KREBS PAULSEN, "La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 N° 4, 1999, p. 839; Alejandra AGUAD DEIK, "Comentarios de Jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4, Santiago, 2005, p. 185 y ss.; Enrique, Alcalde

pacto comisorio la intervención judicial debe ser menos intensa. Pero existen importantes coincidencias en cuanto a las condiciones que deben verificarse para que se justifique el efecto resolutorio del pacto comisorio calificado y la condición resolutoria tácita. Una precisión se impone, en la condición resolutoria tácita la resolución operará necesariamente por sentencia judicial, pudiendo enervar la acción el deudor durante todo el juicio. O, al menos, así ha sido interpretado mayoritariamente en la jurisprudencia, pese a que debiera distinguirse entre el pago efectivo y la excepción de pago. Esto quiere decir que la excepción de pago durante el juicio debe basarse en un cumplimiento efectuado en forma precedente a la demanda judicial.

Cuestión distinta ocurre en el pacto comisorio calificado, puesto que la resolución habrá operado una vez notificada la voluntad del acreedor de hacer efectivo el pacto comisorio o en forma automática, según la redacción de la cláusulas. El control del juez será nada más eventual y con posterioridad a la resolución del contrato.

Pero, ¿cuáles son esas coincidencias entre ambas manifestaciones de la cláusula resolutoria, tácita y expresa con efecto *ipso facto*?

La primera es que debe verificarse un incumplimiento del contrato. Y surge de inmediato la pregunta ¿qué incumplimiento justifica la resolución emanada del pacto comisorio calificado? En el caso de la cláusula resolutoria tácita no cualquier incumplimiento amerita la resolución judicial. Debe tratarse de un incumplimiento grave, señalan algunos y otros distinguen entre obligaciones esenciales y accesorias para determinar la resolución<sup>17</sup>. Pero en el pacto comisorio calificado, ¿cualquier incumplimiento habilita la resolución de pleno derecho? ¿Basta un soplo de incumplimiento para que el acreedor pueda dar por extinguido el contrato en virtud de la cláusula resolutoria expresa? Tratándose de la cláusula tácita la jurisprudencia chilena parece inclinarse por la necesidad de un incumplimiento significativo o grave, inspirado en la necesidad de respeto a la buena fe en la ejecución de los contratos<sup>18</sup>.

Pero en el pacto comisorio debe privilegiarse la voluntad expresada en el contrato y cualquier incumplimiento sin importar la gravedad debiera justificar la resolución. Así ha sido pactado en el contrato. Una cuestión distinta ocurriría si existe intención del acreedor de dañar a su contraparte en el ejercicio de la facultad de resolver el contrato. En este caso estaríamos en una hipótesis de responsabilidad civil que en nada afectaría la resolución del contrato.

Asumido lo anterior, esto es, que no incide en el pacto comisorio el tipo de obligación, ni tampoco la gravedad del incumplimiento, la intervención

Rodríguez, "Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido", en *Actualidad Jurídica*, N° 8, Santiago, 2003, p. 68 y ss.

<sup>17</sup> *Vide* autores citados en nota anterior.

<sup>18</sup> Corte Suprema, 31 marzo de 2003, en LexisNexis, N° 26369.

judicial para verificar las condiciones de eficacia del pacto comisorio quedan reducidas a evaluar si existió dicho incumplimiento.

Bien puede ocurrir que el deudor, contra quien se hizo valer la cláusula resolutoria, expresa pretenda haber cumplido en forma exacta y oportuna sus obligaciones. En este caso el juez deberá verificar si dicho cumplimiento es efectivo, pudiendo reconocer la pretensión del deudor otorgando la respectiva indemnización de perjuicios. Como puede observarse, el juez deberá evaluar si dicho incumplimiento se verificó. También puede ocurrir que sea el propio acreedor que hizo valer la cláusula resolutoria expresa quien ponga en movimiento el aparato jurisdiccional a fin de obtener la indemnización de los perjuicios o la cláusula penal pactada.

En esta circunstancia el demandado puede oponerse, alegando la excepción de contrato no cumplido, para lo cual hará valer que el demandante también incumplió sus obligaciones. Aplicará el aforismo la mora purga la mora. Esto requerirá para el juez establecer si efectivamente el acreedor demandante ha dado fiel cumplimiento a sus propias obligaciones, en caso contrario podrá desechar la resolución emanada del pacto comisorio calificado.

Aquí se asume que la mora constituye un elemento de la resolución, cuestión que no está exenta de controversia.

En definitiva, podemos observar que existe una intervención moderada del juez en frente del pacto comisorio calificado. El tribunal no podrá cuestionar la decisión del acreedor de hacerlo valer, ni tampoco reconocer al deudor la facultad de ejecutar sus obligaciones.

### 7. El pacto comisorio en el arrendamiento

Aun, el juez puede tener una intervención más intensa en ciertas hipótesis particulares previstas en el *Código Civil*. Esta situación se verifica en el Derecho chileno a propósito del artículo 1.977 sobre contrato de arrendamiento. Este precepto ha sido interpretado por la doctrina como una restricción a los efectos del pacto comisorio calificado en el arrendamiento de "casas, almacenes u otros edificios". Esto comprende en Chile los inmuebles urbanos.

Según el artículo 1.977: "La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenções entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días".

Este precepto constituye una regla especial que alteraría la cláusula resolutoria tácita del artículo 1.489 del CC. El incumplimiento de la obligación de pagar la renta tiene en el *Código* una normativa particular, según la cual el arrendador sólo podrá poner término al contrato una vez constituido el

arrendatario en mora por un período entero y efectuadas dos reconvenções judiciales. A partir de este precepto se requiere una intervención judicial para poner término al arrendamiento.

La pregunta que puede plantearse es, ¿cómo opera el pacto comisorio calificado en el contrato de arrendamiento en presencia del artículo 1.977? ¿Este precepto constituye un límite a los efectos propios de la cláusula resolutoria expresa?

Para entender el artículo 1.977 como una forma de alterar el pacto comisorio calificado habría que considerarlo una regla indisponible para las partes. Si consideramos este precepto una regla dispositiva, las partes bien podrían excluir las condiciones que prevé en virtud de la libertad contractual. Por el contrario, al entenderlo como un precepto de orden público indisponible, las partes a pesar de su voluntad de poner término al contrato por el incumplimiento deberán inclinarse ante la citada disposición legal.

Quienes aprueban la libertad contractual argumentan que el artículo 1.977 establece derechos al arrendatario, a los cuales podría renunciar por no tratarse de una norma de orden público. Al establecer el pacto comisorio el arrendatario habría renunciado a los derechos conferidos por el artículo 1.977<sup>19</sup>.

En contra se ha señalado que: "El análisis histórico del precepto muestra... que el artículo 1977 posee una función limitativa y no meramente supletoria de la voluntad de las partes, que, además... se ve reforzada por los preceptos de la legislación especial"<sup>20</sup>.

Habría argumentos de índole histórica, pues en proyectos precedentes al inédito se señalaba la frase "si nada se ha estipulado...". De lo cual derivaría que si se excluyó esta frase se quiso decir que ahora las partes no podrían modificarlo. Estos argumentos son poco convincentes, pues bien podría señalarse que se eliminó por inútil o innecesaria. Por lo demás el intérprete no tiene por qué quedar atado a una intención de hace ciento cincuenta años.

Sin embargo, existe otro argumento emanado de la legislación especial que rige el arrendamiento de predios urbanos. Esta ley señala que los derechos consagrados a favor del arrendatario son de carácter irrenunciables. El artículo 19 de la ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos indica: "Son irrenunciables los derechos que esta ley concede a los arrendatarios". Y se ha pretendido que entre estos derechos cabría contemplar el artículo 1977, pues la misma ley, aunque por motivos meramente procesales lo menciona en su artículo 10.

<sup>19</sup> Vide *RDJ*, tomo XLVI, Santiago, 1969, sec. 1ª, p. 109, con comentario de Víctor Santa Cruz.

<sup>20</sup> PENA (n. 15).

Los argumentos entregados para impedir la resolución de pleno derecho en el contrato de arrendamiento no parecen convincentes. Creo que debe privilegiarse la libertad contractual. Sólo podría impedirse esta cláusula expresa cuando se considere atentatoria a la buena fe en virtud de las reglas aplicables a los contratos por adhesión. Aquí hago la aclaración que no me refiero al control de cláusulas abusivas en la ley de Protección al Consumidor, sino a la aplicación del Derecho común.

En suma, qué tenemos sobre el pacto comisorio. Las siguientes son las conclusiones:

1. Debe ponerse cuidado en la forma de redactar las cláusulas relativas al pacto comisorio calificado, optando por la resolución automática o con notificación de la voluntad del acreedor. Esta última forma de redacción parece más apropiada.
2. El pacto comisorio calificado constituye una sanción más al incumplimiento contractual fruto del acuerdo de las partes. Por lo tanto, debe evitarse entenderlo con una función única conminatoria.
3. La regla prevista en el artículo 1.879 tiene un carácter excepcional y queda restringida a la obligación de pagar el precio en el contrato de compraventa.
4. Siendo posible el pacto comisorio en otros contratos debe privilegiarse el efecto resolutorio, pues la resolución fue la sanción escogida por las partes.
5. La intervención judicial frente al pacto comisorio calificado debe ser restrictiva. El juez queda impedido de llevar a cabo un control de oportunidad. Su función se limita en caso de reclamo judicial a un control de regularidad de las condiciones.

## LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR EL INCUMPLIMIENTO DE SU TERCERO ENCARGADO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS\*

Álvaro R. Vidal Olivares

### RESUMEN

La CV instaura un régimen de responsabilidad objetivado que se articula a partir del solo hecho del incumplimiento del contrato, y que reconoce la posibilidad al deudor de exonerarse cuando el incumplimiento se debió a un impedimento ajeno a su esfera de control. El principio que explica la atribución de responsabilidad es el del razonable control, que permite dibujar dos áreas de atribución de responsabilidad: la esfera típica de control del deudor y otra que va más allá de ella.

En la primera el deudor queda sometido a una responsabilidad absoluta y en la segunda la responsabilidad es estricta porque a pesar de ser objetiva cabe la exoneración bajo ciertas condiciones. En esta segunda área el deudor responde por los impedimentos ajenos a la esfera de control del deudor, pero previsibles al momento del contrato y por aquellos imprevisibles, empero razonablemente evitables y superables en sí o en sus consecuencias. La finalidad del presente trabajo es el estudio del régimen de responsabilidad que la CV prevé para el supuesto de incumplimiento del deudor que tiene su causa en el incumplimiento de un tercero a quien se le encargó el todo o parte de la ejecución del contrato. Es habitual que en el tráfico sus operadores encarguen a terceros la realización de parte o todas las actividades que integran el objetivo de los contratos que celebran; por lo que no será extraño, en la práctica, que precisamente sea el incumplimiento del tercero el que cause el del deudor en la compraventa

\* En el presente trabajo se recoge parte de los resultados alcanzados en la ejecución del proyecto de investigación FONDECYT N° 1030352, cuyo investigador responsable es el profesor Álvaro R. Vidal Olivares.