

PRESENTACIÓN

I. En un sugerente trabajo, el profesor Fabricio Mantilla señala:

“el derecho normalmente oscila entre periodos en los cuales las normas provienen de distintas fuentes, su conocimiento es difícil y su interpretación incierta, para pasar luego por procesos de unificación, centralización y simplificación”¹.

En lo que a Derecho de Contratos respecta atravesamos uno de los segundos procesos.

II. Desde hace ya casi tres décadas el paradigma del Derecho de Contratos instalado por los códigos decimonónicos (especialmente por el *Code civil* francés) se ha visto desafiado por un modelo alternativo, cuyos orígenes pueden rastrearse en la CV y cuya influencia se ha dejado sentir con intensidad en ciertos códigos civiles, directivas comunitarias –y sus correspondientes leyes de trasposición– y, en fin, en múltiples cuerpos normativos de *soft law* ya sea de Derecho uniforme a la manera de los Principios UNIDROIT o, bien, de “armonización” del Derecho de Contratos como los PECL o el MCR. Si al proyecto de las codificaciones del siglo XIX subyacía la idea de dotar al Estado-nación de su propia regulación, lo que inspira el nuevo proceso es, más bien, disponer de un *corpus* de principios y reglas de carácter supranacional.

III. Para efectos de esta presentación, sin embargo, lo relevante no es el cambio de las coordenadas nacionales a las supranacionales, sino, más bien, el modelo de contrato en torno al cual se procura armonizar las legislaciones nacionales. Conviene, entonces, detenerse, aunque sea de manera breve en ese modelo de contrato, particularmente –por el contenido de este libro– en lo que se refiere a la responsabilidad contractual.

¹ Fabricio MANTILLA, “El *solidarismo* contractual en Francia y la *constitucionalización* de los contratos en Colombia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio 2011.

Antonio Manuel Morales Moreno, a quien puede seguirse con confianza en estas materias, ha prestado especial atención a las características más relevantes del nuevo sistema de responsabilidad contractual². Ante todo –señala–, existe una *unificación* del supuesto de incumplimiento contractual. Para comprender mejor este primer rasgo conviene precisar *cuál* es ese supuesto de incumplimiento contractual sobre el que reposa el modelo³. En la respuesta a esa pregunta resulta útil la definición de incumplimiento contenida en la Propuesta de Modernización del *Código Civil* en materia de Obligaciones y Contratos Española. Dispone su artículo 1.188.I:

“Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”⁴.

Así concebido, el incumplimiento es simplemente la falta de realización del contrato. El carácter cristalino de esta definición encubre profundas implicancias para el sistema de responsabilidad contractual (entendida la responsabilidad en un sentido amplio)⁵. Por una parte, no considera la mora del deudor; por otra, absorbe en un régimen general los regímenes especiales de incumplimiento (así, por ejemplo, los vicios redhibitorios, la evicción o las diferencias de cabida en los inmuebles); en segundo lugar, comprende como incumplimiento las hipótesis que actualmente se enmarcan en la imposibilidad inicial de la prestación y la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Junto a este carácter unificador de la noción de incumplimiento, en tercer lugar, se desvincula la imputabilidad subjetiva del incumplimiento. En este sentido es posible afirmar su carácter neutral, es decir, su función al margen de la culpa o dolo del deudor⁶. Que exista incumplimiento sin que

² Antonio Manuel MORALES MORENO, “Evolución del concepto de obligación en derecho español”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2006, pp. 29-35.

³ Sobre el tema puede consultarse el magnífico trabajo de Nieves FENOY PICÓN, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento”, en *ADC*, vol., 63, Nº 1, Madrid, 2010, pp. 48-136.

⁴ Más elocuente aún el artículo 1:301 (4) de los PECL.

⁵ Véase en este sentido FENOY PICÓN (n. 3), pp. 72-76.

⁶ Esta idea obedece al hecho de que el incumplimiento no gravita en torno a la conducta debida del deudor, sino a la falta de realización del contrato. Sobre esto puede consultarse Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Cizur Menor (Navarra), 2008, tomo II, pp. 647-653.

sea necesario imputar culpa o dolo al deudor no significa que estos factores de atribución dejen de tener relevancia, sino, más bien, que su relevancia se desplaza desde la noción de incumplimiento hacia los remedios, particularmente al indemnizatorio⁷. Ahora bien, si se presta atención al remedio indemnizatorio se advierte un cambio sustantivo en lo que se refiere a la imputabilidad: la noción de culpa, entendida en un sentido amplio (como *faute* en el Derecho francés) se ve reemplazada por causales de exoneración que se articulan en torno a la “esfera de control” del deudor⁸.

La segunda característica más relevante del nuevo sistema de responsabilidad contractual se refiere a la articulación del sistema de remedios. ¿Qué quiere decir esto? Para comprenderlo conviene advertir que en el *Código Civil* de Andrés Bello no existe, articuladamente, al menos, un sistema de responsabilidad contractual⁹, una de las manifestaciones más elocuentes de esta ausencia es la falta de sistematización de las acciones de que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual¹⁰. Pues bien, en lo que se ha denominado el nuevo Derecho de Obligaciones la situación es diversa, el riesgo de la insatisfacción del acreedor se distribuye a través de un sistema articulado de remedios a saber: la pretensión de cumplimiento, la suspensión del cumplimiento de la propia obligación, la resolución, la disminución del precio y la indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, la articulación de dichos remedios se verifica, al menos de tres maneras:

- regulándolos sistemáticamente como consecuencias del incumplimiento¹¹. Así, por ejemplo, sucede con el capítulo IX de los PECL (Medidas

⁷ En los PECL la imputabilidad del incumplimiento es también relevante para efectos del cumplimiento forzado. Según lo dispuesto en el artículo 8:101(2) de los PECL, siendo el incumplimiento excusable el acreedor no puede exigir el cumplimiento del contrato. Véase Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio M. MORALES MORENO, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 326-327.

⁸ Sobre esta noción puede consultarse Peter SCHLECHTRIEM & Petra BUTLER, *Un Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin, Springer, 2009, pp. 201-203.

⁹ Sobre el tema véase Carlos PIZARRO WILSON, “La influencia del *Code* en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?”, en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 121-136.

¹⁰ Los problemas que de esto se siguen son, desde luego, múltiples, simplemente a título ejemplar la coordinación de la acción resolutoria con el requisito de la mora, la independencia de la acción indemnizatoria respecto de las acciones de cumplimiento forzado y resolutoria, y la supuesta precedencia de la acción de cumplimiento forzoso por sobre la resolutoria.

¹¹ Esto que, resulta obvio no necesariamente lo es. Una prueba contundente se encuentra en el artículo 1489 del *CC*, que establece la resolución por incumplimiento a propósito de los

- concretas por incumplimiento), o con el capítulo 7 de los PCCI (Incumplimiento);
- identificando los requisitos de procedencia de cada uno de los remedios¹²
 - en fin, la articulación de los remedios se muestra a través de ciertas reglas de coordinación entre ellos. Ejemplos de lo anterior se encuentran en la coordinación de las acciones de resolución y aquéllas de anulación (ex art. 4119 de los PECL), la acumulación de acciones (ex art. 8102 de los PECL) o, bien, del *ius variandi* (ex art. 7.2.5 de los PCCI).

IV. Basta una presentación tan modesta como la anterior para advertir que el nuevo Derecho de Obligaciones plantea desafíos enormes al paradigma de Derecho de Contratos, propio de nuestro venerable *Código Civil*. Estos desafíos no han pasado desapercibidos para un sector de la doctrina nacional¹³. El ánimo de esta publicación es contribuir a esa discusión, de lo que se trata es de allegar materiales para la discusión del Derecho de Obligaciones nacional a la luz de los nuevos desarrollos que ha venido experimentando esta disciplina en el Derecho Comparado.

V. Este libro reúne un conjunto de trabajos que orbitan en torno al incumplimiento contractual y sus remedios. Lo inaugura el que pertenece a la profesora Nieves Fenoy Picón, en él muestra cómo se ha recogido el incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del *Código Civil* de 2009, para quienes no se encuentren especialmente familiarizados con el tema, el artículo constituye una introducción a buena parte de aquello que configura el nuevo Derecho de Obligaciones. De su lectura se aprende, sin fricciones, lo que toscamente ha quedado insinuado en esta introducción: la amplitud y neutralidad del concepto de incumplimiento y la presencia de un sistema articulado de remedios. No en vano la profesora Nieves Fenoy es, desde hace años, una de las expertas en el tema más reconocidas en su país.

El segundo trabajo, pertenece a la profesora María Graciela Brantt Zumarán y avanza en la misma línea de su magnífica tesis doctoral, recientemente

efectos de las condiciones. La cuestión se encuentra bien expuesta en el trabajo de la profesora Lis San Miguel Pradera en este mismo volumen.

¹² Si bien todos requieren de incumplimiento, en algunos casos, se suman otros requisitos. Así, por ejemplo, la esencialidad del incumplimiento respecto de la resolución, la ausencia de causales de exoneración en la indemnización o la no dilación de su ejercicio en la pretensión de cumplimiento y en la resolución. Sobre el particular MORALES MORENO (n. 2), pp. 31-32.

¹³ Abundantes citas en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.

publicada¹⁴: el caso fortuito. Un tema que, hasta las recientes aportaciones de María Graciela no había fatigado particularmente a la doctrina nacional. Sugiere la autora una cuidadosa reinterpretación del caso fortuito, no sólo de sus requisitos (¿qué significa su exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad?) sino, además –y a esto debe prestársele una especial atención–, a sus efectos. En su opinión –correcta, a mi parecer– el caso fortuito debe comprenderse como una causal de exoneración de la responsabilidad contractual y no, necesariamente al menos, como un modo de extinguir la obligación.

El siguiente artículo se refiere a los remedios disponibles para el acreedor en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias. Su autor es el profesor Rodrigo Momberg Uribe, a estas alturas –no hay exageración en esto– el mejor experto en la materia en el ámbito nacional.

El tema de imprevisión –como suele denominársele en Chile– ha sido objeto de una dilatada atención por parte de la doctrina nacional. Sus remedios, sin embargo, no. El mismo autor se había preocupado de la carga de renegociar¹⁵ y yo, en un trabajo que, en este momento se encuentra en prensa¹⁶, de sus consecuencias. No hay mucho más. Leyendo el penetrante e informado artículo del profesor Rodrigo Momberg me alegro por la civilística chilena y lo lamento por mí.

A continuación, vienen dos trabajos sobre resolución. En el primero de ellos, el de cobertura más amplia, la profesora Lis San Miguel Pradera se ocupa de la resolución por incumplimiento en el Derecho español y chileno. Se trata de un trabajo extenso, pero, si se lee con atención, se percibe que sus páginas logran presentar con acierto y una capacidad de síntesis envidiable, una figura respecto de la cual prácticamente todo se discute. Forzados a repensar esta figura como estamos en Chile, me parece que la mejor guía se encuentra en una cita de Guenter Treitel en el trabajo de la profesora Lis San Miguel, según la cual su diseño legal debe tener en cuenta ambos intereses en conflicto; por una parte, el interés de quien sufre el incumplimiento y desea poner fin al contrato y recuperar los recursos económicos invertidos en él y, por otra, el del incumplidor, que pretende mantener el contrato cuando así resulta razonable.

¹⁴ María BRANTT ZUMARÁN, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad contractual: concepto y función del caso fortuito en el código civil chileno*, Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010.

¹⁵ Rodrigo MOMBERG URIBE, “La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1, Santiago, 2010, pp. 43-72.

¹⁶ Iñigo DE LA MAZA, “Las consecuencias de la alteración sobrevenida de las circunstancias”, en prensa con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

En el segundo trabajo sobre resolución, la profesora Claudia Mejías Alonzo presta atención a un aspecto especialmente desafiante de esta figura: su carácter esencial. En la actualidad, nadie parece discutir la entidad del incumplimiento como un requisito de procedencia de la acción resolutoria. Lo que se discute, en cambio, es cómo determinar el carácter esencial del incumplimiento. La profesora Claudia Mejías dedicó su tesis doctoral a responder esta pregunta. El artículo con que ha contribuido a esta obra muestra el grado de madurez sobre un tema que permite alcanzar una tesis doctoral. Avanzando sus páginas el lector accede a la mirada más reflexiva que, hasta el momento, se ha dado a la cuestión en Chile.

El siguiente artículo es de mi autoría y se refiere a una cuestión que involucra la resolución: el concurso de acciones de nulidad y resolutorias. El trabajo se desenvuelve en torno a dos interrogantes. La primera de ellas es si puede existir concurso entre ambas acciones. Mi opinión es que, en ciertas hipótesis, sí. La segunda es cómo debería resolverse dicho concurso. Mi opción, en el estado actual de cosas, es la acumulación alternativa. En un derecho de obligaciones con un concepto amplio de incumplimiento, en cambio, la acción resolutoria debería desplazar a las de nulidad.

La profesora Claudia Bahamondes Oyarzún es la autora del próximo trabajo. En él examina la concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual. Sugiere que la doctrina tradicional y la jurisprudencia chilena ha entendido que tratándose de obligaciones de dar no dinerarias, el acreedor insatisfecho debe demandar el cumplimiento forzado de la prestación y únicamente cuando esto no resulte posible puede acudir al remedio indemnizatorio. Con buen juicio, cuestiona esta asunción. Sirviéndose del Derecho Comparado y de una interpretación más razonable de las normas nacionales, indica que, si bien, en ciertos casos, se justifica esta regla, no existen buenas razones para que la regla general sea ésta.

A continuación, dos artículos relacionados con el remedio indemnizatorio. Ambos, específicamente sobre lucro cesante.

El primero pertenece al profesor Antonio Manuel Morales Moreno y se refiere a la indemnización del lucro cesante. El trabajo se endereza en torno a dos cuestiones. La primera consiste en determinar los beneficios o ventajas de los que puede verse privado el acreedor en caso de incumplimiento de un contrato. La segunda consiste en determinar la regla por la cual debe regirse la indemnización de estos daños. Hace un par de años el profesor Antonio M. Morales Moreno ha venido trabajando el tema del lucro cesante¹⁷. Yo,

¹⁷ Véase Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson, 2010.

al menos, no conozco un enfoque más sofisticado que el que ofrece en estas páginas.

El segundo, sobre el remedio indemnizatorio, pertenece a la profesora Beatriz Gregoraci Fernández. En él se examina la *remoteness rule* en el Derecho inglés. Se trata de una regla destinada a determinar el lucro cesante que puede formularse de la siguiente manera: un daño es demasiado remoto (y, por lo tanto, no indemnizable) si al tiempo de la celebración del contrato el demandado no lo contempló ni pudo, razonablemente, haberlo contemplado como un riesgo serio de su incumplimiento. Lo que propone la profesora Beatriz Gregoraci a través de su análisis de una importante sentencia de la House of Lords¹⁸, es que la clave de lectura de la *remoteness rule* no se encuentra exactamente en los riesgos previstos por el demandado, sino, más bien, en los que asumió en el contrato. Cómo determinar qué se asumió en el contrato es, desde luego, una tarea compleja. Las ideas de *lord* Hoffman, reproducidas en el texto de la profesora Beatriz Gregoraci ayudan de manera considerable en esta tarea.

El penúltimo trabajo de este libro corresponde a una poderosa contribución del profesor Cristián Banfi del Río, que se sitúa un paso más allá del Derecho de Contratos y que, por lo mismo, contribuye a determinar sus fronteras. Su tema –el mismo que guió su tesis doctoral en la Universidad de Cambridge– es la interferencia en el contrato ajeno. El problema específico que lo ocupa es éste: ¿cómo diseñar una regla de responsabilidad por interferencia en un contrato ajeno coherente con la libertad de consumir. La vastedad del *neminem laedere* consagrado en los artículos 2314 y 2329 del *CC* determina que la respuesta a esta cuestión no sea nada evidente. La sugerencia del autor es que debe exigirse dolo o culpa grave por parte de quien interfiere para responsabilizarlo de los perjuicios que irroga al acreedor el incumplimiento contractual. Ésas son las ideas principales, realmente vale la pena leer la prolija argumentación que las justifica en este espléndido trabajo.

Cierra este volumen, una contribución de la profesora Francisca Barrientos Camus, su tema son los vicios redhibitorios, tanto en el *Código Civil* como en la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Quien simpatiza con el nuevo Derecho de Obligaciones comprende que la figura de los vicios redhibitorios constituye un lastre del cual haríamos bien en liberarnos. Las posibilidades son dos, una reforma del *Código Civil* o, bien, una nueva lectura de las reglas pertinentes que, en definitiva, permita coordinar la actual fisonomía de éstos con los remedios generales frente al incumplimiento. La profesora Francisca Barrientos, me parece, avanza en

¹⁸ *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc.*, 2008 UKHL 48.

este segundo sentido, mostrando cómo la debida comprensión de la ley N° 19.496 nos aproxima a la noción de falta de conformidad.

VI. En fin, me resta agradecer a los autores y autoras que participaron en este libro. Todas y todos son personas ocupadas, por lo mismo, que hayan sabido encontrar el tiempo para escribir sus artículos es algo por lo cual quedo como su deudor. Y una cosa más, en lo que a mí respecta, dedico este libro a Claire, tan presente en su ausencia.

IÑIGO DE LA MAZA G.