

EL ABUSO DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR Y SU IMPORTANCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA EQUILIBRADO DE REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

THE ABUSE OF THE RIGHT OF THE CREDITOR'S OPTION AND ITS IMPORTANCE IN BUILDING A BALANCED SYSTEM OF REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT

O ABUSO DO DIREITO DE OPÇÃO DO CREDOR E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA EQUILIBRADO DE REMÉDIOS POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

13

*Patricia Verónica López Díaz**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad abordar la opción del acreedor frente al incumplimiento contractual y determinar si tal opción tiene la naturaleza jurídica de un derecho, y en tal caso, si éste puede ser susceptible

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Adolfo Ibáñez. Doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil de la Universidad Andrés Bello, sede Viña del Mar. Dirección Postal: Sotomayor 592, 4° piso, Valparaíso, Chile. Artículo recibido el 1 de mayo de 2011 y aceptado para su publicación el 6 de septiembre de 2012.

Este trabajo constituye una versión ampliada de la ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011 realizadas en la Universidad Adolfo Ibáñez, sede Viña del Mar, compilada en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (ed.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, Abeledo Perrot, 2012, que contiene sus respectivas actas. El artículo corresponde al proyecto FONDECYT N° 1120708: "Finalidad, contenido y extensión de la indemnización de daños por incumplimiento", cuyo investigador responsable es el doctor Álvaro Vidal Olivares.

de abuso, precisando su incidencia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por. A tal efecto se analizará la normativa contenida en el *Código Civil* chileno y el equilibrio de los intereses contractuales del acreedor y el deudor, ocurrido el incumplimiento.

Palabras Clave: derecho de opción, abuso del Derecho, equilibrio de los intereses contractuales.

ABSTRACT

The present work aims to tackle abuse of right of the creditor's option to determinate whether the option of the creditor facing the breach of contract is the legal nature of a right, and if so, if it can susceptible to abuse, pointing out their implications in a construction of a balance system of remedies for breach. In order to do that, this work also analyses the articles contained in the *Chilean Civil* and the balance of contractual interest of the creditor and debtor after the breach.

Keywords: Right of option, abuse of right (*ultra vires*), balance of contract interests.

14

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a opção do credor diante do descumprimento contratual e determinar se tal opção tem a natureza jurídica de um direito, e em tal caso, se este pode ser suscetível de abuso, precisando sua incidência na construção de um sistema equilibrado de remédios por descumprimento. Para isso analisaremos a normativa contida no *Código Civil* Chileno e o equilíbrio dos interesses contratuais do credor e o devedor, ocorrido o descumprimento.

Palavras Chave: direito de opção, abuso do direito, equilíbrio dos interesses contratuais.

INTRODUCCIÓN

El abuso del derecho no ha sido abordado por la doctrina y jurisprudencia nacional, aun cuando constituye un límite extrínseco a la opción del acreedor insatisfecho. Ello, probablemente encuentre explicación en el

hecho de que no se ha concebido la opción como un derecho frente al incumplimiento contractual y, si bien se ha evidenciado una preocupación por proteger el interés del deudor incumplidor, ésta se ha manifestado en forma exclusiva en el análisis dogmático de la carga del acreedor de mitigar las pérdidas.

El tópico del abuso del derecho de opción reviste trascendental importancia, dado que puede ocurrir que frente al incumplimiento contractual el acreedor escoja un remedio que, si bien satisface su interés, desconoce aquél del deudor, impidiéndole liberarse del vínculo obligatorio e, incluso, exigiéndole incurrir en costos excesivos o desproporcionados.

Así, por ejemplo, puede ocurrir que el acreedor requiera al deudor la ejecución de la prestación de cumplimiento específico, en circunstancias que ella es excesivamente gravosa para el deudor o, bien, demande resolución de un contrato por un incumplimiento que no revista el carácter de resolutorio.

En tales casos, la protección del deudor no se alcanza a través de la carga del acreedor de mitigar las pérdidas, pues como ha quedado establecido por la doctrina nacional y comparada¹, tal carga sólo incide en la cuantía de la indemnización de daños, mas no en la opción.

Una eventual solución a este problema podría encontrarse en la denominada *gestión razonable de los remedios contractuales* contenida en la CVCIM, pues se impone el deber de ejercitarlos razonablemente, debiendo adoptar las medidas necesarias para evitar la incertidumbre del contratante incumplidor respecto de la medida que escogerá y minimizar los efectos patrimoniales que para él produce el incumplimiento².

Sin embargo, lo cierto es que la *gestión razonable de los remedios contractuales*, aparece extraña a nuestro sistema jurídico y requiere de una construcción dogmática que ciertamente desplazaría a otras instituciones

¹ La carga de mitigar las pérdidas obliga al deudor incumplidor a reembolsar los costos razonables (daños incidentales) en que incurra el acreedor por la adopción de las medidas mitigadoras (efecto positivo) y a reducir de la indemnización el valor de aquellas pérdidas que se podrían haber evitado con un actuar razonable (efecto negativo), cfr. Ana SOLER PRESAS, "Artículo 77", en Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (editor), *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 627; Álvaro VIDAL OLIVARES, "La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento", en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 446-447; Cristián GANDARILLAS SERANI, "Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual", en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, LegalPublishing 2009, pp. 435 y 440-446.

² Sobre la gestión razonable de remedios véase Álvaro VIDAL OLIVARES, "La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho*, vol. 18, N° 2, Valdivia, diciembre, 2005, pp. 55-81 y VIDAL (n. 1), pp. 435-436.

asentadas entre nosotros, cuya procedencia resulta indiscutida. Tal es el caso del abuso de los derechos subjetivos, cuya configuración y aplicación –salvo alguna crítica en torno a su denominación³– ha sido aceptada en la doctrina y jurisprudencia nacional.

En este escenario cabe preguntarse si la opción del acreedor es susceptible de abuso, lo que indefectiblemente reconduce a una interrogante previa: ¿es esta opción un derecho que surge frente al incumplimiento contractual? La respuesta es fundamental, puesto que en el evento que fuera afirmativa, podría recurrirse a la noción de *abuso del derecho de opción*, prácticamente desconocida entre nosotros, pero útil y necesaria para establecer un justo equilibrio de los intereses de las partes contratantes.

De allí que sea relevante dilucidar si la opción del acreedor frente a la inejecución contractual es un derecho, y en tal supuesto si este derecho es de ejercicio ilimitado o susceptible de abuso y cuál sería la incidencia de la aplicación del abuso del derecho de opción en el sistema de remedios por incumplimiento.

Para resolver tales interrogantes se seguirá el siguiente esquema:

- I. Se abordará la opción del acreedor como un derecho frente al incumplimiento contractual, analizando su fundamento y presupuestos de procedencia.
- II. Se efectuará una revisión de la normativa contenida en el *Código Civil* chileno con el propósito de determinar la existencia de un derecho de opción del acreedor insatisfecho.
- III. Se tratará el abuso del Derecho como límite extrínseco al derecho de opción del acreedor, ensayando los posibles supuestos en que se presentaría y los efectos derivados de su configuración.
- IV. Se dilucidará la importancia del abuso del derecho de opción en el sistema de remedios por incumplimiento contractual.
- V. Examinados tales tópicos, se formularán las conclusiones.

I. EL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La doctrina nacional y comparada no ha utilizado mayoritariamente la denominación derecho de opción, sino que se han referido a la simple

³ En este sentido destaca Pablo Rodríguez Grez, pues postula que si el ejercicio de un derecho subjetivo está deslindado por intereses jurídicamente protegidos y no permite la realización desviada de dichos intereses, quien lo invoca para lograr un provecho que la norma jurídica no lo reconoce, no ejerce un derecho. De allí que sugiera la denominación “abuso o desviación de los intereses tutelados; cfr. Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 194 y ss.

elección o facultad del acreedor⁴. Sin embargo, estimamos necesario acuñar la denominación *derecho de opción* o *ius electionis*, toda vez que ella grafica con acierto su naturaleza jurídica y su fundamento.

Y es que, si bien el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación convenida, verificado el incumplimiento tal derecho de crédito, como consecuencia de la insatisfacción de su interés, deviene un derecho de opción. Se trata, por consiguiente, de un *derecho sucesáneo* al derecho de crédito.

En efecto, manifestada la opción del acreedor ésta no puede desconocérsele y una vez ejercida (esto es, reclamada la satisfacción del crédito por alguno de los remedios por incumplimiento) el deudor deberá propender a su realización, a través de la ejecución de las prestaciones o conductas necesarias para la satisfacción de tal interés, en la medida que ello sea posible y no resulte más gravoso a su propio interés.

Calificar jurídicamente la opción del acreedor como un *derecho sucesáneo al derecho de crédito*, reviste una importancia teórica y práctica evidente, dado que en la medida que se le atribuya tal naturaleza jurídica, son aplicables al derecho de opción todas las limitaciones del derecho de crédito. Especial relevancia adquiere, para estos efectos, el abuso del derecho, en cuanto límite del derecho de crédito, pues si no se calificara la opción como un derecho, no podría sostenerse que, en ciertas ocasiones, el acreedor ejerza tal opción fuera de los límites previstos por el ordenamiento jurídico.

⁴ En tal sentido, Carlos PIZARRO WILSON, “Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2006, vol. III, pp. 247-249; Carlos PIZARRO WILSON, “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 397; Álvaro VIDAL OLIVARES, “Cumplimiento e Incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, Santiago, abril, 2007, p. 59; VIDAL (n. 1), p. 430 y ss., artículo en el cual el autor se refiere a “la libre opción del acreedor entre los distintos remedios”.

Aludiendo al derecho de opción en la doctrina comparada, Mario E. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 40; Sophie, STIJNS, “La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en oeuvre”, in Marcel FONTAINE-Geneviève VINEY (editeurs), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelle, Etudes de droit comparé*, Bruxelles, LGDJ, 2001, p. 514 et ss.; y refiriéndose al *ius electionis* Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y sus modalidades de ejercicio*, Madrid, Fundación Beneficentia el Peritia Iuris, 2004, p. 321 y ss. En la doctrina nacional, Augusto ELGUETA ANGUIA, *Resolución de contratos y excepción de pago*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 110; René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo I, pp. 529-530 y Hernán CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, p. 231 y ss.

1. *Fundamentos del derecho de opción:
lesión del derecho de crédito y la insatisfacción definitiva del interés contractual*

Desde una perspectiva práctica o funcional el contrato es un instrumento jurídico complejo que plasma el propósito práctico de las partes para satisfacer sus intereses y necesidades, y distribuye los riesgos derivados de la contratación⁵. Éste dibuja y diseña los intereses del acreedor y el deudor que configuran el *plan prestacional o programa contractual*.

Claro está que el interés contenido en dicho programa es el denominado *interés específico u originario del acreedor*, esto es, aquél que tiene en el cumplimiento de una obligación concreta y que sólo puede satisfacerse a través de la verificación de la pretensión de cumplimiento específico. Acaecida la inejecución, tal interés puede subsistir –lo que acontecerá en nuestra opinión si la prestación aún es posible e idónea para satisfacerlo– o puede derivar en un interés distinto y sobrevenido: el *interés genérico o interés a la indemnidad*, cuyo propósito es dejar libre de todo daño al acreedor, otorgándole el derecho a optar entre uno u otro remedio por incumplimiento⁶.

De allí que se pueda establecer una relación de causa-efecto entre la insatisfacción definitiva del interés específico u originario del acreedor y su derecho de opción, toda vez que tal derecho surge como consecuencia de aquélla. Así, es posible advertir que el derecho de opción encuentra

⁵ Cfr. Antonio Manuel MORALES MORENO, “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Navarra, Civitas, 2006, pp. 323-348; Álvaro VIDAL OLIVARES, “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI, Valparaíso, 2000, pp. 209-227.

⁶ Efectuando la distinción entre interés específico e interés genérico Michele GIORGIANNI, *La obligación*, Barcelona, Bosh, 1955, trad. cast., 1958, pp. 209-211; Rafael VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995, p. 149 y ss.; Eugenio LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Trivium, 1999, pp. 206-208. Tales autores identifican el interés a la indemnidad con la indemnización de daños. Francisco Capilla, siguiendo una línea similar, si bien alude al interés específico del acreedor lo contraponen al que denomina *interés a la indemnidad* que surge frente a la frustración del interés específico como consecuencia del incumplimiento y que consiste en la reparación del daño provocado; cfr. Francisco CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, Fundación Universitaria de Jerez, 1989, pp. 25-26 y 36-39. En la doctrina nacional, distinguiendo entre el interés existente al momento de contratar y el interés vigente al momento del incumplimiento Gonzalo RUZ LÁRTIGA, “El derecho a la ejecución in natura en el cumplimiento de las obligaciones en Chile”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V*, Concepción, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, pp. 606 -616.

su fundamento inmediato o directo en dicha insatisfacción que, a su vez, deriva de la lesión del derecho de crédito, perfilándose, de esta forma, tal lesión como el fundamento mediato o indirecto de tal opción.

Esta precisión es de suyo importante, por cuanto puede ocurrir que exista lesión del derecho de crédito, pero la prestación aún sea idónea para satisfacer el interés del acreedor. Es, a nuestro juicio, la concurrencia de ambos supuestos –lesión del derecho de crédito e insatisfacción definitiva del interés específico– la que determina la procedencia del derecho de opción y la que justifica que esta opción sólo pueda ejercerla el acreedor y no el juez o el deudor.

Si bien la lesión del derecho de crédito ha sido abordada desde antiguo por la doctrina comparada, bajo distintas denominaciones, tales como “contravención del derecho de crédito”⁷ o “infracción del crédito”⁸, la tipología más importante en esta materia es aquélla que efectúa Luis Díez-Picazo⁹. A tal efecto distingue entre lo que denomina “omisión de prestación” y “prestación defectuosa”, conjugando ambos supuestos y formulando cinco hipótesis que evidencian que la lesión del derecho de crédito no conlleva, en todos los casos, la insatisfacción definitiva del interés del acreedor.

Así:

- i) destaca la omisión de la prestación objetivamente posible y que aun ejecutada en forma tardía es idónea para satisfacer el interés del acreedor;
- ii) la prestación defectuosa, cuyos defectos pueden corregirse y satisfacer al acreedor;
- iii) la omisión de la prestación que aún es posible, pero ya es inidónea para satisfacer el interés del acreedor;
- iv) la omisión de la prestación defectuosa que no admite correcciones y
- v) la omisión de la prestación que se torna imposible de ejecutar.

Resulta claro que en los dos primeros supuestos estaremos ante una insatisfacción provisoria del interés del acreedor, ya que la prestación aún es idónea para satisfacer su *interés original o específico*. No ocurre lo mismo en los tres supuestos de incumplimientos inidóneos y definitivos a los que alude el autor, dado que en tales casos surgiría el *interés genérico o a la indemnidad*, cuya satisfacción se alcanza a través de la elección de un remedio contractual distinto a la pretensión de cumplimiento específico.

⁷ En este sentido Ludwig ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones I*, 2ª ed. Barcelona Bosh, trad. cast., 1953, vol. 2, p. 226 y ss.

⁸ Cfr. Karl LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, trad. cast., 1958, tomo I, p. 279 y ss.

⁹ Cfr. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2008, p. 655.

Por otra parte, es el binomio *lesión del crédito/insatisfacción del acreedor* el que justifica que la opción o elección sólo pueda ejercerla este último y no el juez o el deudor. Y es que, como acertadamente señala alguna doctrina, el derecho subjetivo de crédito otorga a su titular el poder de decidir sobre los medios de defensa y de protección del crédito, atribuyéndole, por consiguiente, a él la elección de la sanción prevista por el ordenamiento¹⁰.

En efecto, el juez no puede escoger, a priori, el remedio que satisfaga al acreedor, pues el principio dispositivo que prevalece en el procedimiento civil se lo impide. Sólo puede controlar a posteriori la elección efectuada por aquél, analizando al efecto la concurrencia de los presupuestos de cada remedio¹¹ y, en nuestra opinión, los límites del derecho de opción del acreedor. El deudor, por su parte, tampoco puede escoger cumplir el contrato, dejarlo sin efecto o indemnizar los daños, puesto que es el acreedor quien escoge el remedio que estima satisface su interés y sólo una vez que el juez controla esta elección para evitar un ejercicio abusivo del derecho de opción, el deudor ejecutará o no el contrato. Por consiguiente, éste no escoge el remedio contractual, sino que adopta una determinada actitud una vez que el juez ha efectuado un control a posteriori de la opción del acreedor¹².

20

¹⁰ En efecto, Luis Díez-Picazo indica que frente a la lesión del crédito el ordenamiento jurídico otorga al acreedor el poder de decidir sobre los medios de defensa del crédito, esto es, los derechos facultades o acciones que le competen frente al incumplimiento, cfr. DÍEZ-PICAZO (n. 9), p. 771. En igual sentido, y refiriéndose expresamente al derecho de opción, Sophie Stijns indica que este derecho es exclusivo de la víctima de esta situación, precisando que el deudor incumplidor no puede imponer al acreedor la indemnización de daños para remediar su incumplimiento, ya que éste es “*maître de son choix*”, cfr. STIJNS (n. 4), pp. 523-524.

¹¹ A favor de este control a posteriori del juez a través de las facultades interpretativas derivadas de la necesaria concurrencia de los presupuestos de cada remedio VERDERA (n. 6), p. 110. En igual sentido, Francisco Capilla descarta una opción o elección del juez, indicando que las únicas potestades del juez de la ejecución, con miras a la elección de la modalidad ejecutiva, deben entenderse referidas al posible control que le compete sobre la iniciativa de las partes, cfr. CAPILLA (n. 6.) p. 94). Asimismo, Denis Tallon plantea que el poder moderador del juez no lo faculta para ejercer un control de oportunidad de la elección del acreedor ni transformarlo, por ejemplo, la elección del demandante que reclama daños y perjuicios en un cumplimiento bajo multa, cfr. DENIS TALLON, “*L’inexécution du contrat: pour une autre présentation*”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2, Paris, Avril-Juin 1994, pp. 235-236. En esta misma perspectiva Sophie Stijns, precisa que ni el juez ni el deudor pueden imponer una opción al acreedor, pues él es dueño de su opción, cfr. STIJNS (n. 4), p. 524. En igual sentido Philippe REMY, “*L’ inexécution du contrat*”, in François TERRÉ (éditeur), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 255 y Paul GROSSER, *L’ordonnement des remèdes dans Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 133.

¹² En tal sentido VERDERA (n. 6), p. 111. El autor analiza la pretendida opción que confieren al deudor los artículos 924 y 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo a José Antonio Doral García, pues indica que sostener que tales normas confieren dicha opción configura una doble falacia de fuente, toda vez que la relación obligatoria no origina a la vez

II. EL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR EN EL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO

El *Código Civil*, si bien reconoce en diversas disposiciones la opción frente al incumplimiento, no la califica como un derecho. De hecho, no acuña esta terminología. Esta denominación, incluso, es ajena a nuestra jurisprudencia que alude a la expresión *derecho alternativo*¹³, *dobles derechos del acreedor* o, incluso, *“triple derecho”*¹⁴.

la necesidad de cumplir la prestación debida e indemnizar los daños, pues sus funciones y presupuestos son distintos, cfr. José Antonio DORAL GARCÍA DE PAZOS, “Reparación y sanción: cumplimiento de las obligaciones en forma específica”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 2, volumen 46, Madrid, 1993, pp. 589-598. Asimismo, indica que tales preceptos abordan la cuestión de la actitud, después que se haya despachado la correspondiente sentencia de condena, de modo que la elección del remedio ya ha sido realizada por el acreedor.

¹³ Sirva como ejemplo el considerando tercero de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 21 de enero de 2009 en el caso General Marineer S.A. con Inmobiliaria Anakena Ltda. y Scotiabank Sudamericano S.A. sobre incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa. El referido considerando tercero dispone lo siguiente: “Por otra parte, como es de sobra sabido, el artículo 1489 del Código Civil otorga al acreedor diligente el *derecho alternativo* para demandar, ante el incumplimiento culpable de su contraparte en un contrato bilateral, el cumplimiento, sea por naturaleza o por equivalencia, o la resolución de la convención, en ambos casos con indemnización de perjuicios...”, sentencia de la Corte de Suprema, General Marineer S.A. con Inmobiliaria Anakena Ltda. con Scotiabank Sudamericano S.A., rol 2940-2007, 21 de enero de 2009, en base de datos www.Legal Publishing.cl, N° 41672. La cursiva es nuestra.

¹⁴ En tal sentido destaca, entre otros, el considerando octavo de la sentencia de la Corte Suprema pronunciada en el caso Transportes Aeropuerto Express Limitada con LADECO S.A. Tal considerando dispone lo siguiente: “Del tenor literal de la norma se desprende que el acreedor de la obligación de hacer incumplida tiene un *dobles derechos*: tiene siempre derecho a la indemnización de los perjuicios moratorios, esto es, a la que le corresponde por la no ejecución oportuna del hecho y, en cuanto a la obligación misma no cumplida, tiene optativamente un *triple derecho*: que se apremie al deudor para que cumpla, que se le autorice para hacer ejecutar la obra por un tercero a costa del deudor o que se le indemnicen los perjuicios compensatorios” (sentencia de la Corte de Suprema Transportes Aeropuerto Express Limitada con LADECO S.A., rol 6042-2005, 16 de agosto de 2007, en base de datos www.Legal Publishing.cl, N° 38928). La cursiva es nuestra.

Asimismo, resulta relevante el considerando decimoséptimo de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada: “Del tenor literal de la disposición se desprende que el acreedor de la obligación de hacer incumplida tiene un *dobles derechos*: ostenta siempre derecho a la indemnización de los perjuicios moratorios, esto es, a la que le corresponde por la no ejecución oportuna del hecho y, en cuanto a la obligación misma no cumplida, tiene optativamente un *triple derecho*: que se apremie al deudor para que cumpla, que se le autorice para hacer ejecutar la obra por un tercero a costa del deudor o que se le indemnicen los perjuicios compensatorios”. Cfr. sentencia de la Corte Suprema Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada, rol 3341-09, 7 de diciembre de 2010, en base de datos www.Legal Publishing.cl, N° 47448. La cursiva es nuestra.

La expresión *derecho de opción* del acreedor tampoco ha sido utilizada por la doctrina nacional, pues la mayoría de los autores se refieren a la *opción* o *elección* y no al *derecho de opción*. En efecto, una revisión de la civilística nacional revela que sólo Augusto Elgueta¹⁵, René Abeliuk¹⁶ y Hernán Corral¹⁷ aluden al derecho de opción para referirse a la elección del acreedor, mas no abordan en forma concreta una construcción dogmática de tal opción y sólo lo restringen al artículo 1489 del *CC*.

Cabe formularse, entonces, la siguiente interrogante: ¿es posible construir dogmáticamente el derecho de opción del acreedor insatisfecho a partir de las normas contenidas en nuestro *Código Civil*?

La respuesta es, por cierto, afirmativa, dado que existen diversas disposiciones a propósito del incumplimiento de obligaciones unilaterales y de ciertos contratos bilaterales de las que se puede inferir este derecho de opción.

En tales casos, como se verá, es posible apreciar que el *Código Civil* adopta preferentemente el modelo de la doble opción –que la jurisprudencia ha denominado *doble derecho* o *derecho alternativo*–¹⁸, que faculta al acreedor insatisfecho para escoger entre dos remedios contractuales distintos, privilegiando la pretensión de cumplimiento específico y la resolución frente a la indemnización de daños. Sin embargo, en el último tiempo la jurisprudencia nacional ha reconocido al acreedor el derecho de demandar la indemnización de daños como un remedio contractual autónomo y alternativo. En tal sentido destacan las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en el caso Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Ltda.¹⁹ y en el caso Asociación de Productores de Huevos

¹⁵ En efecto, Augusto Elgueta ha aludido a la facultad u opción que el artículo 1489 confiere al acreedor, de solicitar la resolución como un caso de derecho potestativo extintivo, dado que otorga a su titular el poder jurídico de producir un efecto extintivo, cual es la destrucción de un contrato válidamente celebrado, mediante la propia declaración de voluntad manifestada en la demanda de resolución, cfr. ELGUETA (n. 4), p. 110.

¹⁶ En efecto, el autor indica: “Según el Artículo 1489, el derecho de opción lo ejercita el acreedor a su arbitrio, de manera que no podría oponerse por el deudor el abuso del derecho”, ABELIUK (n. 4), p. 529.

¹⁷ El autor precisa que la elección del contratante cumplidor en el supuesto del artículo 1489 es un “derecho potestativo o de configuración jurídica”, que en cuanto tal no está sujeto a control del abuso del derecho, pues es un derecho absoluto, como lo revela la expresión “a su arbitrio” contenida en dicho precepto, cfr. CORRAL (n. 4), p. 231.

¹⁸ Véanse supra n. 13 y 14 a propósito de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en los casos General Marineer S.A. con Inmobiliaria Anakena Ltda. y Scotiabank Sudamericano S.A. y Transportes Aeropuerto Express Limitada con LADECO S.A. y Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada.

¹⁹ En este caso los hechos de la causa fueron los siguientes: Andrés Opazo Lamana solicitó al Segundo Juzgado Civil de Talcahuano declarar la resolución del contrato celebrado con Inmunomédica Laboratorio Ltda., con indemnización de perjuicios, no

de Chile con Banco de Chile²⁰, de fecha 7 de diciembre de 2010 y 31 de agosto de 2011, respectivamente, y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción pronunciada el 29 de marzo de 2011 en el caso Faúndez Mora con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.²¹.

obstante lo cual el tribunal sólo condenó al demandado a indemnizar los perjuicios resultantes de tal incumplimiento. El demandante había celebrado con la demandada un contrato de prestación de servicios, incumpliendo esta última su obligación de entregarle un correcto examen de sangre preparatorio a una intervención quirúrgica, lo que retrasó una cirugía que requería urgencia. El juzgado de instancia acogió la pretensión indemnizatoria, no así la Corte de Apelaciones de Concepción que desestimó la indemnización, argumentando que la acción indemnizatoria es accesoria y dependiente de la resolución. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto por la demandante, si bien, desde el considerando decimocuarto al decimoctavo, reconoce expresamente la autonomía de la acción indemnizatoria, no la acoge, dado que no logró acreditarse el cumplimiento imperfecto de la obligación, véase sentencia de la Corte Suprema Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada, rol 3341-09, 7 de diciembre de 2010, en base de datos www.LegalPublishing.cl, N° 47448.

²⁰ Los hechos de la causa fueron los siguientes: Asociación de Productores de Huevos de Chile demandó la resolución por incumplimiento de dos contratos de cuentas corrientes bancarias celebrados con el Banco de Chile, solicitando además la indemnización de los daños ascendentes a la suma de \$66.583.858 más reajustes e intereses. El demandante indicó que la secretaria de dicha asociación efectuó traspasos electrónicos desde una cuenta a otra, lo que motivó el protesto de cheques por falta de fondos en una de las cuentas, digitalizando la firma de los socios de la asociación, girándolos a nombre suyo y cobrándolos personalmente por caja del Banco de Chile, sin que formulara reparo alguno. Como consecuencia de esta operación se protestaron diversos cheques de la asociación y quedaron facturas impagas, lo que resultaba imputable a la conducta negligente del Banco que pagó reiteradamente cheques falsificados, emitidos con firmas impresas y no manuscritas. El demandado, por su parte, adujo que el contrato de cuenta corriente de la cuenta principal se encontraba resuelto desde el año 2006 y que la demandante había aceptado el pago de 170 cheques con firma impresa digitalizada desde diciembre del año 2003 a marzo del año 2005, de modo que era aplicable la doctrina de los actos propios.

La sentencia de primera instancia pronunciada por el Trigésimo Juzgado Civil de Santiago de 30 de diciembre de 2008 desestimó la demanda, resolución que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. La demandante interpuso recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, tribunal que, si bien desestimó la pretensión indemnizatoria por no acreditarse el incumplimiento denunciado y por constatar que la demanda deducida evidenciaba una contravención de la demandante respecto de sus actos propios, reconoció la procedencia autónoma de la pretensión indemnizatoria, aun cuando el contrato se encontraba resuelto. Tal argumentación se encuentra contenida desde el considerando quinto al considerando séptimo de dicha sentencia, véase sentencia de la Corte Suprema en el caso Asociación de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile, rol 1061-2010, de 31 de agosto de 2011, en base de datos www.vlex.com, N° 333763730.

²¹ En este caso doña Lilian Faúndez Mora demandó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. la indemnización de los daños causados por el cobro excesivo de tarifa telefónica y el corte de suministro telefónico de una línea de su propiedad entre los años 2006 y 2007. Tal pretensión indemnizatoria fue desestimada por el Juzgado Civil

1. *El derecho de opción a propósito del incumplimiento de obligaciones unilaterales*

Una revisión de las normas contenidas en el *Código Civil* a propósito del incumplimiento de obligaciones unilaterales revela que el legislador consagró, aparentemente, una opción simple a favor del acreedor (esto es, distintas variantes de un mismo remedio). Así se advierte, tratándose de los efectos de la cláusula penal, con ocasión del incumplimiento de una obligación de hacer y de una obligación de no hacer.

El derecho de opción frente a la inejecución del deudor se aprecia primeramente a propósito de los efectos de la cláusula penal, puesto que el artículo 1537 prescribe que una vez que se ha hecho exigible la obligación principal y constituido en mora el deudor, el acreedor podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal o la pena, *a su arbitrio*. Dicha pena, no obstante lo dispuesto en el artículo 1535, puede consistir, al igual que la obligación principal, en una prestación de dar, hacer o no hacer.

En consecuencia, el acreedor, tendrá, según el caso, una opción entre distintas variantes de cumplimiento forzado o, bien, entre éste y la indemnización de daños. Así, en el evento que la pena consista en una obligación de dar una cantidad de dinero, el acreedor podrá optar entre la pretensión de cumplimiento y la indemnización²².

Un segundo caso en que el legislador confiere al acreedor de una obligación unilateral un derecho de opción es frente al incumplimiento de una obligación de hacer. Recuérdese que el artículo 1553 lo faculta para optar entre demandar al deudor constituido en mora, el cumplimiento forzado de la obligación incumplida –sea mediante apremios o facultándolo para hacer ejecutarla por un tercero a expensas de éste– o la indemnización de perjuicios compensatoria.

El alcance de la opción que esta norma reconoce se determinará estableciendo si dicho artículo consagra una variante distinta de la pretensión de cumplimiento en cada uno de sus numerales o sólo las reconoce en el

de Tomé, aduciendo el carácter dependiente de la indemnización de daños respecto de la resolución o el cumplimiento de un contrato bilateral. La Corte de Apelaciones de Concepción, si bien en su considerando cuarto se refiere a la autonomía de la acción indemnizatoria, reconociéndola como una posible vía de solución, no acoge en definitiva la pretensión indemnizatoria, toda vez que no se acreditó certidumbre del daño ni la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño; véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Faúndez Mora con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., rol 1258-2010, 29 de marzo de 2011, en base de datos www.Legal Publishing.cl, N° 48526.

²² En este sentido Álvaro VIDAL OLIVARES, “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en Hernán CORRAL, María Sara RODRÍGUEZ (editores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 527.

primer y segundo numeral, agregando, en el tercero, la indemnización de daños como un remedio distinto e independiente²³. Se reconduce, así, la discusión a la clásica distinción entre el cumplimiento por equivalencia o equivalente pecuniario (*aestimatio rei*) y la indemnización de daños (*id quod interest*), que desde antiguo ha concitado la atención de la doctrina comparada y, en las últimas décadas, el interés de la doctrina nacional²⁴.

Otro supuesto en el que el *Código Civil* contempla un derecho de opción es a propósito del incumplimiento de una obligación de no hacer. Y es que del tenor literal del inciso segundo y tercero del artículo 1555 se colige que si el deudor ha incumplido una obligación de no hacer y puede deshacerse lo hecho en contravención, no siendo necesaria su destrucción

²³ Entre quienes estiman que el numeral 3 del artículo 1553 del *Código Civil* recoge una hipótesis de indemnización de daños y no de cumplimiento forzado Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 288; Carlos PIZARRO WILSON, “La responsabilidad contractual en el Derecho chileno”, en Fabricio MANTILLA (coordinador), *Problemas de Derecho de los Contratos*, Bogotá, Legis, 2007, p. 215; Álvaro VIDAL OLIVARES, “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, Enrique BARROS BOURIE, Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ. M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2011, pp. 770-772. Adhiriendo a la postura que sustenta que la indemnización de daños comprende la *aestimatio rei* y el *id quod interest* CAPILLA (n. 6), p. 107; Fernando PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 3, volumen 44, Madrid, 1991, pp. 1054-1055; VERDERA (n. 6), pp. 211-213; Antonio MORALES MORENO, “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Navarra, Civitas, 2006, p. 91; Díez-PICAZO (n. 9), p. 781; David SÁNCHEZ CASTRO, “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles de toda pretensión indemnizatoria?”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, volumen 63, Madrid, 2010, p. 1731 y ss.

²⁴ En tal sentido destacan, entre otros, José PUIG BRUTAU, “Comentario del traductor”, en Lon FULLER-William PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Barcelona, Bosh, 1957, pp. 150-162; Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 238, n. 266; Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 143-146; LLAMAS (n. 6), p. 283 y ss; SÁNCHEZ CASTRO (n. 23), p. 1731 y ss. En la doctrina nacional, Jorge Barona, precisando que el *Código Civil* recoge en diversas disposiciones la *aestimatio rei* como subrogación de la prestación que se ha hecho imposible, cfr. Jorge BARAONA GONZÁLEZ, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una re-lectura en clase objetiva”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1, Santiago, 1997, pp. 159-161; Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, “Responsabilidad contractual objetiva”, en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 335-336. En similar sentido, estableciendo criterios de distinción en torno a sus presupuestos, contenidos y efectos, Luis BUSTAMANTE SALAZAR, “Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños”, en Juan Andrés VARAS BRAUN y Susan TURNER SAEZLER (edits.), *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 122-126.

para el objeto que se tuvo a la vista al momento de contratar, podrá ser obligado a indemnizar al acreedor si éste lo solicita y el juez estima que de esta forma aquél queda indemne.

De allí que pueda concluirse que tratándose de las obligaciones de no hacer, no existe un principio en favor de la ejecución en naturaleza, y que en tal caso el acreedor puede optar por la indemnización de daños para satisfacer su interés contractual²⁵, configurándose no sólo un caso de doble opción sino que un supuesto de opción en favor de la sola indemnización de daños. El legislador, como destaca Fernando Fueyo²⁶, reacciona prontamente para tutelar al acreedor en la creencia que ha protegido en demasía el interés del deudor.

El legislador no sólo ha otorgado al acreedor una opción frente al incumplimiento de una obligación de hacer y una obligación de no hacer sino, también, ante un supuesto específico relativo a una obligación de dar: el cumplimiento imperfecto de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto.

En efecto, el inciso segundo del artículo 1590, relativo al cumplimiento imperfecto de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, prescribe que si la especie o cuerpo cierto que debe entregarse se ha deteriorado, el acreedor podrá optar entre solicitar la resolución del contrato²⁷ o la indemnización de perjuicios, salvo que el deterioro no pareciere de importancia, pues se le concederá solamente la indemnización.

En este caso, al igual que en el supuesto en que la pena consista en una obligación de dar una suma de dinero, existe una opción en favor de la indemnización, configurándose nuevamente una hipótesis de doble opción del acreedor insatisfecho.

2. El derecho de opción a propósito del incumplimiento de un contrato bilateral

Un examen de las normas contenidas en el *Código Civil* a propósito del incumplimiento de los contratos bilaterales revela que el legislador otor-

²⁵ Sustentando esta postura, PIZARRO (n. 23), p. 215 y VIDAL (n. 23), p. 772

²⁶ En efecto, Fernando Fueyo, refiriéndose a la frase “el acreedor quedará indemne de todos modos” contenida en el inciso final del artículo 1555, indica lo siguiente: “La parte final de este artículo 1555 parece una vuelta del Código a su posición acostumbrada, mediante una pronta reacción para tutelar nuevamente al acreedor. Tal vez, con el criterio de su época, como pensando en que había concedido demasiado al deudor en el inciso anterior”, cfr. FUEYO (n. 23), p. 291.

²⁷ Si bien el artículo 1590 utiliza la expresión “rescisión del contrato”, la doctrina nacional está conteste que el legislador se quiso referir a la resolución. Entre otros véase René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*. 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo II, p. 645; FUEYO (n. 23), p. 132 y Álvaro VIDAL OLIVARES, “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”, p. 546, n. 74.

ga al acreedor un derecho de opción para escoger entre determinados remedios, en una norma general que, aparentemente, establece una opción entre la pretensión de cumplimiento específico y la resolución del contrato, y en normas especiales referidas al incumplimiento del contrato de compraventa, de arrendamiento y de confección de obra material.

A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de inexecución de obligaciones unilaterales, tratándose de los contratos bilaterales existe una norma expresa que consagra este derecho y que constituye la regla general en esta materia: el inciso segundo del artículo 1489 del *Código Civil*.

Tal inciso dispone que en caso de incumplimiento de un contrato bilateral, el contratante cumplidor podrá pedir “a su arbitrio” la resolución o el cumplimiento forzado del contrato, con indemnización de perjuicios.

Sin embargo, a pesar del tenor literal del precepto y la interpretación sostenida por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, en ciertas ocasiones el interés del acreedor sólo podrá satisfacerse con la indemnización de daños, caso en el cual deberá interpretarse la expresión “con indemnización de perjuicios” como “además de la indemnización de perjuicios”²⁸. En tal caso, y al igual como se advierte en el artículo 45.1 y 61.1 de la CVCIM, artículo 7.4.1 de los PECL, artículo 1158 del Proyecto Catala, artículo 161 del Proyecto de la *Chancellerie* y artículo 97 del Proyecto *Terré* sobre Reforma del *Code*²⁹, se configurará una triple opción para el acreedor insatisfecho, pudiendo escoger entre la pretensión de cumplimiento, la resolución o la indemnización de daños.

En lo que concierne a la compraventa es posible advertir cuatro supuestos de incumplimiento en que se concede un derecho de opción al acreedor:

- el cumplimiento tardío de las obligaciones esenciales del contrato,
- la falta de una parte considerable de la cosa vendida al tiempo de perfeccionarse el contrato,
- la diferencia entre la cabida real y la cabida declarada del predio rústico vendido y, finalmente,
- la existencia de vicios redhibitorios.

En los tres primeros supuestos existe una doble opción del acreedor que fluye del tenor literal de las normas que lo consagran, a diferencia de lo que ocurre en el cuarto supuesto en el que puede inferirse la existencia de un triple derecho de opción, a partir de la interpretación de determinadas disposiciones legales.

²⁸ En tal sentido véase Patricia Verónica LÓPEZ DÍAZ, “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre, 2010, pp. 85-109 y VIDAL (n. 23), pp. 768-778.

²⁹ Véase infra n. 80-83.

En efecto, el inciso segundo del artículo 1826 otorga al comprador el derecho de perseverar en el contrato o desistir de él si el vendedor ha retardado la entrega de la cosa, derecho que también consagra el artículo 1873 a favor del vendedor, en el evento de que el comprador haya incurrido en mora de pagar el precio en lugar y tiempo debido. En ambos casos resulta aplicable la prevención hecha a propósito del artículo 1489, en el sentido de que el acreedor podría demandar autónomamente la indemnización, dado que tales normas constituyen una repetición de dicho artículo a propósito de la compraventa.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1814 dispone que si faltaba una parte considerable de la cosa vendida al tiempo de perfeccionarse el contrato, el comprador podrá “a su arbitrio”, desistir del mismo o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación, advirtiéndose también la facultad del acreedor de optar en favor de la indemnización.

Un fenómeno similar se advierte tratándose del artículo 1832, dado que en el evento de que la cabida real del predio vendido fuere mayor a la cabida declarada y el precio de la cabida que sobre alcance a más de una décima parte de la cabida real, el comprador podrá, a su arbitrio, aumentar proporcionalmente el precio o desistirse del contrato. Asimismo, en el evento de que la cabida real del predio vendido sea menor que la cabida declarada y el precio de la cabida que falte alcance a más de una décima parte del precio de la cabida completa, dicho precepto legal faculta al comprador para decidir, a su arbitrio, si acepta la disminución del precio o desiste del contrato.

No ocurre lo mismo en el evento de que existan vicios redhibitorios, pues el acreedor, de conformidad a lo que disponen los artículos 1857, 1860 y 1861 del *Código Civil*, puede exigir, según mejor le pareciere, la resolución de la venta³⁰, la rebaja del precio, agregándose la opción de la indemnización de daños en caso de culpa o dolo del vendedor, como

³⁰ No obstante la expresión ‘rescisión’ contenida en los artículos 1857 y 1860, la mayoría de la doctrina nacional ha estimado que la acción redhibitoria tiene un efecto resolutorio. En contra Alejandro Guzmán, quien sostiene que la mayor proximidad de la acción redhibitoria a la rescisión, explicaría que Andrés Bello reemplazara en el Proyecto de 1853 la expresión ‘resuelva’ –contenida en los Proyectos de Código Civil de 1841-1845 y 1846-1847–, por la expresión ‘rescinda’, cfr. Alejandro GUZMÁN BRITO, “Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, Santiago, diciembre, 2007, pp. 99-100. Jorge Baraona, en tanto, recurre a las características de los vicios redhibitorios y a la historia del artículo 1860 para formular un planteamiento similar, cfr. Jorge BARAONA GONZÁLEZ, “La acción redhibitoria como acción de nulidad”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 669.

lo ha reconocido recientemente alguna doctrina³¹ y jurisprudencia nacional³².

Otro contrato bilateral en que se ha regulado específicamente el derecho de opción del acreedor frente al incumplimiento es el de arrendamiento, cuyas normas revelan que el legislador le ha conferido a éste un derecho de doble opción.

En efecto, una interpretación armónica del inciso segundo y tercero del artículo 1928 permiten concluir que el arrendatario al que se le priva del goce de gran parte de la cosa arrendada, como consecuencia de reparaciones que no pueden deferirse sin grave inconveniente, podrá optar entre resolver el contrato o solicitar la rebaja del precio o la renta, en proporción de la parte de cuyo goce se le privó.

El inciso primero del artículo 1932, por su parte, establece que el arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la

³¹ Cfr. GUZMÁN (n. 30), pp. 103-119; Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “A propósito del artículo 1861”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V*, Concepción, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, p. 457, especialmente n. 10 y VIDAL (n. 23), p. 778.

³² En tal sentido destaca la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 4 de agosto de 2008 en el caso Servicios de Impresión J.A. Amenábar Ltda. con Iván Fuentes Riquelme. En este caso la referida empresa interpuso acción *quantum minoris* y acción de indemnización de perjuicios en contra de Iván Fuentes Riquelme, aduciendo que la máquina impresora que había adquirido en virtud de un contrato de compraventa presentaba vicios redhibitorios que eran de conocimiento del vendedor. Este último sostuvo que atendido que la acción *quantum minoris* se encontraba prescrita, la acción indemnizatoria también lo estaba, por cuanto ésta es accesoria a aquélla. La Corte Suprema, en el considerando cuarto de su sentencia, expresa que interpretando armónicamente los artículos 1861, 1866, 1867 y 1869 del *Código Civil*, se puede, a lo menos establecer lo siguiente: a) Concurriendo dolo o culpa grave por parte del vendedor, además de la resolución y rebaja del precio, procede la indemnización de los daños y perjuicios causados; b) La prescripción de la acción redhibitoria extingue la posibilidad de pedir la resolución del contrato, pero persiste la acción para solicitar la rebaja del precio y la indemnización de perjuicios; c) La prescripción de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* no incluye la prescripción de la acción de indemnización de perjuicios; d) La prescripción de la acción indemnizatoria se rige por las reglas generales; sentencia Corte Suprema Servicios de Impresión J.A. Amenábar Ltda. con Iván Fuentes Riquelme, rol 1763-07, 4 de agosto de 2008, en base de datos www.microjuris.cl, MJJ17851).

Otro tanto acontece con la sentencia de la Corte Suprema Larzabal Beraza con Sociedad Inmobiliaria Talasia Ltda., cuyo considerando décimo reproduce literalmente el considerando referido, sentencia de la Corte Suprema Larzabal Beraza con Sociedad Inmobiliaria Talasia Ltda., rol 6700-2006, 27 de marzo de 2008, en base de datos www.LegalPublishing.cl, N° 38680 y con la sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 8 de julio de 2010 en el caso AGF Allianz Compañía de Seguros Generales S.A. con Le Torneau Inc., cuyo considerando duodécimo es idéntico, véase sentencia de la Corte Suprema AGF Allianz Compañía de Seguros Generales S.A. con Le Torneau Inc., rol 8.115-09, de 8 de julio de 2010, en base de datos www.microjuris.cl, MJJ24291.

rescisión, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato. El legislador le reconoce este derecho al arrendatario aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después de su celebración, en la medida de que no exista culpa del arrendatario.

Otro tanto acontece con el inciso primero del artículo 1938, el cual indica que el arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos o a falta de convención expresa a aquéllos a que la cosa es naturalmente destinada o que deban presumirse de las circunstancias o la costumbre del país.

Pues bien, en el inciso segundo de este artículo, el legislador establece que en el caso de que el arrendatario no cumpla la obligación de usar la cosa en los términos previstos en el inciso primero, el arrendador podrá reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios, o *limitarse a esta indemnización*, dejando *subsistir el contrato*. En este caso, aparece en forma evidente que el arrendador podrá escoger si se desvincula o persevera en él, caso en el cual se conformará con la indemnización de daños.

30

Finalmente, es posible advertir una regulación específica del derecho de opción del acreedor en caso de ejecución imperfecta de la obra encargada al artífice, en el artículo 2002, pues en este caso, al igual que en el inciso segundo del artículo 1938 referido, se contempla una opción en favor de la sola indemnización de daños. En efecto, el inciso segundo del artículo 2002 indica que en caso de ejecución imperfecta de la obra encargada, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios³³.

Interesante resulta constatar que en los casos antes referidos, el legislador concede al acreedor una simple o doble opción frente al incumplimiento del deudor, pudiendo agregarse, en determinados casos y a partir de una reinterpretación de la norma, la indemnización de daños, advirtiéndose una apertura hacia una triple opción.

³³ Nótese que una línea similar es la que sigue el inciso segundo del artículo 41 de la ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, pues establece el derecho del consumidor para reclamar el desperfecto o daño ocasionado por el servicio defectuoso en el plazo que indica, precisando que si el tribunal estimare procedente el reclamo dispondrá que se preste nuevamente el servicio, sin costo para el consumidor o, en su defecto, la devolución de lo pagado por éste al proveedor. A continuación agrega: “sin perjuicio de lo anterior, quedará subsistente la acción del consumidor para obtener la reparación de los perjuicios sufridos”.

III. EL ABUSO DEL DERECHO COMO LÍMITE EXTRÍNSECO A LA OPCIÓN DEL ACREEDOR INSATISFECHO

Establecida la existencia de un derecho de opción del acreedor frente al incumplimiento del deudor (*ius electendí*), cabe preguntarse si esta opción es susceptible de abuso o, por el contrario, constituye un derecho de ejercicio limitado.

La doctrina nacional, si bien ha asentado las bases dogmáticas de la opción del acreedor en la satisfacción de su interés contractual, no se ha referido a sus límites en forma expresa, completa y detallada –salvo en lo que concierne a la carga de mitigar las pérdidas³⁴, sino que como ya se ha indicado, ha aludido a la opción o a la facultad del acreedor para *optar más o menos libremente* entre tales remedios³⁵.

Lo cierto es que el ejercicio de un derecho subjetivo, entre los que se encuentra el derecho de opción, no puede ser ilimitado, pues el objetivo que el legislador persigue al concebir y consagrar los derechos subjetivos es que ellos se ejerzan para cumplir con la finalidad para la cual han sido establecidos³⁶.

Así las cosas, a la luz de las disposiciones referidas en el apartado anterior, cabe formularse la siguiente interrogante: en una hipótesis en que el comprador y el vendedor no cumplan con su obligación de pagar el precio y entregar la cosa oportunamente, o el vendedor entregue la cosa al comprador a sabiendas de la existencia de vicios redhibitorios, o el arrendador prive al arrendatario del goce de gran parte de la cosa arrendada o el arrendatario no cumpla la obligación consagrada en el inciso primero de artículo 1938 o, bien, el artífice no ejecute debidamente la obra material encargada, ¿puede el acreedor elegir *libremente* cualquiera de los remedios contractuales indicados en tales disposiciones, bastando sólo que concurren los requisitos o presupuestos de procedencia de cada uno de ellos?

31

³⁴ En tal sentido véase Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, Santiago, diciembre, 2005, pp. 82-91; Rodrigo FUENTES GUÍÑEZ, “El deber de evitar o mitigar el daño”, en *Revista de Derecho*, N° 217-218, Concepción, enero-diciembre, 2005, pp. 223-248; Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, “Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado”, en Fabricio MANTILLA y Francisco TERNERA BARRIOS, *La resolución en los contratos en el Derecho Privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 325-337; VIDAL (n. 1), pp. 429-457; GANDARILLAS (n. 1), pp. 431-449.

³⁵ Véase n. 4.

³⁶ En efecto, Luis Díez- Picazo precisa que el derecho de crédito se encuentra limitado por la función y finalidad para la cual se ha atribuido a su titular, pues los derechos subjetivos son poderes funcionalmente organizados que se atribuyen a la persona para lograr diferentes finalidades, cfr. Díez-PICAZO (n. 9), pp. 133. En similar sentido y refiriéndose a los límites de los derechos subjetivos derivados de su contenido véase Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, reimpresión, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 618-621.

Esta interrogante cobra especial relevancia atendido lo dispuesto en los artículos 1489 y 1537, ya que constituyen normas de aplicación general que al referirse a la opción del acreedor emplean la expresión “a su arbitrio”, lo que dejaría entrever que la opción podría ser incausada o ilimitada.

El *Código Civil* no se refiere a los límites de este derecho en dichas disposiciones o en un párrafo especialmente destinado al efecto, pero resulta lógico concluir que tal facultad de elección debe sujetarse a ciertos límites. Y es que, si bien el acreedor ostenta una posición jurídica activa en la relación obligatoria –atendido que su interés constituye un elemento estructural o fisonómico de la obligación³⁷– ello no implica que la tutela de su interés sea ilimitada y lo faculte a escoger “a su arbitrio” cualquier remedio por incumplimiento.

¿Cuáles son, entonces, los límites del derecho de opción? Son, a nuestro juicio, los *límites del derecho de crédito* y *límites del interés del acreedor*, por cuanto el derecho de opción tiene como antecedente inmediato el derecho de crédito y, como se indicó, su fundamento radica, precisamente, en la lesión del interés del acreedor.

Los límites del derecho de crédito, en opinión de Luis Díez-Picazo³⁸, son, por una parte, el *programa jurídico obligatorio* (la prestación que le es debida, enmarcada en condiciones de identidad, género, cuantía, tiempo y lugar en que debe ser obtenida) y, por otra parte, los *límites institucionales* de los derechos subjetivos (esto es, el principio de la buena fe como idea de conducta ética y el abuso del derecho como técnica de represión a la extralimitación del acreedor).

En tanto, los límites del interés del acreedor, a juicio de Albert Lamarca³⁹, pueden agruparse en tres distintas categorías:

- a) Límites *extrínsecos* que derivan de los intereses generales del tráfico (específicamente del deber general de buena fe y de los deberes de protección);
- b) Límites *intrínsecos* a la propia posición subjetiva o autorresponsabilidad (las cargas del acreedor) y
- c) Límites derivados de los *intereses contrapuestos de las partes* (el interés del deudor).

³⁷ Cfr. GIORGIANNI (n. 9), pp. 61-70; Albert LAMARCA MARQUÈS, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001, p. 25; LLAMAS (n. 6), pp. 185-186; Mario César GIANFELICI, *La frustración del fin del contrato*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 74.

³⁸ Cfr. Díez-PICAZO (n. 9), pp. 132-134. Siguiendo esta misma distinción, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988, pp. 56-58.

³⁹ Véase esta interesante distinción en LAMARCA (n. 37), pp. 30-44.

La doctrina nacional no se ha referido a los límites del derecho de opción. Tangencialmente ha aludido al programa jurídico obligatorio con ocasión de la pretensión de cumplimiento y el principio de la fuerza obligatoria⁴⁰, refiriéndose en extenso, en cambio, a la carga del acreedor de mitigar las pérdidas⁴¹. Ha desatendido, sin embargo, el principio del abuso del derecho, en circunstancias de que tiene un reconocimiento indiscutido en nuestro *Código Civil* y en el ordenamiento jurídico chileno⁴², en cuanto límite al ejercicio de los derechos subjetivos. Tampoco se ha referido al interés del deudor como límite del derecho de opción del acreedor, lo que ciertamente desvanece el intento por construir un sistema equilibrado de remedios frente al incumplimiento contractual.

Atendido que el derecho de opción es sucedáneo del derecho de crédito, es posible ensayar una clasificación de los límites del derecho de opción, distinguiendo al efecto los denominados *límites intrínsecos* y los denominados *límites extrínsecos*, dependiendo si ellos atañen a la configuración interna del derecho de opción o, por el contrario, vienen impuestos como consecuencia de ciertas instituciones de Derecho Civil.

Los límites *intrínsecos o inherentes* al derecho de opción serían, a nuestro juicio, las cargas del acreedor y el interés del deudor. En efecto, si el acreedor no observa la carga impuesta, no existirá incumplimiento del deudor, sino mora del acreedor, lo que impide el nacimiento del derecho de opción. En cambio, si el acreedor observa la carga y, no obstante ello, igualmente se produce el incumplimiento, surgirá el derecho de opción del acreedor insatisfecho⁴³. Por su parte, el interés del deudor también limita la elección, toda vez que éste no puede escoger un remedio contractual que le cause perjuicio.

En cambio, los *límites extrínsecos* del derecho de opción son la doctrina de los actos propios y el abuso del derecho. La doctrina de los actos propios constituye un límite al derecho de opción, en tanto una vez

⁴⁰ En tal sentido véase CARLOS PIZARRO WILSON, "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del *Código Civil* chileno", en *Revista Chilena de Derecho de Derecho*, vol. 31, N° 2, Santiago, 2004, p. 225 y ss. y VIDAL (n. 22), p. 517 y ss. Sin embargo, no se ha reconocido el programa jurídico obligatorio como límite al derecho de crédito.

⁴¹ Véase n. 34.

⁴² En tal sentido RODRÍGUEZ (n. 3), pp. 205-221; BARROS (n. 36), pp. 621-650; Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 187-209.

⁴³ En lo que concierne a las cargas contractuales del acreedor véase CABANILLAS (n. 38); VIDAL (n. 2), pp. 55-81; Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 396; DIEZ-PICAZO, (n. 9), pp. 134-138; OSVALDO LAGOS VILLARROEL, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, MAPFRE, 2006.

escogido un remedio, por el acreedor no puede desconocer tal opción y elegir otro distinto.

Existe una legítima confianza generada en el deudor que lo ha llevado a desplegar determinadas actividades tendientes a ejecutar forzosamente la prestación, indemnizar los daños por incumplimiento o asumir los costos de la resolución del contrato. Por consiguiente, si se permitiera al acreedor desconocer su opción e invocar la procedencia de un remedio distinto al inicialmente escogido, se causaría un perjuicio al deudor que no resulta justo ni equitativo.

Por su parte, el abuso del derecho de opción constituye un límite al derecho mismo, pues, como se expondrá, impide al acreedor escoger un remedio por incumplimiento que lesione el interés contractual del deudor y le cause daño.

1. El abuso del derecho de opción: noción y presupuestos

La civilística nacional prácticamente no ha abordado el abuso del derecho de opción del acreedor. Sólo algunos autores se han referido a él para negar su procedencia a propósito de la opción que el *Código Civil* reconoce en el artículo 1489 entre la resolución y el cumplimiento⁴⁴ o con ocasión de los proyectos de reforma del *Code*⁴⁵.

Ha sido la doctrina⁴⁶ y jurisprudencia comparada⁴⁷ las que ha concebido el abuso del derecho de opción del acreedor, con el propósito de im-

34

⁴⁴ En tal sentido ABELIUK señala lo siguiente: “Según el Artículo 1489, el derecho de opción lo ejercita el acreedor a su arbitrio, de manera que no podría oponerse por el deudor el abuso del derecho”, ABELIUK (n. 4), p. 529. Por su parte Hernán Corral, precisa que la elección del contratante cumplidor en el supuesto del artículo 1489 es un “derecho potestativo o de configuración jurídica”, que en cuanto tal no está sujeto a control del abuso del derecho, pues es un derecho absoluto, como lo revela la expresión “a su arbitrio” contenida en dicho precepto, cfr. CORRAL (n. 4) p. 231.

⁴⁵ Cfr. Carlos PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, N° 36, Santiago, agosto, 2011, pp. 117-138.

⁴⁶ En tal sentido PANTALEÓN (n. 23), pp. 1046-1047; VERDERA (n. 6), pp. 169-170; TALLON (n. 11), p. 235; Thomas GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 528-531; Yves-Marie LAITHIER, “La prétendue primauté de l’exécution en nature”, in *Revue des Contrats*, N° 1, Paris, janvier, 2005, p. 176. Reconociendo el abuso del derecho a optar por la resolución CAPILLA (n. 6), pp. 96 -100 y Díez-PICAZO (n. 9), p. 831.

⁴⁷ Sirva como ejemplo el caso de la jurisprudencia estadounidense *Jacobs & Young Inc. v. Kent* de 1921. En este caso la empresa demandada, por descuido del contratista, instaló cañerías de una marca distinta a la convenida en la vivienda que construía para el demandante, advirtiéndose este error cuando la construcción había finalizado. La demandante requirió al tribunal el costo de sustitución de las cañerías, en circunstancias de que era muy elevado y el valor de la vivienda con una u otra marca de cañería era el mismo. Atendido que el costo de sustitución de las cañerías era exagerado e inequitativamente

pedir que éste aproveche su posición en la relación obligatoria y exija una prestación que lesione el interés del deudor.

En nuestra opinión, existirá abuso del derecho de opción en aquellos casos que el acreedor escoge un remedio por incumplimiento, no con la

mayor que la ventaja que al dueño de la obra le reportaba el arreglo, el juez no acogió la pretensión del demandante sino que resolvió que debía enterarse al demandante el menor valor de lo construido a causa del defecto.

En igual sentido destaca un caso resuelto por la Primera Sala del Tribunal Supremo español el 27 de octubre de 1987 en el que una comunidad de propietarios demandó a una sociedad constructora y a un arquitecto por utilizar ladrillos de una marca distinta a la acordada, solicitando se declarase la responsabilidad solidaria de éstos por defectos de construcción de un edificio y se les condenara a realizar las obras necesarias para su reparación o, bien, a satisfacer el coste de tales obras. El Tribunal Supremo, considerando que el defecto era imposible de reparar, desestimó la pretensión de cumplimiento y resolvió que el defecto debía ser objeto de una indemnización en la cuantía que éste disminuyera el valor del inmueble, cfr. PANTALEÓN (n. 23), pp. 1046-1047.

No ha ocurrido lo mismo en la jurisprudencia francesa, pues la Tercera Sala Civil de la Corte de Casación, en sentencia de 11 de mayo de 2005, invocando el artículo 1184 del *Code* y la fuerza obligatoria del contrato, confirmó la sentencia de primera instancia en virtud de la cual se condenaba a la empresa constructora a demoler una vivienda por una diferencia de 0,33 centímetros en relación con lo acordado, véase Jacques MESTRE, Bertrand FAGES, “Comentario a la sentencia Corte de Casación, Tercera Sala Civil, 11 de mayo de 2005”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 3, Paris, juillet-septembre, 2005, p. 596. Esta sentencia ratifica la primacía del cumplimiento forzado en la Tercera Sala Civil de la Corte de Casación francesa que desde 1984 ha fallado en similar sentido, como lo revela la sentencia de 17 de enero de 1984, pues frente a la construcción de una piscina de tres escalones y, habida consideración que el contrato estipulaba cuatro escalones, resuelve de la misma forma, véase Corte de Casación Francesa, Tercera Sala Civil, 17 de enero de 1984, en *RTD Civ.*, N° 1, Paris, 1984, p. 711.

La jurisprudencia belga ha aludido directamente al abuso del derecho de opción con ocasión de la terminación anticipada unilateral de un contrato de arrendamiento por el arrendatario. El arrendatario decidió terminar uno de arrendamiento –cuya duración total era de nueve años– al tercer año de vigencia, solicitándole la autorización judicial al tribunal de primera instancia competente. Dicho tribunal desestimó resolución unilateral, indicando que, si bien, en principio, la opción de la sanción por incumplimiento pertenece a los arrendadores, atendido que ellos exigieron el cumplimiento del contrato sólo al momento en que se solicitó la resolución unilateral, procede su resolución, por cuanto los arrendadores quisieron prevalerse de un contrato ficticio, abusando de su derecho de opción.

Frente a esta resolución interpusieron un recurso de casación ante la Corte de Casación, aduciendo que la opción a favor de la ejecución no puede constituir un abuso del derecho, puesto que, como consecuencia del incumplimiento, ellos eran titulares del derecho de opción. Sin embargo, la Corte rechazó el recurso, indicando que “no se desprende de los artículos 1134 y 1184 del Código Civil ni de la noción de abuso del derecho que la parte de un contrato sinalagmático, víctima de la inejecución por la otra parte de sus obligaciones, no pueda abusar de la facultad de optar entre la ejecución forzada y la resolución de la convención”, cfr. STIJNS (n. 4), pp. 528- 529. Para una revisión de la jurisprudencia belga posterior a la sentencia antes referida, *op. cit.*, pp. 530-532.

finalidad de satisfacer su interés contractual, sino con el propósito de causar perjuicio al deudor o cuando sin desear tal perjuicio lo acepta, existiendo una extrema desproporción entre el interés del titular y el efecto negativo que produce en otra persona el ejercicio del Derecho⁴⁸.

Nuestro *Código Civil*, aun cuando no lo señale expresamente, concibe al abuso del derecho como un límite del derecho de opción del acreedor en determinados casos, toda vez que restringe el ejercicio de tal derecho atendida la extrema desproporción entre el interés del titular y el efecto negativo que produce su ejercicio en otra persona.

Así, se advierte, por ejemplo, en aquellos casos que el legislador limita la facultad resolutoria exigiendo que el incumplimiento del deudor tenga una entidad significativa. Tal es el caso del artículo 1868, que impide al comprador solicitar la resolución de la venta por vicios redhibitorios si tales vicios no revisten el carácter de grave. Una hipótesis semejante recoge en el artículo 1928 que faculta al arrendatario a terminar el contrato de arrendamiento si el arrendador realiza reparaciones que recaen sobre gran parte de la cosa.

La doctrina nacional, refiriéndose al abuso del derecho o a la infracción del principio de buena fe contractual –mas no al abuso del derecho de opción– ha aludido expresamente a alguno de tales supuestos⁴⁹. La jurisprudencia, por su parte, si bien de manera excepcional se ha referido al abuso del derecho a propósito de la opción del acreedor, a nuestro juicio, no ha abordado correctamente su configuración en todos los casos⁵⁰.

⁴⁸ Estas dos hipótesis son reconocidas por Enrique Barros a propósito del abuso del derecho, quien agrega el ejercicio de un derecho adquirido de mala fe, la desviación de un derecho potestativo y el abuso de acciones judiciales, cfr. BARROS (n. 36), pp. 632-646.

⁴⁹ En lo que concierne al supuesto de abuso a propósito de la gravedad de los vicios redhibitorios y la demanda de resolución por un incumplimiento insignificante, véase BARROS (n. 36), pp. 634-635. En lo que se refiere a la demanda de resolución por un incumplimiento insignificante o falta de gravedad suficiente del mismo, Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 407-409; Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos. Parte general*, 5ª ed., Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, tomo II, p. 352; Claudia MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2011, p. 223; VIDAL (n. 27), pp. 240 y 253.

⁵⁰ En efecto, existen al menos dos sentencias en que la jurisprudencia invoca la figura del abuso del derecho con el propósito de desestimar la autonomía de la pretensión indemnizatoria, por una parte, y negar la procedencia de la resolución del contrato, por otra, invocando, en ambos casos, el artículo 1489 del *Código Civil*.

La primera sentencia fue pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el caso Segovia Barrientos con Saez Arroyo, conociendo de un recurso de apelación deducido por el demandante en contra del Primer Juzgado Civil de Valparaíso por desestimar la autonomía de la pretensión indemnizatoria como consecuencia del incumplimiento de un contrato de compraventa, véase sentencia rol N° 1598-005 del Primer Juzgado Civil de

De allí que sea relevante intentar construir dogmáticamente la figura del abuso del derecho de opción del acreedor insatisfecho, abordando los presupuestos que deben concurrir para que éste se configure. A nuestro juicio, tales presupuestos son los siguientes:

- a) ejercicio del derecho de opción por el acreedor;
- b) intención de lesionar el interés contractual del deudor;
- c) Lesión del interés contractual del deudor.

a) Primer presupuesto:

Ejercicio del derecho de opción por el acreedor

El primer presupuesto para que se configure un abuso del derecho de opción del acreedor es que éste ejercite un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico: el derecho de opción.

Valparaíso de fecha 30 de junio de 2010. La Corte de Apelaciones confirma la sentencia de primera instancia, aduciendo el carácter accesorio de la pretensión indemnizatoria e invocando erróneamente el abuso del derecho en su considerando sexto, pues, del tenor de su argumentación, se deduce que quiso referirse al fraude a la ley. En dicho considerando señaló lo siguiente: “Que en este orden de ideas, la pretensión del actor ha de rechazarse, dado que como ya latamente se expuso, no es procedente intentar una acción indemnizatoria en virtud del artículo 1489 del Código Civil, aislada de su antecedente jurídico que la sustente, ya que ello contraviene principios de buena fe, equidad y economía procesal e incluso puede entenderse como una especie de *abuso del derecho*, al tratar de interpretar una norma en forma completamente distinta al espíritu de ella, en pos de darle una más favorable”, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Segovia Barrientos con Saez Arroyo, rol 365-2011, 1 de junio de 2011, en base de datos www.Legal Publishing.cl, N° 49795. La cursiva es nuestra.

La segunda sentencia es aquella pronunciada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique en el caso Menay Contreras con Balboa Mella. El tribunal, conociendo de un recurso de apelación, confirma la sentencia del tribunal de primera instancia que rechaza la demanda de resolución con indemnización de perjuicios, ya que no se acreditó el incumplimiento del contrato, precisando que solicitar la resolución constituye un abuso del derecho. Así, en el considerando sexto indica lo siguiente: “Que, al respecto, el tema planteado se conoce doctrinariamente como ‘el abuso del derecho’, en cuanto a que si una persona, en este caso el acreedor, actúa ejerciendo un derecho que desde luego afirma corresponderle y causa daños a la otra parte tiene o no responsabilidad en el ámbito civil, toda vez que en ciertos casos, el ejercicio de un derecho puede hacer responsable al titular de ese derecho si lo llega a ejercer en forma abusiva, lo que en doctrina se conoce como ‘la teoría del abuso del derecho’, que en nuestra legislación civil se acepta en tanto se cumplan determinadas condiciones, como ser que la persona tenga un derecho pero su ejercicio le cause daño a otra persona, caso en el cual se genera una responsabilidad, y además que ese derecho sea de ejercicio relativo y que por último, su ejercicio sea abusivo, que es donde aparece la indicada teoría, y que genera el problema de poder saber o precisar cuando existe un abuso en el ejercicio de un derecho”, sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique Menay Contreras con Balboa Mella, rol 144-2011, 17 de octubre de 2011, en base de datos www.microjuris.cl, MJJ29604.

Como se ha indicado precedentemente, el derecho de opción se encuentra consagrado en diversas normas del *Código Civil* chileno, a propósito del incumplimiento de obligaciones unilaterales y de contratos bilaterales.

Así se advierte tratándose de la inejecución de una obligación caucionada por una cláusula penal (artículo 1537), de una obligación de hacer (artículo 1553), de una obligación de no hacer (artículo 1555) y del cumplimiento imperfecto de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto (artículo 1590).

Otro tanto acontece a propósito de un contrato bilateral (artículo 1489), y específicamente en el caso de cumplimiento tardío de las obligaciones esenciales de la compraventa (artículos 1826 y 1873), en la hipótesis que falte una parte considerable de la cosa vendida al tiempo de perfeccionarse el contrato (artículo 1814), en el supuesto que se verifique una diferencia entre la cabida real y la cabida declarada del predio rústico vendido (artículo 1832), en el caso que existan vicios redhibitorios de la cosa vendida (artículos 1857 y 1860), en el evento de que el arrendador prive al arrendatario de gran parte de la cosa arrendada (artículo 1928), en aquel supuesto que el arrendatario no use la cosa según los términos o espíritu del contrato (artículo 1938) y en el caso que el artífice ejecute imperfectamente la obra encargada (artículo 2002).

38

b) Segundo presupuesto:

Intención de lesionar un interés contractual del deudor

El segundo presupuesto del abuso del derecho de opción del acreedor es que éste lo ejerza con la intención de lesionar un interés jurídicamente protegido por el ordenamiento jurídico, cual es, en este caso, el interés contractual del deudor.

Dicho interés para el deudor consiste en liberarse del cumplimiento de la obligación y no ver agravada su posición en el vínculo obligatorio como consecuencia del incumplimiento⁵¹. Tal interés se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico precisamente como un límite al interés del acreedor. Así lo revelan diversas normas diseminadas en nuestro *Có-*

⁵¹ En lo que concierne al interés del deudor de liberarse del vínculo obligatorio a través del cumplimiento de la obligación, reconociendo, incluso, el denominado *diritto alla liberazione* mediante *adempimento* Angelo FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coactiva del debitore*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 33-35; Geremia ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 244; Giovanni D'AMIGO, "Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale", en Enrico DEL PRATO (editor), *Violazioni Del Contratto. Danni e Rimedi*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 91 y ss. En lo que se refiere a la prohibición de agravar la posición del deudor, imponiéndole costos y daños innecesarios Giovanni CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 35 y ss.; LAMARCA (n. 37), p. 62.

digo Civil a propósito del objeto del acto jurídico, graduación de la culpa, pago al poseedor del crédito, mora del acreedor y pago por consignación.

En efecto, el artículo 1461 delimita anticipadamente cuál debe ser la prestación que el deudor debe ejecutar, pues establece como requisito de existencia del acto jurídico que el objeto sea determinado o determinable⁵². Asimismo, el artículo 1547 precisa el grado de culpa por el que responde el deudor, indicando en forma anticipada el alcance de su responsabilidad, sin perjuicio de las estipulaciones de las partes en este sentido⁵³.

Por otro lado, el artículo 1576 valida el pago que el deudor realiza de buena fe al poseedor del crédito, procurando, de esta forma, la satisfacción de su interés, dado que lo libera del cumplimiento de la obligación⁵⁴. Tal finalidad también se advierte en los artículos 1680 y 1827, ya que éstos lo hacen responsable por dolo o culpa grave en caso de mora del acreedor, disminuyendo su grado de responsabilidad⁵⁵.

En igual sentido destaca el párrafo VI del título XIV del libro IV del *Código Civil* relativo al *pago por consignación*⁵⁶, pues a través de esta modalidad del pago el legislador no sólo está liberando al deudor del vínculo obligacional sino que, además, evita que sufra algún perjuicio imputable a la mora del acreedor.

Queda de manifiesto, entonces, que en todos estos casos el interés del deudor deviene como límite a aquél del acreedor, pues éste último no

⁵² El inciso primero y segundo del artículo 1461, disponen lo siguiente: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”.

⁵³ En efecto, el inciso primero del artículo 1547, prescribe: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

⁵⁴ El inciso segundo del artículo 1576, señala lo siguiente: “El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”.

⁵⁵ El artículo 1680, prescribe: “La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo”.

Por su parte, el artículo 1827, dispone: “Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave”.

⁵⁶ En efecto, los arts. 1599 a 1607 contenidos en este párrafo, regulan la oferta del deudor, su calificación y la consignación, estableciendo al efecto el procedimiento del pago por consignación en el *Código Civil*.

puede invocarlo en perjuicio del deudor, constituyendo, por consiguiente, un límite intrínseco a la opción del acreedor.

c) Tercer supuesto:

Lesión del interés contractual del deudor

El tercer supuesto para que se configure el abuso del derecho de opción del acreedor es que la elección del remedio por incumplimiento lesione el interés contractual del deudor, causándole daño.

Recuérdese que una perspectiva realista del contrato permite sostener que este instrumento diseña y construye el interés contractual protegible y lesionable, y distribuye los riesgos entre los contratantes⁵⁷. Sin embargo, ello no implica que ante un supuesto de incumplimiento se privilegie la protección y satisfacción del interés del acreedor en desmedro del interés del deudor, pues otorgar una opción ilimitada para escoger el remedio que se estime conveniente, puede acarrear la lesión del interés contractual del deudor.

Este último supuesto del abuso del derecho de opción determina, entonces, la necesidad de establecer en qué casos el acreedor ejercerá su opción en perjuicio del interés del deudor, esto es, en qué casos o supuestos abusará del derecho de opción que el legislador expresamente le reconoce.

40

2. Casos de abuso del derecho de opción del acreedor

La revisión de los casos de abuso del derecho de opción, esto es, de aquellos grupos de supuestos en que el acreedor ejerce tal derecho escogiendo deliberadamente un determinado remedio por incumplimiento, lesionando el interés contractual del deudor, se restringirá a aquéllos consagrados en el artículo 1489 del *Código Civil*⁵⁸.

A tal efecto se distinguirán tres grupos de casos. En primer lugar, se examinará el ejercicio abusivo del acreedor de la opción de la pretensión de cumplimiento específico y las diversas hipótesis en que éste se verificaría. A continuación, se abordará el ejercicio abusivo de la opción de la resolución, a partir de la noción de incumplimiento resolutorio. Finalmente, se analizará el ejercicio abusivo del acreedor en favor de la indemnización de daños.

⁵⁷ En tal sentido MORALES (n. 5), p. 323 y ss. y VIDAL (n. 27), p. 226 y ss.

⁵⁸ Se excluye la rebaja del precio a la que aluden los artículos 1860 y 1861 a propósito de la acción *quantum minoris* en el contrato de compraventa y el inciso segundo del artículo 1928 con ocasión de las reparaciones que privan al arrendatario del goce parcial de la cosa, por cuanto que este remedio sólo está contemplado para tales supuestos y una construcción dogmática que postule su aplicación general excede el objetivo de este trabajo.

a) Abuso del derecho a optar por la pretensión de cumplimiento específico

La pretensión de cumplimiento específico es un remedio contractual cuyo propósito es obtener el comportamiento del mismo modo que el deudor debió haberlo ejecutado, sea a través de la ejecución de la prestación incumplida, la reparación de los vicios o defectos de la pretensión ejecutada o la sustitución de las cosas entregadas por otras no conformes⁵⁹.

En la tradición jurídica continental⁶⁰ se ha erigido como el remedio por incumplimiento contractual, en principio, más favorable al acreedor insatisfecho, en atención a su presupuesto de procedencia y utilidad. En efecto, el único requisito para ejercerlo es el sólo incumplimiento, al margen de la culpa o dolo del deudor y que el posterior cumplimiento sea posible⁶¹.

La utilidad de esta pretensión es manifiesta, dado que únicamente ella permite satisfacer el interés específico u originario del acreedor, cual es la ejecución de la prestación en los mismo términos en que ella se pactó. De allí que se sostenga que persigue la *tutela satisfactoria del crédito*, pues está facultando al acreedor para obtener las mismas utilidades que el contrato le puede proporcionar y no para obtener utilidades equivalentes o restaurar la situación en que se encontraba antes de su celebración⁶².

⁵⁹ Entre otros, PANTALEÓN (n. 23), pp. 1727 y 1731; LLAMAS (n. 6), p. 222; Díez-PICAZO (n. 9), p. 775; VIDAL (n. 22), pp. 529-536; PIZARRO, "Hacia un sistema..." *op. cit.*, (n. 4), p. 400.

⁶⁰ A diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, pues en ese sistema jurídico la *specific performance* es un remedio excepcional y que los jueces sólo conceden por razones de equidad, en aquellos casos que la indemnización de daños no resulta adecuada, cfr. Oliver Wendell HOLMES JR., *The Common Law*, 45ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1881, trad. cast., 1964, p. 268; Anthony KRONMAN, "Specific Performance", in *University of Chicago Law Review*, vol. 45, Chicago, 1978, p. 352 and ss.; Alan SCHWARTZ, "The case for specific performance", in *Yale Law Journal*, vol. 89, Connecticut, 1979, p. 272; Allan FARNSWORTH, *Contracts*, 4ª ed., New York, Aspen Publishers, 2004, pp. 739-741; David CAMPBELL, "Specific Performance", in Donald HARRIS, David CAMPBELL, Roger HALSON, *Remedies in Contract and tort*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 166-167; Michel Philip FURMSTON, *Law of Contract*, 15ª ed., Oxford, University Press Oxford, 2007, pp. 797-798.

⁶¹ En este sentido PANTALEÓN (n. 23), p. 1046; LLAMAS (n. 6), p. 228; VIDAL (n. 22), pp. 520-522; Enrique BARROS BOURIE, "Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales", en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 411-412; PEÑAILLO (n. 24), pp. 333-334. En contra de este enfoque, Ferrán Badosa, quien invoca al efecto dos argumentos; la identidad de fines y fungibilidad existente entre la ejecución forzosa y la indemnización, por una parte, y, por otra, un argumento de justicia según el cual sólo la culpa del deudor justificaría traspasar al acreedor la facultad de imponer la ejecución forzosa, privándolo de la facultad de organizar el cumplimiento de la obligación según su conveniencia, cfr. Ferrán BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pp. 263-265.

⁶² En este sentido Angelo LUMINOSO, "Risoluzione per inadempimento", in Francesco GALGANO, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro cuarto, Delle obbligazioni Della*

Lo cierto es que no se trata de un remedio que proceda en todos los casos de incumplimiento contractual, pues está sujeto a ciertos límites, también denominados excepciones a la pretensión de cumplimiento específico. Tales límites o excepciones son la imposibilidad de ejecución de la prestación, la excesiva onerosidad de la prestación y el carácter exclusivamente personal de una prestación de hacer y han sido tratados por alguna doctrina comparada y nacional con ocasión del análisis de los cuerpos normativos sobre los cuales se ha erigido el nuevo derecho de la contratación⁶³.

Sin embargo, no se advierte una regulación normativa expresa de los límites a esta pretensión⁶⁴ ni una construcción dogmática sistemática y detallada de éstos en la civilística nacional⁶⁵. La importancia de concebir límites radica en que éstos permiten establecer con claridad la procedencia de la medida, en términos tales que si el acreedor la exige al deudor,

risoluzione per inadempimento, Roma, Zanichelli, 1990, volume I, 1 articoli 1453-454, pp. 16-17; VERDERA (n. 6), pp. 43-44. Luiz G. Marinoni, se refiere a esta tutela como *tutela específica*, indicando que es aquella ideal del derecho material, dado que confiere a la parte lesionada el bien o el derecho mismo y no su equivalente. Agrega que sólo a través de la tutela específica el ordenamiento jurídico puede asegurar la prestación debida a aquel que posee la expectativa de recibir un bien, cfr. Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela específica de los derechos. Necesidades del derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal*, Lima, Palestra, 2008, pp. 212-213.

⁶³ Tales límites se encuentran consagrados a propósito de las obligaciones no dinerarias en el artículo 9.102 (2) de los PECL, artículo 275 del *BGB*, artículo 7.2.2. de los PICC, artículo 3:302 del *DCFR*, artículo 1192 de la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos, artículo 164 del Proyecto de la *Chancellerie*, artículo 105 del Proyecto *Terre*. Refiriéndose al alcance de éstos MORALES (23), pp. 66-73; Álvaro VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio, 2011, pp. 277-280; Nieves FENOY PICÓN, “El incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del Código Civil de 2009”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coordinador), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado 2011, vol. VII, pp. 33-36. A propósito de estos límites en los proyectos de reforma del *Code*, PIZARRO (n. 45), pp. 126-130.

⁶⁴ La ausencia de una regulación de la pretensión de cumplimiento específico es un fenómeno común a la mayoría del los *Códigos Civiles*, pues tradicionalmente la civilística ha derivado su análisis a la doctrina procesal, en circunstancias de que se trata de un remedio por incumplimiento, cuyo análisis, al menos en lo que concierne a sus condiciones de procedencia y finalidad –cual es la satisfacción del interés del acreedor– es propia del Derecho Civil. A ello se agrega que los *Códigos de Procedimiento Civil* no regulan los presupuestos y límites de procedencia de la pretensión de cumplimiento. En tal sentido véase, entre otros, Salvatore PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 127; DÍEZ-PICAZO (n. 9), p. 778; VERDERA (n. 6), p. 25; ABELIUK (n. 27), p. 798.

⁶⁵ El único autor que ha aludido a este tópico ha sido Enrique Barros y con exclusiva referencia a la lesión excesiva a la libertad personal del deudor como un límite a la ejecución en naturaleza en las obligaciones de hacer, cfr. BARROS (n. 61), pp. 412-413.

salvo el caso de imposibilidad, lesionará su interés y estaremos ante un abuso del derecho de opción.

Así, por ejemplo, si el acreedor exige compulsivamente al deudor la ejecución de una prestación de hacer personalísima, conminándolo a cumplir a través de un apremio personal (arresto o multa proporcional), estaría interfiriendo en la libertad de este último, lesionando no sólo su derecho fundamental a la libertad e integridad física⁶⁶ sino su interés en liberarse del vínculo obligatorio.

El abuso del derecho de opción también se advierte en el supuesto de que el acreedor demande al deudor la ejecución de una prestación que, si bien no es imposible, resulta más gravosa o costosa, porque la prestación ha devenido en excesivamente onerosa o ha debido incurrir en gastos desproporcionados en comparación a la utilidad que otros remedios por incumplimiento le proporcionarían⁶⁷.

Tal sería el caso si una empresa constructora edifica una vivienda e instala, por ejemplo, cañerías, ladrillos o baldosas de una marca distinta a la convenida, exigiéndole posteriormente el acreedor la sustitución de tales artefactos por aquéllos de la marca requerida, en circunstancias de que el costo de sustitución es muy elevado y el valor de la vivienda con una u otra marca de artefactos es el mismo.

⁶⁶ En lo que concierne sólo a la excesiva intromisión en la libertad personal del deudor, entre otros, KRONMAN (n. 60), p. 369; SCHWARTZ (n. 60), pp. 274 y 296-298; CAPILLA (n. 6), pp. 24-25; VERDERA (n. 6), p. 174; FARNSWORTH (n. 60), p. 755; CAMPBELL (n. 60), pp. 154 y 190-192; FURMSTON (n. 60), p. 801; BARROS (n. 61), pp. 412-413.

⁶⁷ Esta hipótesis ha sido reconocida por PANTALEÓN (n. 23), pp. 1046- 1047; CAPILLA (n. 6), pp. 96-100; VERDERA (n. 6), pp. 169-170. Nótese que también se ha calificado la excesiva onerosidad de la prestación como un límite a la pretensión del cumplimiento específico, cfr. MORALES (n. 23), p. 67-72; FENOY (n. 63), pp. 34-35 y se ha vinculado además al deber de lealtad contractual del acreedor, cfr. François TERRÉ -Philippe SIMLER -Lequette YVES, *Droit civil: Les obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2005, p. 445.

En la doctrina nacional Enrique Barros reconoce la excesiva onerosidad de la prestación como límite, pues el autor señala que si el beneficio que obtiene el acreedor del cumplimiento en naturaleza es sustancialmente inferior al costo que la prestación significa para el deudor, éste puede excusarse por imposibilidad de satisfacción directa de la prestación y el acreedor tiene derecho a solicitar la resolución del contrato o una satisfacción en naturaleza indirecta, equivalente al valor de mercado de la prestación, cfr. Enrique BARROS BOURIE, “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el Derecho de los Contratos”, en Hernán CORRAL, María Sara RODRÍGUEZ (editores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 748.

El carácter oneroso del cumplimiento como límite a la opción del acreedor se encuentra recogido en la letra b) del artículo 9:102 de los PECL; letra b) del artículo 7.2.2. de los PCCL, numeral 2 del artículo 1192 de la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos, artículo 164 del Proyecto de la *Chancellerie* y artículo 105 del Proyecto *Terré*.

Otro tanto acontecería si la construcción de dicha vivienda tuviera una diferencia de unos pocos centímetros en relación con las dimensiones acordadas en el contrato y el acreedor solicitara su demolición y posterior reconstrucción, sin que tal diferencia impida el correcto uso del inmueble⁶⁸.

Un supuesto similar se presentaría si un buque petrolero naufragara en aguas costeras durante una fuerte tempestad y siendo posible su recuperación desde el fondo del mar, ello ocasionará al naviero gastos que exceden el valor del petróleo⁶⁹. Semejante hipótesis se apreciaría si se condenara al poseedor a restituir el inmueble desmalezado a su propietario, en circunstancias de que al momento de la ejecución de la sentencia la operación de limpieza del terreno tiene un costo superior al valor del terreno⁷⁰.

En todos estos supuestos surge la indemnización de daños como un remedio alternativo al acreedor⁷¹ y, a nuestro juicio, como único posible para dejarlo indemne, en la medida, claro está, que el incumplimiento no sea resolutorio. Se trataría de uno de los casos, en que el acreedor podría demandar la indemnización de daños por incumplimiento contractual, en forma autónoma, en virtud de una opción aparente, pues no tiene otra alternativa. No en vano ha sido la solución que se ha impuesto por vía legislativa en algunos ordenamientos jurídicos comparados⁷².

⁶⁸ No obstante, la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte de Casación francesa ha resuelto lo contrario, invocando el principio de fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1184 del *Code*, véase n. 47.

⁶⁹ Este supuesto es reconocido en los Comentarios de los PICC como un ejemplo en que la ejecución excesivamente onerosa de la prestación opera como un límite a la pretensión de cumplimiento específico, cfr. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, editorial, 2004. Versión española dirigida por Alejandro A.M. Garro, Madrid, Ediciones UNIDROIT, 2007, p. 219.

⁷⁰ Cfr. Luis Díez-PICAZO-Encarna ROCA TRÍAS-Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 341-342; Fernando GÓMEZ POMAR, “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, en *InDret*, N° 3, Barcelona, 2007, pp. 16-17; MORALES (n. 23), pp. 68-69.

⁷¹ Cfr. PANTALEÓN (n. 23), p. 1046; VERDERA, (n. 6), pp. 169-173; MORALES (n. 23), pp. 66-71; GÓMEZ (n. 70), pp. 16-18; MARINONI (n. 62), pp. 282-287 y 289-290.

⁷² En tal sentido destaca el artículo 2058 del *Código Civil* italiano, dispone: “La parte perjudicada por el incumplimiento podrá solicitar la reintegración en forma específica, cuando sea en todo o en parte posible.

Sin embargo, el juez puede ordenar la indemnización por equivalente, si la reintegración en forma específica resulta excesivamente onerosa para el deudor”.

Por su parte, el inciso segundo del § 251 del *BGB*, prescribe lo siguiente: “Si el pago en especie no es posible o no es suficiente para resarcir al acreedor, entonces el deudor tiene que pagar en dinero. El deudor puede compensar al acreedor en dinero, cuando el pago en especie sea desproporcionado en comparación a la deuda”.

b) Abuso del derecho a optar por la resolución por incumplimiento

Una segunda hipótesis de abuso del derecho de opción se verifica en aquellos casos en que el acreedor demanda la resolución, en circunstancias que el incumplimiento no reviste el carácter de resolutorio, esto es, grave o esencial⁷³.

Durante las últimas décadas, la determinación del carácter resolutorio ha concentrado los esfuerzos de la doctrina comparada y nacional, perfilándose su noción en atención a diversos criterios⁷⁴. No obstante, actualmente existe consenso en la civilística nacional en el sentido de que el incumplimiento resolutorio es aquél *grave o esencial*, sea porque convencionalmente se le dio ese carácter, porque así se manifiesta en las consecuencias que produce en el propósito práctico perseguido por el acreedor o porque éste acarrea la pérdida de confianza en la ejecución futura o posterior de su deudor⁷⁵.

El legislador a través del establecimiento de la resolución persigue otorgar al acreedor una tutela *restitutoria o reprecinatoria*⁷⁶ con el propósito de restituirlo al estado en que se encontraba antes de la celebración del contrato, facultándolo para desvincularse de éste sólo frente a un incumplimiento resolutorio.

Resulta claro, entonces, que si el incumplimiento no es resolutorio, el acreedor no puede desvincularse del contrato. La facultad resolutoria y

45

⁷³ Reconociendo el abuso del derecho de resolución CLEMENTE (n. 4), p. 392-395; CLAUS KREBS POULSEN, “La inexecución de las obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 4, Santiago, octubre-diciembre, 1999, p. 857; DÍEZ PICAZO (n. 9), p. 831; BARROS (n. 61), p. 423; LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA, “La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coordinador), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado, 2011, vol. VII, p. 168. Refiriéndose al abuso del derecho a propósito de la resolución por un incumplimiento insignificante, BARROS (n. 36), pp. 633-635; PEÑAILILLO (n. 49), pp. 407-409; LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 49), p. 352; CARLOS PIZARRO WILSON, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en revista *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, Talca, 2007, p. 27. n. 73

⁷⁴ Ilustrativas resultan en esta materia las monografías de CLEMENTE (n. 4), pp. 237-470; SAN MIGUEL (n. 4) y GENICON (n. 46), pp. 267-372. Un acabado estudio de los criterios imperantes en la doctrina nacional y española, italiana, francesa, angloamericana y en el nuevo derecho de la contratación en MEJÍAS (n. 49), pp. 122-203.

⁷⁵ En tal sentido VIDAL (n. 27), pp. 253-254; MEJÍAS (n. 49), 43-53 y 209-278, cuyos postulados han sido por la doctrina nacional posterior.

⁷⁶ Esta tutela, al igual que la tutela satisfactoria del crédito, propia de la pretensión de cumplimiento específico incide en la composición cuantitativa de los bienes de los contratantes, a diferencia de aquélla resarcitoria que dimana de la indemnización de daños, pues incide en el aspecto cualitativo del patrimonio, cfr. LUMINOSO (n. 62) p. 16; VERDERA (n. 6), p. 44.

la opción para escoger entre la resolución y otro remedio sólo nacen en caso de un incumplimiento grave, esencial o resolutorio.

Existirá, entonces, abuso del derecho de optar por la resolución si el acreedor demanda la resolución frente a un incumplimiento que las partes no han calificado como resolutorio, o que no lo priva de los beneficios que esperaba obtener del contrato celebrado o si no acarrea como consecuencia la pérdida de confianza en el futuro cumplimiento del deudor.

Interesante resulta destacar que en el caso Sociedad Seguridad Vialher Chile Ltda. con Servicio de Salud Talcahuano resuelto por sentencia pronunciada el 23 de marzo de 2009⁷⁷, la Corte Suprema invocó el ejercicio abusivo de un derecho, desestimando la demanda de resolución por incumplimiento de obligaciones de escasa importancia o entidad. Se trata, sin duda, de un caso en que dicho tribunal, aun cuando no lo señale expresamente, está reconociendo la existencia del abuso del derecho de opción del acreedor a favor de la resolución.

Es necesario precisar, además, que, en el caso de que el acreedor demande resolución, sin que exista incumplimiento resolutorio, si bien no se agrava la posición del deudor en el vínculo obligatorio directamente, ello ocurre en forma indirecta. En efecto, éste puede haber realizado cuantiosas y diversas inversiones para dar cumplimiento a lo estipulado

⁷⁷ En este caso los hechos fueron los siguientes: el Servicio de Salud de Talcahuano celebró un contrato de prestación de servicios con la Sociedad Seguridad Vialher Chile Ltda., en virtud del cual ésta se obligaba a prestar servicios de protección y seguridad a los trabajadores y bienes existentes al interior de dicho servicio público. Las partes estipularon en el punto siete del contrato que la empresa debía disponer de un sistema de supervisión personal destinado a cumplir los servicios contratados, considerando como mínimo una visita inspectiva diaria y precisando que cualquier incumplimiento los facultaría para resolver. Frente a la vulneración de dicha obligación el Servicio demandó la resolución del contrato, demanda que fue desestimado en primera instancia, pero acogida por la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 4 de octubre de 2007. Tal sentencia, en su considerando sexto, confirmado por la Corte Suprema, indica: “A pesar de los términos absolutos en que aparece redactado el artículo 1489 del Código Civil, su correcta interpretación en el contexto del cuerpo legal en que se encuentra inserto, conduce a estimar que el incumplimiento de obligaciones de escasa entidad o importancia, que ninguna o nula influencia pueden tener en la normalidad del cumplimiento de las obligaciones principales, no puede autorizar la resolución de un contrato; ello implicaría el *ejercicio abusivo de un derecho* al afectar los principios de equidad natural y de buena fe, que exigen que los contratos se cumplan de un modo que alcancen la finalidad que ambas partes tuvieron en vista al celebrarlo, objetivo que se frustraría de aceptarse que las minucias tengan más trascendencia que aquello que es sustancial en la relación contractual, poniéndose de esta manera en jaque el principio de la ley del contrato (artículo 1545 del Código Civil) y, por ende, el normal desenvolvimiento de los negocios jurídicos”. Sentencia de la Corte Suprema Sociedad Seguridad Vialher Chile Ltda. con Servicio de Salud Talcahuano, rol 6856-2007, 23 de marzo de 2007, en base de datos www.LegalPublishing.cl, N° 41793. La cursiva es nuestra.

y probablemente la desvinculación del contrato no le permitirá recuperarlas en su totalidad.

Lo cierto es que a partir de los casos de abuso del derecho a optar por la pretensión de cumplimiento específico y de los casos de abuso del derecho a optar por la resolución, se diluiría la creencia en virtud de la cual la expresión “a su arbitrio”, contenida en el artículo 1489 del *Código Civil*, develaría la existencia de un derecho *absoluto, incausado, potestativo o abstracto*, que no admite límite alguno⁷⁸. Estimamos que, a falta de norma expresa que limite la procedencia de la pretensión de cumplimiento en los casos en que ello resulte excesivamente gravoso para el deudor y con el propósito de desestimar las demandas de resolución por incumplimientos insignificantes, la jurisprudencia nacional podría recurrir a la figura del derecho de opción del acreedor y al interés del deudor para configurar el abuso del derecho, con el propósito afrontar tales situaciones de inequidad.

c) Abuso del derecho a optar por la indemnización de daños

Finalmente, cabe referirse a aquellos supuestos en que el acreedor abusa del derecho de opción, escogiendo la indemnización de daños, en circunstancias de que es procedente la pretensión de cumplimiento específico o la resolución y tal elección lesione el interés del deudor.

Dilucidar si el acreedor puede abusar del derecho de optar por la indemnización de daños reconduce indefectiblemente a determinar, en primer lugar, si la indemnización es un remedio de ejercicio autónomo y, en segundo lugar, en qué casos procedería demandarla en forma exclusiva.

La opción del acreedor a favor de la sola indemnización de daños es un tópico que ha sido abordado por la doctrina comparada desde antiguo⁷⁹, sin que se haya ensayado un catálogo de casos en que ella resulta

47

⁷⁸ El carácter absoluto del derecho de opción consagrado en el artículo 1489 recientemente ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional en el caso Menay Contreras con Balboa Mella (n. 50). En efecto, el considerando sexto de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique el 17 de octubre de 2011, refiriéndose al ejercicio de derechos que tienen el carácter de absolutos, ha señalado lo siguiente: “Es precisamente la situación que conlleva el mencionado artículo 1489 del Código Civil, invocado por el demandante, que conlleva el ejercicio de un derecho absoluto, en cuanto por el principio de la condición resolutoria tácita, le es permitido al acreedor que disponga de un derecho absoluto y no relativo como sería la regla general, en cuanto puede demandar o el cumplimiento o la resolución del contrato, y en uno y otro caso a su pleno arbitrio, para el caso de no cumplirse por el otro contratante lo pactado”.

⁷⁹ En la doctrina italiana Leonardo COVIELLO Jr., “*Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*”, in *Rivista di Diritto Civile*, N° 27, Milano, gennaio-febbraio, 1935, p. 31, n. 46; LUMINOSO (n. 62), pp. 117-133; Adolfo DI MAJO, *Problema e metodo del diritto civile. La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 301-302; Gianluca SICCHIERO, “La risoluzione per inadempimento Artt. 1453-1459”, en Piero SCHLESINGER,

precedente. La discusión ha cobrado vigencia a partir de lo preceptuado en los artículos 45.1 letra b.) y 61.1 letra b.) de la CVCIM⁸⁰, artículo 7.4.1 de los PCCI⁸¹ y en los Proyectos de Reforma del *Code*, específicamente el artículo 1158 del Proyecto Catala, artículo 161 del Proyecto de la *Chancellerie*⁸² y artículo 97 del Proyecto *Terré*⁸³.

De hecho, alguna doctrina nacional reciente⁸⁴ ha esbozado ciertos lineamientos que justifican interponer la acción indemnizatoria en forma

Il Codice Civile, Comentario dirigido por Piero Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2007, p. 426; Alessandra PINORI, *Il danno contrattuale. II. Criteri di valutazione. Tecniche e regole giudiziali di liquidazione*, Padova, Cedam, Padova, 2001, pp. 226-240. En la doctrina venezolana Pedro ARISMENDI LAIRET, “Autonomía de la acción de daños y perjuicios contractuales”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 4, Caracas, octubre-diciembre 1939, p. 199 y ss.; José MÉLICH ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2ª ed., reimpresión, Caracas, Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp. 39-46. En la doctrina colombiana Fabricio MANTILLA ESPINOSA-FRANCISCO TERNERA BARRIOS, “La resolución”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA-FRANCISCO TERNERA BARRIOS (directores) *Los contratos en el Derecho Privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 257-258; Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 89; Jorge CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, 6ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 322; Jorge OVIEDO ALBÁN, “Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de daños por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena)”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 14, Bogotá, enero-junio, 2009, pp. 209-212. En la doctrina francesa Paul GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, Paris, Thèse Paris I, 2000, p. 494; Geneviève VINEY, “La responsabilité contractuelle en question”, in Gilles GOUBEAUX, Jacques GHESTIN, *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 921 et 933; GENICON (n. 46), pp. 28-30.

⁸⁰ El artículo 45.1 dispone: “si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente convención, el comprador podrá: b.) exigir la indemnización de daños y daños conforme a los artículos 74 a 77”. Por su parte, el artículo 61.1 prescribe que “si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente convención, el vendedor podrá b.) exigir la indemnización de daños y daños conforme a los artículos 74 a 77”.

⁸¹ El artículo 7.4.1 de los PICC relativo al resarcimiento, prescribe: “Todo incumplimiento otorga a la parte perjudicada un derecho al resarcimiento, *ya sea exclusivo* o en concurrencia con otras pretensiones, salvo que el incumplimiento fuera excusable conforme a estos principios” (la cursiva es nuestra).

⁸² El artículo 1158 del Proyecto Catala y el artículo 161 del Proyecto de la *Chancellerie*, disponen: “La parte respecto de la cual el compromiso no se ha ejecutado o se ha ejecutado imperfectamente, podrá, bien proseguir la ejecución forzosa del compromiso, o la resolución del contrato, o reclamación de daños y perjuicios que podrán, en su caso, agregarse a la ejecución o la resolución”.

⁸³ El artículo 97 del Proyecto *Terré*, prescribe: “La parte respecto de la cual el compromiso no se ha ejecutado o se ha ejecutado imperfectamente, tiene la opción, según las circunstancias, de proseguir la ejecución forzosa del compromiso, suspender la ejecución de su propia obligación, reducir el precio, resolver el contrato o reclamar los daños y perjuicios”.

⁸⁴ En tal sentido véase LÓPEZ (n. 28), pp. 85-109 y VIDAL (n. 23), pp. 768-778.

autónoma, en contra de lo que tradicionalmente ha resuelto la jurisprudencia nacional⁸⁵, invocando al efecto el interés del acreedor insatisfecho. La lesión a tal interés lo facultaría para ejercer la opción por un remedio por incumplimiento distinto al estipulado en el contrato, pero en ningún caso para lesionar el interés del deudor.

En principio, el acreedor abusará de su derecho de opción en favor de la indemnización de daños en aquellos casos en que el legislador no lo faculte al efecto –expresamente o en virtud de una interpretación armónica de determinadas normas– o no exista límite alguno para demandar la pretensión de cumplimiento específico y éste sea aún posible e idóneo para satisfacer su interés originario o específico.

Sin embargo, es indispensable que en tales supuestos el resultado de la opción del acreedor sea la lesión del interés del deudor y lo cierto es que la indemnización de daños no acarreará necesariamente dicho resultado. Piénsese, por ejemplo, en una indemnización cuya cuantía sea inferior al cumplimiento específico de la prestación; en tal caso no existe perjuicio alguno para el deudor, toda vez que no se agrava su posición en el vínculo obligatorio y precisamente esa indemnización lo libera de dicho vínculo⁸⁶.

Ahora bien, si la cuantía de la indemnización es superior a la pretensión de cumplimiento específico, el deudor se libera de la obligación, pero tal liberación le resulta más gravosa que la ejecución de la prestación. En tal caso ciertamente existirá un abuso del derecho de opción, que como se verá en el apartado siguiente, permite al deudor solicitar al juez se desestime la indemnización de daños como remedio por incumplimiento contractual.

⁸⁵ Una detallada revisión de la jurisprudencia nacional entorno al carácter concurrente o complementario de la indemnización de daños por incumplimiento contractual en LÓPEZ (n. 28), pp. 65-99. Complementando este estudio véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Segovia Barrientos con Saez Arroyo, rol 365-2011, 1 de junio de 2011(n. 50). En contra y reconociendo la autonomía de la indemnización de daños, destacan los considerandos décimo cuarto a decimoctavo de la sentencia de la Corte Suprema Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada, rol 3341-09, de 7 de diciembre de 2010, en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 47448, el considerando cuarto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Faúndez Mora con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., rol 1258-2010, de 29 de marzo de 2011, en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 48526 y los considerandos quinto a séptimo de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Asociación de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile, rol 1061-2010, de 31 de agosto de 2011, en base de datos www.vlex.com, N° 333763730.

⁸⁶ Por cierto, ello no ocurre en los casos revisados en que la ejecución de la prestación de cumplimiento deviene en excesivamente onerosa o desproporcionada véase supra III. 2, a).

3. Efectos del abuso del derecho de opción: papel del juez y la pretensión indemnizatoria

Una vez constatado el abuso del derecho de opción por parte del acreedor, cabe establecer la sanción a dicho abuso y, por consiguiente, cuáles serán las facultades del juez en esta hipótesis concreta. Tales precisiones son de suyo relevante, pues permiten determinar la extensión del papel moderador del juez en la elección del remedio contractual, desde una perspectiva sustantiva y procesal.

Y es que una vez que el juez ha arribado a la convicción de que el acreedor ha abusado de su derecho de opción, deberá declarar la existencia de dicho abuso y controlar el ejercicio de tal opción. El juez en este caso tiene dos opciones posibles:

- a) denegar el remedio contractual escogido;
- b) denegar tal remedio e imponer al acreedor uno alternativo que el legislador le reconoce expresamente, pero que él no escogió⁸⁷.

En efecto, si el acreedor demanda la resolución del contrato por un incumplimiento insignificante o exige al deudor la ejecución de la pretensión de cumplimiento específico, en circunstancias de que ella no resulta procedente, el juez podría desestimar ese remedio. Así ocurriría si la ejecución de prestación fuere excesivamente onerosa para el deudor o la prestación de hacer personalísima no pudiera ser ejecutada personalmente por éste.

En todos estos casos la indemnización de daños surge como un remedio alternativo para satisfacer el interés a la indemnidad del acreedor. La interrogante que surge es si el juez, una vez constatado el abuso y ejerciendo un control a *posteriori* de la opción, puede subrogarse en tal opción, escogiendo una medida diversa a la demandada.

Si bien podría argumentarse que la elección del juez del remedio que satisface el interés del acreedor garantiza una tutela judicial efectiva⁸⁸, no parece acertado, desde una perspectiva procesal, que el juez pueda modificar la opción, por cuanto estaría, de propia iniciativa, alterando el

⁸⁷ La jurisprudencia belga en varias ocasiones ha resuelto imponer al acreedor la indemnización de daños como remedio contractual alternativo. Un interesante análisis en STIJNS (n. 4), pp. 528-532. Lo mismo ha acontecido en la jurisprudencia española. En tal sentido véase GÓMEZ (n. 70), pp. 16 -17 y MORALES (23), pp. 68-70.

⁸⁸ En lo que concierne a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales Luiz Guilherme MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007; Carlos Alberto Álvaro DE OLIVEIRA, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, vol. 22, N° 1, Valdivia, julio, 2009, p. 185 y ss., pp. 197-200.

objeto de la demanda e infringiendo el principio dispositivo y el principio de congruencia procesal, cimientos sobre los que se erige el proceso civil⁸⁹.

Frente al ejercicio abusivo del derecho de opción por el acreedor, el deudor probablemente deducirá una excepción en el juicio o alegará tal abuso en la contestación de la demanda, solicitando la indemnización de daños⁹⁰. En el evento que el deudor no formule tal pretensión, estimamos que el juez, no estaría facultado para imponer al acreedor un remedio contractual diferente al escogido⁹¹. Distinto sería el caso en el que el acreedor demandara la pretensión de cumplimiento o la resolución del contrato, y en forma complementaria o subsidiaria la indemnización de daños. En tal caso, si el juez otorgara la indemnización no sólo no contravendría en principio procesal alguno sino que, además, garantizaría una tutela jurisdiccional efectiva, pues se estaría pronunciando sobre una pretensión deducida por el deudor⁹².

⁸⁹ En tal sentido Sophie Stijns postula que el juez no puede modificar la opción del acreedor, invocando al efecto el abuso del derecho, aun cuando el deudor lo invoque como mecanismo de defensa, pues tal modificación constituye una violación al principio dispositivo y una alteración de propia iniciativa del objeto de la demanda, cfr. STIJNS (n. 4), p. 530. Denis Tallon, por su parte, si bien cuestiona el poder moderador del juez para subrogarse en la elección del acreedor, pero reconoce que atendido que los contratos deben ejecutarse de buena fe, debería otorgarse al juez cierto poder moderador para controlar la utilización de los remedios contractuales, cfr. TALLON (n. 11), pp. 235-236.

⁹⁰ En igual sentido Fernando Pantaleón sostiene que el deudor puede oponer con éxito como excepción el ejercicio abusivo de la pretensión de cumplimiento cuando su costo resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios, cfr. PANTALEÓN (n. 23), p. 1046.

⁹¹ En la jurisprudencia nacional destaca en esta materia el voto de minoría de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en *Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Ltda.*, el 7 de diciembre de 2010, formulado por los ministros Adalis Oyarzún y Sonia Araneda, pues sostiene que el juez no puede subrogarse en la opción del acreedor y que debe resolver el asunto sometido a su conocimiento de acuerdo con la acción planteada en el libelo y no a otra diversa. En efecto, el considerando tercero del voto disidente que expresa: “no podría el juez subrogarse a una de las partes en la opción que la ley pone ‘a su arbitrio’ decidiendo en su nombre cuál de las dos acciones ‘que la doctrina y la jurisprudencia interpretan como incompatibles entre sí’ es la elegida y, en consecuencia, si el contrato antecedente termina o debe ser cumplido en forma forzosa”, véase Corte Suprema *Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Limitada*, rol 3341-09, 7 de diciembre de 2010, en base de datos www.legalpublishing.cl, N° 47448.

⁹² Es precisamente el razonamiento que siguió la Corte Suprema en la sentencia pronunciada en el caso *Opazo Lamana con Inmunomédica Laboratorio Ltda.* (n. 19) y en la sentencia del caso *Asociación de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile* (n. 20). En ambos casos el acreedor demandó la resolución con indemnización de daños, pero atendido que la resolución no era procedente –pues el contrato ya se había extinguido– el tribunal se pronunció sobre la admisibilidad de la autonomía de la indemnización de daños, no obstante lo cual desestimó condenar al deudor a indemnizar los daños derivados del incumplimiento, al no concurrir los presupuestos para acoger la pretensión indemnizatoria.

Finalmente, resulta útil recordar que el abuso del derecho constituye un ilícito civil que debe sancionarse, de conformidad al título XXXV del libro IV del *Código Civil*, con la indemnización de daños. Por consiguiente, el juez deberá conceder tal indemnización al deudor, lo que ratifica que el abuso del derecho de opción restablece el equilibrio de los intereses contractuales.

IV. IMPORTANCIA DEL ABUSO DEL DERECHO DE OPCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Como se podrá advertir de lo expuesto en los párrafos precedentes, la figura del abuso del derecho de opción del acreedor resulta relevante en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento, principal aspiración del nuevo movimiento de modernización del derecho de las obligaciones y contratos⁹³.

Concebir al abuso del derecho como un límite al derecho de opción no sólo reviste importancia teórica sino que eminentemente práctica, pues de tal reconocimiento se derivan determinadas consecuencias que permiten construir un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento. En efecto, el abuso del derecho de opción introduce un mecanismo adicional de protección del interés contractual del deudor, desvirtúa la idea según la cual el derecho de opción contenido en el artículo 1489 del *Código Civil* sería ilimitado o absoluto y excluye la procedencia de la pretensión de cumplimiento como remedio primario en todos los casos de incumplimiento contractual.

1. Introduce un mecanismo adicional de protección del interés contractual del deudor

La primera consecuencia práctica derivada del abuso del derecho de opción del acreedor es que tal noción introduce un mecanismo adicional de protección del interés contractual del deudor, distinto a los abordados actualmente por la doctrina nacional y que resulta aplicable a todos los casos de incumplimiento. En efecto, constatado el abuso del derecho de opción, el deudor podrá alegarlo como excepción en el juicio o, bien, en

⁹³ Ilustrativo resulta en esta materia el siguiente pasaje de Philippe Rémy, relativo al sistema de remedios por incumplimiento contractual: “La filosofía de este sistema es el equilibrio de los intereses en juego; destacando la permanente satisfacción del interés del acreedor y la protección de los intereses igualmente legítimos del deudor”, RÉMY (n. 11), p. 255. En igual sentido, en la doctrina nacional, PIZARRO, “Hacia un sistema...”, *op. cit.* (n. 4), p. 402; VIDAL (n. 1), pp. 435 y 437; GANDARILLAS (n. 1), p. 431).

la contestación de la demanda, con el propósito de solicitar satisfacer el interés del acreedor a través de un remedio alternativo, cual es la indemnización de daños.

Invocando el abuso del derecho de opción el deudor podrá proteger su interés de liberarse del vínculo obligatorio y no ver agravada su posición en éste en forma excesiva o gravosa, dado que el juez debe propender al justo equilibrio de los intereses contractuales, de modo que desestimaré la pretensión de cumplimiento específico o la resolución solicitadas por el acreedor, cuando tal pretensión no sea procedente o el incumplimiento sea insignificante, respectivamente.

2. Desvirtúa la idea según la cual el derecho de opción del acreedor insatisfecho sería ilimitado o absoluto

Una segunda consecuencia práctica del abuso del derecho de opción es que esta figura desvirtúa la idea según la cual el derecho contenido en el artículo 1489 sería ilimitado o absoluto, debiendo reinterpretarse esta norma a la luz de los límites del derecho de opción, y principalmente a partir del interés del deudor.

Como se indicó precedentemente⁹⁴, la opción del acreedor reconoce límites intrínsecos, entre los cuales destaca precisamente el interés del deudor, y límites extrínsecos, como el abuso del derecho, límites que le impiden escoger cualquier remedio por incumplimiento, invocando la sola satisfacción de su interés contractual. Así, el acreedor no podrá exigir al deudor una prestación cuyo cumplimiento le sea más gravoso u oneroso, pues envuelve un costo desproporcionado en comparación con la utilidad que otros remedios proporcionarían, o simplemente conlleve una intromisión excesiva en la libertad del deudor. Del mismo modo, no podrá solicitar la resolución del contrato, aun cuando sea económicamente más conveniente, si el incumplimiento es insignificante.

3. Excluye la procedencia de la pretensión de cumplimiento como remedio primario frente al incumplimiento

Por último, cabe señalar que el abuso del derecho de opción del acreedor excluye la procedencia de la pretensión de cumplimiento como remedio primario en todos los casos de incumplimiento contractual. En efecto, puede ocurrir que, no obstante existir un genuino interés del acreedor en la ejecución de la prestación, tal interés no lo faculte para optar por la pretensión de cumplimiento específico.

⁹⁴ Véase supra. III.

En aquellos casos que se configure un abuso del derecho de opción del acreedor, a nuestro juicio, deberá excluirse la procedencia de la pretensión de cumplimiento como remedio primario, presentándose en tales casos, y en la medida que el incumplimiento no sea resolutorio, la indemnización de daños como única vía posible para satisfacer el interés del acreedor. Se trata, por consiguiente, de una opción aparente, pero no de una opción real, pues no tiene otra alternativa.

Y es que el principio de la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*) en ciertas ocasiones y no obstante el incumplimiento del deudor, debe ceder ante la conocida cláusula del *rebus sic standibus*, para preservar el equilibrio de los intereses y propender a la justicia y equidad contractual⁹⁵. Tal ponderación deberá realizarla el juez que conocerá, por una parte, la pretensión de cumplimiento o de la pretensión resolutoria del acreedor y, por otra, la pretensión indemnizatoria del deudor. Cobra vigencia así la clásica discusión en torno a si el principio de fuerza obligatoria impone al acreedor exigir primeramente la pretensión de cumplimiento (opción jerarquizada) o si tal principio lo faculta para optar indistintamente por la indemnización de daños (libre opción)⁹⁶.

Tal discusión determina la necesidad de abordar la delimitación de la indemnización de daños respecto de la pretensión de cumplimiento específico y la resolución, con el propósito de establecer en qué casos el acreedor podrá demandar la primera, la resolución del contrato o la indemnización de daños como único remedio para satisfacer su interés. Sin embargo, este tópico excede los límites de este trabajo.

54

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto precedentemente, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. La opción frente al incumplimiento es un derecho del acreedor, porque, si bien puede exigir el cumplimiento de la prestación

⁹⁵ Cfr. VERDERA (n. 6), pp. 171-172. Respecto a la función de ambos principios y la transición desde el *pacta sunt servanda* al *rebus sic standibus* véase Julio Vicente GADIVIA SANCHEZ, “Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual)”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 2, volumen 40, Madrid, 1987, pp. 562-563 y 598-599.

⁹⁶ Véase, entre otros, Nicolas MOLFESSIS, “Force obligatoire et exécution: un droit à l’exécution en nature?”, en *Revue des Contrats*, N° 1, Paris, janvier, 2005, p. 37 et ss.; LAITHIER (n. 46), pp. 161 y ss.; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, “Regards comparatistes sur l’exécution forcé en nature”, in *Revue des Contrats*, N° 2, Paris, Avril, 2006, p. 529 et ss.; GENICON (n. 46), pp. 261-263; Robert E. SCOTT-George G. TRIANTIS, “Embedded options and the case against compensation in Contract Law”, in *Columbia Law Review*, N° 104, Columbia, October, 2004, p. 1428 and ss.; RUZ (n. 6), pp. 603 y ss.; VIDAL (n. 23), pp. 771-773.

- convenida, verificado el incumplimiento tal derecho de crédito, como consecuencia del interés del acreedor que éste protege, deviene en un derecho de opción.
2. El derecho de opción no es un derecho de ejercicio ilimitado, pues se le aplican los límites del derecho de crédito y los límites del interés del acreedor, toda vez que tiene como antecedente inmediato dicho derecho de crédito y su fundamento radica, precisamente, en la lesión de derecho de crédito y la insatisfacción definitiva del interés del acreedor.
 3. El abuso del derecho constituye un límite extrínseco al derecho de opción del acreedor, dado que no surge como consecuencia de la configuración interna de tal derecho y le impide escoger un remedio por incumplimiento que lesione el interés contractual del deudor.
 4. A partir de tal límite es posible concebir la figura del *abuso del derecho de opción del acreedor*, que se verificará en aquellos casos en que éste ejerza tal derecho escogiendo, deliberadamente, un determinado remedio por incumplimiento que lesiona el interés contractual del deudor, esto es, le impide liberarse del vínculo obligatorio o agrava su posición en éste.
 5. Una vez que el juez ha constatado el abuso del derecho de opción no puede subrogarse en tal opción, escogiendo un remedio diverso al demandado por el acreedor, pues estaría cambiando, de propia iniciativa, el objeto de la demanda e infringiendo el principio dispositivo y el principio de congruencia procesal, cimientos sobre los que se erige el proceso civil.
 6. Concebir al abuso del derecho como límite al derecho de opción del acreedor reviste una importancia trascendental en la construcción de un sistema equilibrado de remedios, pues introduce un mecanismo adicional de protección del interés contractual del deudor, desvirtúa la creencia en virtud de la cual la opción contenida en el artículo 1489 sería ilimitada o absoluta y excluye la procedencia de la pretensión de cumplimiento como remedio primario en todos los casos de incumplimiento contractual.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo I.
- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*. 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo II.

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- ARISMENDI LAIRET, Pedro, “Autonomía de la acción de daños y perjuicios contractuales”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 4, Caracas, octubre-diciembre 1939.
- BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “La acción redhibitoria como acción de nulidad”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una re-lectura en clase objetiva”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1, Santiago, 1997.
- BARROS BOURIE, Enrique, “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el Derecho de los Contratos”, en Hernán CORRAL, María Sara RODRÍGUEZ (editores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Lexis Nexis, 2006.
- BARROS BOURIE, Enrique, “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, reimpresión, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, “Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños”, en Juan Andrés VARAS BRAUN y Susan TURNER SAEZ (edits.), *Estudios de Derecho Civil I*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988.
- CAMPBELL, David, “Specific Performance”, in Donald HARRIS, David CAMPBELL, Roger HALSON, *Remedies in Contract and tort*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- CAPILLA RONCERO, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, Fundación Universitaria de Jerez, 1989.
- CATTANEO, Giovanni, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, Giuffrè, 1964.
- CLEMENTE MEORO, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010.
- COVIELLO JR., Leonardo, “*Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*”, in *Rivista di Diritto Civile*, N° 27, Milano, gennaio-febbraio, 1935.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge, *Obligaciones*, 6ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

- D'AMIGO, Giovanni, "Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale", en Enrico DEL PRATO (editor), *Violazioni Del Contratto. Danni e Rimedi*, Milano, Giuffrè, 2003.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, "A propósito del artículo 1861", en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V*, Concepción, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010.
- DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro, "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho*, vol. 22, N° 1, Valdivia, julio, 2009.
- DI MAJO, Adolfo, *Problema e metodo del diritto civile. La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis-Encarna ROCA TRÍAS-Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, Santiago, diciembre, 2005.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio, "Reparación y sanción: cumplimiento de las obligaciones en forma específica", en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 2, volumen 46, Madrid, 1993.
- ELGUETA ANGUITA, Augusto, *Resolución de contratos y excepción de pago*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (ed.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, Abeledo Perrot, 2012.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones I*, 2ª ed., Barcelona, Bosh, trad.cast., 1953.
- FALZEA, Angelo, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, Giuffrè, 1947.
- FARNSWORTH, Allan, *Contracts*, 4ª ed., New York, Aspen Publishers, 2004.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, "Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature", in *Revue des Contrats*, N° 2, Paris, Avril, 2006.
- FENOY PICÓN, Nieves, "El incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del Código Civil de 2009", en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coordinador), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado, 2011, vol. VII.
- FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, "El deber de evitar o mitigar el daño", en *Revista de Derecho*, N° 217-218, Concepción, enero-diciembre, 2005.
- FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- FURMSTON, Michel Philip, *Law of Contract*, 15ª ed., Oxford, University Press Oxford, 2007.

- GADIVIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, “Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual)”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 2, volumen 40, Madrid, 1987.
- GANDARILLAS SERANI, Cristián, “Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual” en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, LegalPublishing 2009.
- GENICON, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- GIANFELICI, Mario César, *La frustración del fin del contrato*, Buenos Aires, Hamurabi, 2004.
- GIORGIANI, Michele, *La obligación*, Barcelona, Bosh, 1955, trad. cast., 1958.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, en *InDret*, N° 3, Barcelona, 2007.
- GROSSER, Paul, *L'ordonnement des remèdes dans Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- GROSSER, Paul, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, Paris, Thèse Paris I, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Sobre la relación entre las acciones de saneamiento de los vicios redhibitorios y las acciones comunes de indemnización, con especial referencia a su prescripción”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9, Santiago, diciembre, 2007.
- HOLMES JR., Oliver Wendell, *The Common Law*, 45ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1881, trad. cast., 1964.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, editorial, 2004. Versión española dirigida por Alejandro A.M. Garro, Madrid, Ediciones UNIDROIT, 2007.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.
- KREBS POULSEN, Claus, “La inejecución de las obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 4, Santiago, octubre-diciembre, 1999.
- KRONMAN, Anthony, “Specific Performance”, in *University of Chicago Law Review*, vol. 45, Chicago, 1978.
- LAGOS VILLARROEL, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, MAPFRE, 2006.
- LAITHIER, Yves-Marie, “La prétendue primauté de l'exécution en nature”, in *Revue des Contrats*, N° 1, Paris, janvier, 2005.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001.
- LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, trad. cast., 1958, tomo I.

- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Santiago, diciembre, 2010.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, 5ª ed., Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010, tomo II.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado”, en Fabricio TERNERA y Francisco BARRIOS, *La resolución en los contratos en el Derecho Privado*, Bogotá, Legis, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004.
- LUMINOSO, Angelo, “Risoluzione per inadempimento”, en Francesco GALGANO, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro cuarto, Delle obbligazioni Della risoluzione per inadempimento*, Roma, Zanichelli, 1990, volume I.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Trivium, 1999.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y Francisco TERNERA BARRIOS, “La resolución”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA-FRANCISCO TERNERA BARRIOS (directores), *Los contratos en el Derecho Privado*, Bogotá, Legis, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela específica de los derechos. Necesidades del derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal*, Lima, Palestra, 2008.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2011.
- MÉLICH ORSINI, José, *La resolución del contrato por incumplimiento*, 2ª ed., reimpresión, Caracas, Ciencias Políticas y Sociales, 2007.
- MESTRE, Jacques-Bertrand FAGES, “Comentario sentencia Corte de Casación, Tercera Sala Civil, 11 de mayo de 2005”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 3, Paris, Juillet/Septembre 2005.
- MOLFESSIS, Nicolas, “Force obligatoire et exécution: un droit à l'exécution en nature?”, in *Revue des Contrats*, N° 1, Paris, janvier, 2005.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Navarra, Civitas, 2006.
- MORALES MORENO, Antonio, “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria”, en Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Navarra, Civitas, 2006.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2001.

- OVIEDO ALBÁN, Jorge, “Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de daños por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena)”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 14, Bogotá, enero-junio, 2009.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 3, volumen 44, Madrid, 1991.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Responsabilidad contractual objetiva”, en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009.
- PINORI, Alessandra, *Il danno contrattuale. II. Criteri di valutazione. Tecniche e regole giudiziali di liquidazione*, Padova, Cedam, Padova, 2001.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “La responsabilidad contractual en el Derecho chileno”, en Fabricio MANTILLA (coordinador), *Problemas de Derecho de los Contratos*, Bogotá, Legis, 2007.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno”, en *Cuadernos de Actualización Jurídica*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2006, vol. III.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, N° 36, Santiago, agosto, 2011.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del *Código Civil* chileno”, en *Revista Chilena de Derecho de Derecho*, vol. 31, N° 2, Santiago, 2004.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en revista *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, Talca, 2007.
- PUGLIATTI, Salvatore, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935.
- PUIG BRUTAU, José, “Comentario del traductor” en Lon FULLER-William PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Barcelona, Bosh, 1957.
- RÉMY, Philippe, “L’ inexécution du contrat”, in François TERRÉ (éditeur), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ROMANO, Geremia, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo, “El derecho a la ejecución in natura en el cumplimiento de las obligaciones en Chile”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V*, Concepción, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2010.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, “La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno” en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coordinador), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado, 2011, vol. VII.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución del contrato por incumplimiento y sus modalidades de ejercicio*, Madrid, Fundación Beneficentia el Peritia Iuris, 2004.
- SÁNCHEZ CASTRO, David, “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles de toda pretensión indemnizatoria?”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, volumen 63, Madrid, 2010.
- SCOTT, Robert E.-George G. TRIANTIS, “Embedded options and the case against compensation in Contract Law”, in *Columbia Law Review*, N° 104, Columbia, October, 2004.
- SCHWARTZ, Alan, “The case for specific performance”, en *Yale Law Journal*, vol. 89, Connecticut, 1979.
- SICCHIERO, Gianluca, “La risoluzione per inadempimento Artt. 1453-1459”, in Piero SCHLESINGER, *Il Codice Civile, Commentario dirigido por Piero Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2007.
- SOLER PRESAS, Ana, “Artículo 77”, en Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (editor), *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998.
- STIJNS, Sophie, “La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en oeuvre”, in Marcel FONTAINE-Geneviève VINEY (editeurs), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelle, Etudes de droit comparé*, Bruxelles, LGDJ, 2001.
- TALLON, Denis, “L'inexécution du contracté: pour une autre présentation”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2, Paris, Avril-Juin 1994.
- TERRÉ, François-Philippe SIMLER-Lequette YVES, *Droit civil: Les obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2005.
- VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, Santiago, abril 2007.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio, 2011.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”, en Alejandro

- GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI, Valparaíso, 2000.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional”, en *Revista de Derecho*, vol. 18, N° 2, Valdivia, diciembre, 2005.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, Enrique BARROS BOURIE, Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ. M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing, 2011.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32, Valparaíso, junio, 2009.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en Hernán CORRAL, María Sara RODRÍGUEZ (editores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Lexis Nexis, 2006.
- VINEY, Geneviève, “La responsabilité contractuelle en question”, in Gilles GOUBEAUX, Jacques GHESTIN, *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.