

Rodríguez-Rosado, Bruno (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons. 329 pp.

Es sabido que son tres las figuras que nacen con ocasión de los contratos bilaterales: la resolución por incumplimiento (art. 1489 del *Código Civil*), la excepción de contrato no cumplido y la llamada teoría de los riesgos (art. 1550 del *Código Civil*). Estas constituyen lo que la doctrina denomina “efectos particulares de los contratos bilaterales”. En general, se señala que la fundamentación de estas figuras estaría en el llamado “sinalagma funcional”, es decir, las obligaciones que nacen del contrato bilateral estarían en una suerte de interdependencia (una sería funcionalmente dependiente de la otra), de tal manera que aquello que le suceda a alguna repercutiría en la otra.

Así, el incumplimiento de una de las obligaciones permitiría dejar sin efecto el contrato (resolución por incumplimiento); el incumplimiento recíproco impediría a ambos contratantes exigir el cumplimiento a la

otra (excepción de incumplimiento contractual), y el perecimiento de la especie o cuerpo cierto obliga a preguntarse si la obligación correlativa debe o no cumplirse (teoría de los riesgos). Y, en esta última situación, también cabe explorar la situación de una imposibilidad sobrevenida no constitutiva de un perecimiento de una especie o cuerpo cierto (por ejemplo, un caso fortuito) y su relación con la obligación recíproca: si se extingue, o no.

Una primera lectura de las instituciones descritas permitiría sostener que a pesar de que pueden tener un fundamento común (el “sinalagma funcional”), se trataría de instituciones distintas con diferentes requisitos de operatividad. Por lo tanto, en apariencia estarían bien delimitadas.

Con todo, una reflexión más pausada permite establecer que ambas instituciones pueden superponerse. Piénsese, por ejemplo, los casos de incumplimientos recíprocos frente a demandas de resolución contractual y no de cumplimiento. ¿Enerva la *exceptio* la acción resolutoria? Si acaece un caso fortuito que no produce el perecimiento de la cosa, ¿se aplica la regla de riesgos del art. 1550 *mutatis mutandis* o, bien, debe tratarse de un caso de incumplimiento por lo que

procedería la resolución? Incluso más, ¿qué sucede con los demás remedios cuando se presentan las hipótesis que configurarían *prima facie* algunas de estas instituciones?

Muchos de estos problemas se producen porque todas estas instituciones nacieron en momentos históricos distintos. Sin embargo, como operan todas ellas en relación a un mismo tipo de contratos, entonces, bien cabe explorar sus puntos de conflicto.

La obra en comento intenta resolver, para el Derecho Civil español, varias de estas interrogantes. El autor, muy versado en los aspectos históricos y comparativos de todas estas instituciones, establece un marco común para su análisis (el “sinalagma funcional”), para, luego, entrar al detalle de cada una de ellas, con especial preocupación por la resolución por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido.

Bruno Rodríguez-Rosado comienza su estudio configurando desde el plano histórico la teoría del “sinalagma funcional”, desde el Derecho Romano hasta los instrumentos de armonización contractual (Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Principios UNIDROIT, Principios Europeos de Derecho de los Contratos y el Borrador para un Marco Común de Referencia).

Así, la teoría del “sinalagma funcional”, que se le atribuye a Rolf Bechmann, se opone a lo que se denomina “sinalagma genético”. Este último está relacionado con la necesidad de obligaciones recíprocas en el marco del nacimiento de una relación obligatoria bilateral. Esta teoría es muy similar a la formulada para explicar la causa en los

contratos bilaterales, como lo formularon los primeros autores causalistas (y antes, por cierto, de la crítica anti-causalista). Este “sinalagma genético” sería de orden estático, pues es necesario verificarlo en un solo momento, el del nacimiento de la convención. En cambio, el “sinalagma funcional”, sería de naturaleza dinámica, pues se verifica durante la ejecución del contrato. En consecuencia, habrá que ver qué suerte corre la relación jurídica cuando a una de las obligaciones se ve afectada por un hecho sobreviniente a su nacimiento, en especial, cuando ha sido incumplida.

Para estos efectos, es esencial la noción de incumplimiento que se asuma. Si se parte de la base que este es una suerte de hecho ilícito (requeriría de culpa), el problema de los riesgos (art. 1550 del *Código Civil*) se desliga de las demás instituciones; en cambio, si el incumplimiento es un hecho neutro carente de ribetes culpabilísticos, tal como es presentado en la Convención de Viena y en los demás instrumentos de armonización contractual, el problema de los riesgos debe tratarse junto con los demás efectos particulares de los contratos bilaterales.

Por ello, resulta de interés una obra como la que comentamos, puesto que el *Código* analizado, el español, contiene normas similares, mas no idénticas a las del nuestro. En todo caso, conviene hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, el problema del riesgo, que nuestro *Código* reguló con generalidad en el art. 1550 para el perecimiento de especies o cuerpos ciertos que se deban y que establece la criticada regla *res perit creditori* (hoy día ya la opinión generalizada es que no

se trató de un error de Andrés Bello, sino muy por el contrario, fue una idea consciente del codificador), no existe con la misma configuración en el *Código* español. Por otra parte, en el *Código* español (art. 1100[3]) hay una regla de similar naturaleza a la contenida en el art. 1552 (que nuestra doctrina, en general, estima que establece la *exceptio non adimpleti contractus*).

Hechas estas precisiones, nos dedicaremos a comentar los aspectos que creemos más destacados que ataca el autor: la excepción de incumplimiento contractual y la resolución por incumplimiento como manifestaciones del “sinalagma funcional”, haciendo presentes sus relaciones con el problema del *periculum*.

El autor configura la excepción de incumplimiento contractual como un medio de autotutela que libera al demandado del riesgo de anticipar el cumplimiento de su propia prestación. En realidad, la excepción se trataría de la manifestación procesal de una reacción sustantiva del ordenamiento que permite a uno de los contratantes no cumplir con lo pactado.

Aunque no lo señala expresamente el autor, si se piensa con un poco más de detención, la *exceptio* en su vertiente sustantiva –la suspensión del cumplimiento– en realidad se configura como una justificación a un incumplimiento doloso. Es uno de los contratantes que frente riesgo de perder la contraprestación decide voluntariamente no cumplir con su propia prestación. Por esta razón, desde cierta óptica y tal como opina Bruno Rodríguez-Rosado, este remedio es de alguna manera una manifestación a la regla de cumplimiento

simultáneo de las obligaciones. Esto es muy patente en contratos cuyo objeto es único, piénsese, por ejemplo, en una compraventa en que las obligaciones (la entrega de la cosa y el pago del precio) han sido diferidas a un momento distinto de la convención (en la práctica, en los contratos de ejecución instantánea el problema se presenta muy escasamente).

Pero donde la *exceptio* cobra una vitalidad interesante se da en casos en que el objeto es complejo porque involucra varias cosas que se deben dar o hacer, o por incumplimientos parciales o defectuosos, no de todas las obligaciones, sino de parte de ellas, configurándose una figura especial: la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Nos da la impresión de que la obra cobra en este punto mayor novedad, puesto que se trata de una figura poco explorada. La simpleza de la *exceptio* se contrasta con la realidad negocial actual, que impone la necesidad de evaluar la conducta de los contratantes, para determinar a cuál de ellos se le admite la excusa en el cumplimiento frente a prestaciones de orden complejo e incumplimientos parciales y defectuosos. Por lo mismo, tal como hace ver el autor, los códigos decimonónicos han quedado de cierta manera superados por la práctica no reconociendo la aplicación de ambas excepciones (la regular y la *non rite*), cuestión que ya han superado algunos más modernos y los instrumentos de unificación contractual.

Otra cuestión interesante que abarca la obra, aunque muy brevemente, es la relación entre el incumplimiento inimputable y la *exceptio*, y que se presenta, asimismo, con la resolución,

como ya haremos mención. Imaginemos que la prestación de una de las partes torna en imposible, ¿tiene lugar la excepción? Bruno Rodríguez-Rosado es de la opinión, que compartimos, que la operatividad de la *exceptio* depende de lo que se establezca a propósito de la regla de riesgos. Esto no deja de ser relevante, puesto que el problema de los riesgos, en definitiva, constituye el límite de aplicación de los remedios de la suspensión del cumplimiento y de la resolución.

Si miramos nuestra regla de riesgos, la del art. 1550, cuando la cosa parece fortuitamente, el acreedor no puede excusarse de cumplir su prestación a pretexto que no se le cumplirá la suya (porque pereció): debe igualmente cumplir. Pero si se produce una imposibilidad distinta al perecimiento de la cosa, por ejemplo, la cosa debida es retenida por la autoridad (fuerza mayor), ¿es posible que se excuse de su cumplimiento oportuno alegando el incumplimiento de la contraria? No es la oportunidad de abocarnos a esta cuestión, que requiere un estudio más acucioso, sin embargo, hacemos presente que el tema puede cobrar importantes consecuencias prácticas.

Sobre la resolución por incumplimiento, la obra viene a engrosar la doctrina española que cuenta ya con varias monografías de envergadura. Puede destacarse, entre otras, el importante trabajo de Mario Clemente, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, de 1998 (y una actualización más breve de 2009); el contundente trabajo sobre modalidades de ejercicio de la resolución de Lis Paula San Miguel de 2004 y la tesis de doctorado

de Enrico Dell'Aquila *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento* de 1981, más antiguo, pero de lectura obligada, en especial, en la parte que aborda los alcances históricos de la resolución por incumplimiento. El trabajo que comentamos creemos que se colocará en un lugar preferente en la literatura especializada.

En materia de resolución, hay varios puntos que destacar.

En primer lugar, el autor se cuestiona nuevamente, porque ya lo había hecho la profesora Lis P. San Miguel recién mencionada, sobre el problema del modelo de ejercicio de la resolución. En su oportunidad, esta autora colocaba de manifiesto el avance que había tenido la jurisprudencia española en reconocer la posibilidad de ejercicio extrajudicial de la resolución (cabe tener presente que entre la publicación de ambas obras media un lapso de nueve años). Lo novedoso de la obra es que Bruno Rodríguez-Rosado concluye que la resolución puede oponerse por vía de excepción, y no solo por vía de acción. Esto sería una suerte de consecuencia del carácter extrajudicial que la resolución fue tomando en el Derecho español alejándose por vía interpretativa del modelo francés que inspiró al codificador.

Todo el desarrollo español sobre la materia es muy necesario tenerlo a la vista, puesto que autorizadas voces de nuestra doctrina hace algún tiempo ya vienen en sostener que debe otorgársele eficacia a una resolución de corte extrajudicial, más cercana al modelo de la Convención de Viena.

Otro tanto sucede con los efectos extintivos retroactivos que la resolu-

ción presentaría. Parte de la doctrina estima hoy que la resolución no opera con efectos retroactivos o, por lo menos, de forma limitada. Bruno Rodríguez-Rosado es de la opinión que la resolución en el Derecho español opera *con efecto retroactivo*, entendiéndose por tal la necesidad de volver a la situación anterior. Cabe hacer presente que el *Código* español, a diferencia del nuestro, contiene una norma expresa que ordena la retroactividad (art. 1120), siguiendo en esto al *Code*, pero no hay norma idéntica en el de Andrés Bello. Sin embargo, esta retroactividad permitiría combinar eficacia real y obligacional (si hay restituciones automáticas o generan una obligación restitutoria por efecto de la ineficacia del contrato) y efectos *ex nunc* y *ex tunc* (que designaría al momento en que operarían los efectos). Creemos que, si bien la distinción efectuada por el autor puede llegar a ser técnicamente correcta, otorga una cierta oscuridad a la hora de analizar la institución.

Resulta muy interesante el tratamiento de las restituciones consecuenciales a la resolución. A diferencia del *Código* chileno (arts. 1487 respecto de la cosa; 1488, frutos y 1486, mejoras y deterioros), el español no establece reglas relativas a la restitución, por lo que parte de la doctrina española señala que debe integrarse la regulación con las normas de liquidación del estado posesorio (nuestras reglas de restituciones mutuas de la acción reivindicatoria, art. 904 y ss.). Sin embargo, Bruno Rodríguez-Rosado, con bastante ingenio, a falta de normas y rechazando la aplicación de las reglas de liquidación del estado posesorio (nuestras normas

sobre restituciones mutuas de la acción reivindicatoria, art. 904 y ss. del *Código Civil*), sostiene que tres son los principios que deben regir la materia: los de integridad, exclusión y equivalencia. El primero de ello tiene relación con la restitución de las ventajas que se obtuvieron a partir del contrato resuelto. El segundo, es que las restituciones no deben superponerse a la tutela resarcitoria. Y, el tercero, es que la restitución debe concedirse con el con los mismos resultados que se hubiesen formado a través de un resultado adecuado y conforme. Aquí nos detendremos, puesto que este es un punto que creemos que la doctrina nacional no ha indagado con toda profundidad.

Sobre el primero, es decir, el de integridad, el problema más de fondo es la aplicabilidad de la denominada restitución de ganancias o provechos por incumplimiento contractual y en su fórmula anglosajona (el ámbito donde ha tenido mayor aplicación) se le denomina de varias maneras: *disgorgement damages*, *account for profits for breach of contract*, o *restitutory damages*. La situación de hecho que se genera es que el deudor, con ocasión de su incumplimiento, se ve beneficiado. Tal sería el caso del vendedor que incumple su deber de entrega de la especie mueble para venderla a un mejor precio. Entonces, ¿puede el acreedor demandar al deudor por el beneficio que obtuvo con ocasión de la inejecución contractual (el mayor precio en el ejemplo)? Tal como lo planteaba Allan Farnsworth, hacia 1970, en un artículo en que trata la cuestión¹, habría que determinar si se trata de una pérdida

¹ FARNSWORTH (1985).

del acreedor o de una ganancia (lícita) del deudor (“Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract”²). Es necesario acotar que, incluso, algunos autores dentro de las teorías del análisis económico del Derecho han justificado estos incumplimientos, puesto que serían eficientes (por ejemplo, Richard Posner). Bruno Rodríguez-Rosado frente a una idea muy amplia de restitución cree que es aplicable, aunque hubiéramos deseado mayor énfasis sobre el particular. Ahora, en el Código chileno, cabe anotar que probablemente haya que redireccionar el tratamiento de la materia desde el Derecho Restitutorio al de Daños, toda vez que si se habla de ganancias serían frutos, y su restitución se encuentra prohibida por la norma del art. 1488.

El segundo de los principios enunciados por el autor, el de exclusión, nos parece de vital importancia para analizar la tutela resolutoria. Resolución e indemnización de perjuicios son remedios distintos. En el caso de la resolución, hay dos sub-tutelas: la extintiva (el resolvente no será más obligado a cumplir y no será responsable por la misma) y la restitutoria. Según el principio de exclusión, la indemnización no puede superponerse a esta tutela. Muy por el contrario, es complementaria a ella. Aunque el autor no da mayor análisis sobre la complementación entre resolución e indemnización (la obra no trata de ello), lo cierto es que el solo plantea-

miento del tópicus permite afirmar que lo que se debe restituir (con todas sus consecuencias, en especial su operatividad objetiva) no se indemniza. Y por otro lado, aquello que no es restituible, puede considerarse como indemnización de perjuicios según el último de los principios propuestos.

El tercero, el de equivalencia de los resultados, significa que la complementación entre la resolución y la indemnización de daños debe llevar al mismo resultado patrimonial *neto* que el acreedor esperaba recibir con el contrato. Que la resolución signifique la extinción de la relación obligatoria, no quiere decir que el acreedor no vea frustrado un interés en el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación. Por ello, la indemnización se complementa a la resolución en aras de este principio. Esta conclusión es afín con la regla de perjuicios de los arts. 95 y 96 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que establece el cálculo de los perjuicios frente a la real o hipotética operación de reemplazo en caso de resolución. En virtud de estas normas, el acreedor solo puede obtener la diferencia (beneficio neto) entre el valor de la especie vendida y su mayor valor que experimente. De esta manera, se produce un equilibrio entre los remedios del cumplimiento específico y la resolución contractual.

Por último, queremos destacar el tratamiento de la resolución frente al incumplimiento no imputable. Recordemos que la tesis del autor es que la regla de riesgos constituye el límite de aplicación tanto para la *exceptio* (como manifestación procesal de la suspen-

² En el primer número del año recién pasado de esta revista hemos comentado una obra monográfica sobre la materia: CONTARDO GONZÁLEZ (2014), pp. 441-446.

sión del cumplimiento) como de la resolución. La tesis que se contiene en la obra es la siguiente: cuando hay imposibilidad total, absoluta y definitiva (ya inicial, ya sobrevenida) *imputable* procede el ejercicio de los remedios. En el caso de imposibilidad inimputable procede también el ejercicio de la resolución, aun en contra de un deudor diligente. La razón de ello es que debe considerarse la procedencia de la resolución frente a una concepción objetiva y amplia de incumplimiento, directriz que han tomado los instrumentos de unificación contractual, teniendo como eje la frustración del interés del acreedor.

De vuelta al *Código* chileno, más allá de las críticas ampliamente sabidas al art. 1550 (desde antiguo y aun la norma se mantiene incólume), se hace necesario determinar qué sucede con la verdadera aplicación de esa regla. Nuestra impresión es que su interpretación debe guardarse respecto al caso preciso al que ella hace mención: la pérdida fortuita de una especie o cuerpo cierto, y otorgarle solo en este caso el efecto contenido en la norma. Nada más. Luego, para los demás casos, por lo menos de imposibilidades sobrevenidas, son situaciones que pudiere calificárseles de incumplimiento, de tal manera que la aplicación de la resolución como remedio nos parece sensato, en línea con lo que postula el autor para el Derecho español. Más problemático resulta el caso de imposibilidad inicial, dado que esta situación en Chile estaría sancionada con nulidad por falta de objeto. Parece ser que debiera avanzarse, también como postula Bruno Rodríguez-Rosado, a una interpreta-

ción (o derechamente una reforma) que las considere casos de incumplimiento, de tal manera que se le pueda otorgar mayor unidad al sistema.

En definitiva, la obra que hemos comentado trata gran parte de los problemas que surgen a partir del estudio conjunto de la resolución, la excepción de contrato no cumplido y la regla de riesgos. Hubiéramos deseado un tratamiento más profundo de la coincidencia entre los incumplimientos recíprocos (que darían lugar a la *exceptio*) y la resolución. Sin embargo, en el resto, se trata de un trabajo que aborda con profundidad los puntos explorados, con notas interesantes desde el ámbito histórico, comparativo y dogmático. Con seguridad se tratará de una obra de referencia obligada para aquel que deba abocarse a estos temas.

A pesar de que está circunscrita al Derecho español, con las diferencias anotadas respecto del nuestro, esta obra nos obliga a cuestionarnos de forma crítica en qué estado se encuentra nuestra legislación y jurisprudencia. Sobre todo hoy, en que el influjo de las tendencias modernizadoras del Derecho de las Obligaciones no solo ha repercutido en la doctrina sino están, poco a poco, calando en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2014). "Barnett, Katy (2012). *Accounting for Profit for Breach of Contract*. Oxford: Hart Publishing. 232 pp.". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22. Santiago, julio.

FARNSWORTH, Allan (1985). "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract". *The Yale Law Journal*. Vol. 94, Massachusetts.

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ