

## FACULTAD UNILATERAL DE TERMINAR EL CONTRATO Y BUENA FE CONTRACTUAL\*

### UNILATERAL POWER TO TERMINATE THE CONTRACT FOR NONPERFORMANCE AND GOOD FAITH

Cristián Eduardo Aedo Barrena\*\*

#### RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo examinar dos cuestiones: Por una parte, el control al que debe someterse la facultad unilateral de poner término al contrato por incumplimiento como herramienta de tutela, conforme a los parámetros de la buena fe contractual y, por otra, aceptando que la buena fe es una herramienta de valoración del comportamiento del acreedor, determinar cuál sería el régimen de responsabilidad aplicable en el caso que el acreedor ejerza dicha facultad contra la buena fe y cause daños, en su ejercicio, al deudor.

**PALABRAS CLAVES:** Buena fe, terminación unilateral, responsabilidad contractual.

#### ABSTRACT

The purpose of this article is to examine two issues. On the one hand, the control to which the unilateral power to terminate the contract for nonperformance must be submitted, as a tool of contractual remedy, in accordance with the parameters of contractual good faith and, on the other hand, accepting that good faith is a tool of assessment of the behavior

---

\* Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular número 1191729, denominado “Delimitación de regímenes de responsabilidad civil. Elementos y factores a considerar para una parcial unificación”, del que el suscrito es investigador responsable; y del proyecto Fondecyt Regular número 1181930, denominado “Exceptio doli generalis: historia, función e interpretación”, del que es coinvestigador.

\*\* Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl. Dirección Postal: Lincoyán 255 Concepción, Santiago, Chile. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl. Artículo recibido el 10 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 23 de octubre de 2019.

of the creditor, determine what would be the liability regime applicable in the case that the creditor exercises such power against good faith and causes damage, in its exercise, to the debtor.

KEY WORDS: Good faith, unilateral termination, contractual liability.

## I. INTRODUCCIÓN: LA CUESTIÓN PLANTEADA

La facultad de terminar unilateralmente un contrato envuelve diversas hipótesis que, para efectos de análisis, merecen una necesaria distinción. En principio, conviene distinguir tres situaciones en las que la terminación de un contrato puede operar. Cada cual reclama un tratamiento diferenciado y, atendido el enfoque del presente artículo, podremos concentrarnos en la primera. Una posibilidad es que el contrato termine porque este ha otorgado a una parte contratante, el acreedor, la facultad de poner término unilateral por incumplimiento contractual. Desde ya, es conveniente separar la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato con el desistimiento, figura que supone la facultad unilateral de renunciar al contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de incumplimiento de la contraria<sup>1</sup>. Y, todavía un tercer supuesto, es la hipótesis en la que el contratante, el más fuerte, deja sin efecto el contrato de *facto*, realizando una conducta que supone ejercer su voluntad en dicho sentido, que, a su vez, puede implicar una falta de colaboración en la prestación<sup>2</sup>.

Desde luego, nuestro principal interés estará en analizar el primer caso, sin perjuicio que algunas reflexiones puedan ser trasladadas para el segundo y tercero. Y, para analizar este problema, debemos revisar si la buena

<sup>1</sup> Para lo que acabamos de señalar y un análisis detallado de los casos regulados y requisitos, véase CAPRILE (2011), p. 271 y ss. Véase, también, para la distinción entre facultades por incumplimiento contractual y desistimiento, ERBETTA (2017), p. 23 y, con una discusión sobre sus requisitos, el trabajo de SEVERIN (2018), p. 310.

<sup>2</sup> Este es un argumento importante para distinguir la situación de una facultad contractual pactada. Si se acuerda la facultad de poner término frente al incumplimiento, el acreedor ejerce una herramienta de tutela. En cambio, si de *facto* pone término al contrato, ello puede operar en ausencia de una facultad pactada, respondiendo a un incumplimiento contractual o evitando la colaboración que debe prestarse al deudor para pagar. En esta perspectiva se resolvió, por ejemplo, el asunto el asunto Coffe Break EIRL con Sociedad Concesionaria Aeropuerto Antofagasta (2015): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de agosto de 2015, rol 3893-15, MJJ42425. Aunque se trata de un recurso de protección, la Corte entendió que existía un acto arbitrario, por parte del acreedor, al impedir el ingreso al deudor a los recintos en los que debían prestarse los servicios, en la medida que no había pacto que permitiese poner término unilateral al contrato.

fe es una regla de comportamiento aplicable al ejercicio de las facultades del acreedor frente al incumplimiento. Aceptado lo anterior, conviene examinar el régimen de responsabilidad aplicable en el supuesto que el acreedor cause daño a su deudor, en el ejercicio de dicha herramienta.

## II. LA RESOLUCIÓN COMO HERRAMIENTA DE TUTELA DEL ACREEDOR

Las distintas herramientas de tutela o remedios del acreedor se insertan en una nueva comprensión del derecho contractual. Así, para que el acreedor pueda dirigir las denominadas herramientas de tutela en contra del deudor, es necesario que este haya incumplido el contrato, ¿qué debe entenderse por incumplimiento? Modernamente, se ha pensado que el concepto de incumplimiento es un concepto neutro y que se traduce en la desviación de la prestación pactada que impone el contrato, con independencia de la obligación de que se trate y de que dicha falta de ejecución sea o no imputable al deudor. En definitiva, incumplimiento se concibe como insatisfacción del interés del acreedor<sup>3</sup>.

Así, el derecho de obligaciones chileno se ha ido modernizando de la mano de quienes consideran, como los autores antes citados, que el incumplimiento es un concepto neutro, amplio y objetivo y que se traduce en la insatisfacción del interés del acreedor<sup>4</sup>. Algunas de estas pretensiones, por tanto, como la responsabilidad contractual en sentido estricto, requerirán de culpa o dolo, mientras que para otras, se exigirán requisitos de distinta índole, como la gravedad del incumplimiento, a propósito de la resolución<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase JORDANO (1987), p. 31 y MORALES MORENO (2006), pp. 56-57. Véase también, FERNÁNDEZ (2012), pp. 201-202. Para la recepción de un modelo objetivo de incumplimiento en el derecho comparado, véase, además, de Antonio Manuel Morales Moreno, PALAZÓN (2014), pp. 17; 119 y ss. En cuanto a los instrumentos europeos de armonización de remedios contractuales, se acepta también un concepto neutro, amplio y objetivo de incumplimiento. Así, el art. 87 del CESL; art. III.-1:102 (3) del DCFR; artículo 8:101 del PECL; artículo 7.1.1. del PICC. Para un análisis de esta materia en los instrumentos europeos, véase BLANDINO (2015), p. 331 y ss.

<sup>4</sup> Es el enfoque de los PLDC, que define incumplimiento en el art. 83 en los siguientes términos: “Artículo 86. Concepto de incumplimiento (1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada. (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor. (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación”. Véase DE LA MAZA; PIZARRO y VIDAL (2017), p. 55 y ss.

<sup>5</sup> VIDAL (2007a), pp. 56-57; VIDAL (2007b), p. 162; VIDAL (2009), p. 364; VIDAL (2011) p. 108 y ss.; BARROS (2008), p. 408; BARROS (2009a), pp. 305; 308; BARROS (2009b), p. 145; PIZARRO (2008), p. 399 y ss.; DE LA MAZA (2014), pp. 151-153.

Operado el incumplimiento, el acreedor goza, en consecuencia, de una serie de herramientas que puede dirigir en contra del deudor a su elección<sup>6</sup>. Y ello, contra el criterio de la doctrina chilena tradicional, que extendía la exigencia de imputabilidad para cualquier herramienta, incluyendo la resolución, con el argumento de que, de otro modo, el caso fortuito no podría operar como causa de liberación del deudor<sup>7</sup>.

El sustento para esta mirada moderna del incumplimiento se encuentra, a su vez, en una relectura del principio de la fuerza obligatoria, desde que la perspectiva debe estar puesta, necesariamente, en los intereses de las partes: en función de dichos intereses, deben ser organizadas las herramientas a favor del acreedor, pudiendo este elegir la herramienta que intentará, cuando la prestación no se ha satisfecho<sup>8</sup>. Ello viene de la mano de una manera, que se ha denominado más realista, de comprender el contrato<sup>9</sup>.

En cuanto a la facultad unilateral de terminar el contrato por incumplimiento, la doctrina chilena tradicional ha entendido que el pacto, con independencia de la intervención judicial, es un caso de resciliación.<sup>10</sup> René Abeliuk estima, por el contrario, que una revocación unilateral referida al incumplimiento de una obligación, se traduce siempre en un pacto comisorio calificado<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> BARROS (2008), p. 408. Véase también, VIDAL (2007b), pp. 170-172.

<sup>7</sup> PEÑAILILLO (2003), pp. 411-413; RAMOS (2004), pp. 166-168; ABELIUK (2014), p. 471. Para descartar el argumento del caso fortuito como causa de liberación del deudor de todos los remedios contractuales, véase BRANTT (2010), p. 161 y ss.

<sup>8</sup> VIDAL (2007c), p. 517 y ss.; PIZARRO (2008), p. 395 y ss.; BAHAMONDES (2011), pp. 244-245; MORALES (2013), tomo III, vol. 1, pp. 391-392. Para la perspectiva de la doctrina tradicional, véase, por todos, ALESSANDRI; SOMARRIVA y VODANOVIC (2004), vol. II, pp. 258-260.

<sup>9</sup> VIDAL (2011), p. 258. Como señala Álvaro Vidal: “El contrato no se concibe sólo como un instrumento creador de derechos y obligaciones sino, también, como mecanismo de organización y satisfacción del interés de las partes. Se habla de una noción más realista del contrato, que no lo entiende sólo como un dispositivo de creación de relaciones jurídicas, aunque también le corresponda ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio a disposición de los particulares para organizar sus propios intereses y conseguir la satisfacción de los mismos. En efecto, el contrato, primero que todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes. Éstas, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que solo obtendrán con el cumplimiento fiel y oportuno del contrato, propósito que interesa en la medida que se hubiere incorporado, explícita o implícitamente, a la regla contractual”.

<sup>10</sup> LÓPEZ (1998), tomo I, p. 322. Cfr. con ABELIUK (2014), pp. 679; 1367-1368, que considera la resciliación como un acto bilateral, una convención, no un acto jurídico unilateral.

<sup>11</sup> ABELIUK (2014), pp. 1367-1368. En el mismo sentido, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2004), p. 111. También identifica las cláusulas resolutorias con el pacto comisorio, BOTTESELLE (2011), p. 71 y ss.

En cambio, en el nuevo enfoque contractual, la tendencia dogmática moderna es admitir el ejercicio de la facultad extrajudicial, distinguiéndolo del pacto comisorio<sup>12</sup>. Iñigo de la Maza y Álvaro Vidal han explicado suficientemente las diferencias entre el pacto comisorio y la cláusula resolutoria, en cuanto la segunda implica el ejercicio extrajudicial, no bastando el mero incumplimiento<sup>13</sup>. Veamos ahora cuáles son las exigencias que, conforme a la buena fe, supone el ejercicio de la facultad unilateral de resolución.

### III. BUENA FE, ¿SUJETA AL ACREEDOR EN EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD FRENTE AL INCUMPLIMIENTO?

#### 1. Principio de buena fe como regla integradora

Desde el punto de vista objetivo, la buena fe se traduce en un patrón de comportamiento leal y correcto que deben mantener los contratantes<sup>14</sup>. El art. 1546 del *Código Civil* dispone que los contratos deben *ejecutarse* de buena fe y no solo *cumplirse*, lo que indica que este comportamiento se le exige a ambos contratantes, en sus respectivas calidades de acreedor o deudor<sup>15</sup>.

Para determinar el alcance de la conducta que debe ser exigida a las partes, se hace necesario precisar cuál es la regla contractual a la que se han sujetado. El principio de la fuerza obligatoria del contrato admite una

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión, véase PIZARRO (2007), p. 11 y ss.; ELORRIAGA (2013), pp. 408-410.

<sup>13</sup> DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 514-515.

<sup>14</sup> José Luis de los Mozos señala que, en definitiva, la buena fe constituye una regla de conducta, a la que debe adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres: "...su forma jurídica dependerá entonces de la privada lex por ellos creada (buena fe objetiva), en el ancho campo de los negocios jurídicos (...) o en otro caso (buena fe subjetiva) dependiendo de las condiciones impuestas para que surja un efecto jurídico determinado". Advierte que, en su proyección objetiva, la buena fe, como comportamiento de fidelidad, se despliega en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función normativa, pues no se basa en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. DE LOS MOZOS (1965), p. 40. Sobre la buena fe como parámetro de comportamiento leal exigible a los contratantes, véase especialmente SCHOPF (2018), pp. 114-115.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ (1992), pp. 167; 206. Como señalan Jorge López y Fabián Elorriaga: "Como el estándar o regla de la buena fe objetiva tiene valor normativo, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento (1546 del Código Civil chileno), sino por autorizar al tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias...". Véase LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 435 y ss.

relectura, en cuanto la relación contractual gira en función de los intereses de las partes<sup>16</sup>. Como señalan Álvaro Vidal e Iñigo de la Maza, el propósito práctico del contrato se ha traducido, en el ámbito jurisprudencial, en una extensión de las reglas del contrato, más allá de lo pactado, de acuerdo con las reglas de la buena fe<sup>17</sup>. En el mismo sentido, Francisco Jordano entiende que no puede desconocerse una tendencia general del ordenamiento que involucra un ensanchamiento del instituto, paralela a la creciente operatividad de la buena fe<sup>18</sup>. Y ello es porque, siguiendo a Adrián Schopf, la concepción moderna del contrato, desde la óptica de la buena fe, implica que es un instrumento de cooperación entre las partes y, por consiguiente, cada parte debe colaborar, desde su posición contractual (acredora o deudora), para que se alcance el interés contractual perseguido<sup>19</sup>.

La integración, a partir de la buena fe es, por consiguiente, una operación clave en la interpretación contractual, en la medida que permite fijar con mayor precisión y acorde los intereses, la órbita de lo pactado<sup>20</sup>. Y ello tiene mucha relevancia, pues, lo pactado, como enseña María Graciela Brantt, permite definir una órbita de riesgos que son asumidos contractualmente. Señala la autora:

78

“Tomando en cuenta ese conocimiento real o presunto, y con base en la buena fe, pueden considerarse asumidos por el deudor aquellos riesgos originados en la actividad que debe desarrollar para cumplir, de modo tal que el acreedor puede a su vez contar con

<sup>16</sup> Por todos, MORALES (2013), tomo III, vol. 1, pp. 391-392.

<sup>17</sup> VIDAL y DE LA MAZA (2014), pp. 19-23. Véase también FRIED (1996), p. 128; MORELLO (2003), pp. 40-43; 273-274; NEME (2018a), pp. 38-39 y, en profundidad, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 182-190.

<sup>18</sup> JORDANO (1987), p. 31.

<sup>19</sup> SCHOPF (2018), p. 116.

<sup>20</sup> La buena fe permite la integración, en la medida que dicha operación se haga con aquellas cosas que pertenecen a la naturaleza de una obligación pactada o que pueden incorporarse por ley o en razón de la costumbre y no se traduce dicho parámetro, en consecuencia, en una fuente de deberes contractuales. En este sentido resolvió el fallo Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adpex Ltda. con Distribución y Servicio (2012): Corte Suprema, 31 de enero de 2012, rol 1180-11, MJJ30767. Como señala GUZMÁN (2004), pp. 87-88; 90 y 94, cuando el art. 1546 discurre sobre las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, no está definiendo una expresión técnica. Se trata de un giro del lenguaje utilizado para expresar la idea que a partir del ser, estructura u organización de la obligación, puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación pactada. Agrega que aquellas *cosas* del art. 1546 no son obligaciones en sentido técnico, aunque pueden serlo y concluye indicando que el art. 1546 al ampliar el círculo de obligaciones no ha querido declarar que ello sea la buena fe en sí misma.

que, de verificarse un riesgo que corresponda a dicho ámbito, el deudor lo controlará –impidiendo que afecte el cumplimiento– y de no ser así, le indemnizará el daño derivado del incumplimiento. En este sentido, adquiere relevancia la buena fe, que actúa generando y protegiendo la confianza del acreedor en el control de dichos riesgos por parte del deudor<sup>21</sup>.

## *2. Buena fe y ejercicio de la facultad de resolución por incumplimiento contractual*

Ya examinado que, desde el nuevo enfoque contractual, lo pactado se extiende, conforme al parámetro de la buena fe, para exigir al deudor aquello necesario para alcanzar la satisfacción del interés del acreedor, con los límites que el art. 1546 impone a la integración contractual<sup>22</sup>. Dicho parámetro de comportamiento leal exige que el acreedor se desenvuelva, en su calidad, conforme a pautas de lealtad para con su deudor. En principio, por consiguiente, las conductas exigidas al deudor y aquellas esperadas del acreedor, son las propias del cumplimiento contractual. En otras palabras, no cabe duda que el acreedor debe colaborar con su deudor, a efectos de que satisfaga la prestación<sup>23</sup>.

La cuestión está en determinar si, además, en el ejercicio de sus facultades, en especial aquellas herramientas con las que cuenta el acreedor frente al incumplimiento y, en particular, la facultad de resolver unilateralmente el contrato, este debe apegarse a una pauta de buena fe.

79

<sup>21</sup> BRANTT (2010), p. 87. Con una óptica distinta, relativa al tipo de objeto pactado, véase el interesante análisis de MEJÍAS (2011), p. 101 y ss. En el mismo sentido, incluso para fundar, desde la regla de previsibilidad, la culpa del acreedor en el daño, véase SAN MARTÍN (2017) en especial p. 603 y ss.

<sup>22</sup> Para esta cuestión, véase, como fundamento de la buena fe en la confianza de satisfacción del interés ajeno, SCHOPF (2018), pp. 118-120.

<sup>23</sup> Se ha discutido la naturaleza del comportamiento exigido al acreedor. Para un sector de la doctrina comparada, las conductas del acreedor que tienden a la facilitación de la liberación del deudor constituyen cargas y no auténticos deberes. Véase CATTANEO (1964), pp. 54-65; DIEZ-PICAZO (2008), p. 737 y en DÍEZ-PICAZO (1964), pp. 357-358. En un sentido similar, CABANILLAS (1988), p. 72 y ss., se trata de una auténtica carga y no de un deber o una obligación que se impone al acreedor. Otro sector considera que el acreedor tiene el deber de colaboración, que puede distinguirse, técnicamente, de una obligación. Para esta cuestión, véase AEDO (2008), p. 281 y ss.; SAN MARTÍN (2009), pp. 194-195; PRADO (2015), pp. 108; 135 y ss. En un sentido similar, RODRÍGUEZ (1992), p. 210 y MARTINS-COSTA (2004) pp. 110-111. Véase también, CABALLERO (1992), p. 128. Con carácter más general, la buena fe para el acreedor, se ha reflexionado desde la perspectiva del resguardo del propio interés, como ocurre con la carga de mitigar daños. Para esta cuestión, véase DOMÍNGUEZ (2005), p. 85; FUENTES (2005), p. 226; VIDAL (2008) pp. 452-454; SAN MARTÍN (2012), pp. 314-315 y PÉREZ (2015), p. 21.

En la doctrina chilena, en principio, la buena fe en el ejercicio de herramientas de tutela frente al incumplimiento puede ser leída desde la “excepción de contrato no cumplido”, consagrada para algunos, entre nosotros, en el art. 1552 del *Código Civil*, para los contratos bilaterales<sup>24</sup>. Patricio Carvajal, por ejemplo, ha enfocado la cuestión del ejercicio de la facultad resolutoria desde la buena fe, fundando la cuestión en el citado art. 1552<sup>25</sup>.

Por otro lado, en el caso del ejercicio de la facultad unilateral de terminar el contrato, sobre todo en el ámbito mercantil, se ha desarrollado, siguiendo a Jorge López Santa María, la necesidad de invocar una causa grave, como el deficiente desempeño de la contraparte, en cuanto no debe ejercerse de forma abusiva, ni traspasar los límites de la equidad y buena fe<sup>26</sup>, es decir, que el incumplimiento se traduzca en un grave desequili-

<sup>24</sup> En este sentido, véase la interesante exposición, a la luz del art. 1460 del *Codice Civile* de 1942 y la jurisprudencia italiana, NANNI (1988), p. 473 y ss. Para la aplicación de la jurisprudencia alemana, con base en la *exceptio doli*, véase WIEACKER (1977), pp. 66-68, en términos que nadie puede pretender un tratamiento favorable por el ordenamiento, cuando su comportamiento ha sido contrario al contrato; y, para el caso español, DELL’AQUILA (1981), p. 172. En la jurisprudencia, véase el fallo Martin Hizmeri con Servicios Médicos Tabancura S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril de 2015, rol 599-15, MJJ41256.

Se ha discutido si la denominada excepción de contrato no cumplido se encuentra recogida en el art. 1552 del *Código Civil*. Se ha pensado que dicha norma consagra la compensación de moras, a efectos de indemnización de perjuicios, pero que no impide el ejercicio, por ejemplo, de la acción resolutoria. Con un profundo estudio histórico y dogmático, puede consultarse el problema en CHINCHILLA (2017), pp. 35 y ss., 197 y ss.

<sup>25</sup> Según Patricio Carvajal: “d) El incumplimiento grave. Respecto de la trascendencia o suficiente entidad del incumplimiento, para nuestra jurisprudencia y doctrina la aplicación del artículo 1552 del Código Civil (asimilable al problema de la resolución, como ya se explicó), abarca todos los incumplimientos de carácter importante, es decir, todos aquellos por cuya entidad se infrinja el deber del comportamiento de buena fe. Esto está en la línea de los fundamentos para justificar la institución misma de la resolución por incumplimiento; dentro de los cuales, el que tiene mayor acogida y resulta más claro para explicar por qué la resolución debe fundarse en un incumplimiento grave, es el de la interdependencia en las prestaciones y su debido equilibrio, o, lo mismo, la equidad de las prestaciones recíprocas –medido el mérito de la finalidad del contrato desde el punto de vista económico y aun moral, pero, en todo caso, concreto y práctico”. CARVAJAL (2016), pp. 125-126.

<sup>26</sup> LÓPEZ (1998), p. 321, nota 473; ÁLVAREZ (1986), pp. 158-159, considera que la gravedad del incumplimiento como condición del ejercicio de la facultad del acreedor se funda, precisamente, en la buena fe contractual. También se ha acordado por la doctrina que, en los contratos de concesión de obra pública, el ejercicio de la facultad unilateral de poner término al contrato, debe fundarse en un incumplimiento grave, que debe haber operado en la realidad y no en el mero arbitrio del órgano estatal. Véase JEQUIER (2013), p. 298 y ss. y CARVAJAL (2016), pp. 106-108.



brio contractual<sup>27</sup>. Abordando la cuestión de la facultad de terminación unilateral, Carlos Pizarro Wilson ya había propuesto que el ejercicio de dicha facultad debería moderarse, mediante un control *a posteriori*, con el estándar de la buena fe<sup>28</sup>.

En la jurisprudencia, hemos encontrado dos lecturas, que han resuelto el problema, principalmente, por la vía del recurso de protección. Una línea tradicional considera que el ejercicio de la cláusula se funda en el *pacta sunt servanda* y, en cuanto tal, el ejercicio no está limitado a ningún control de razonabilidad. Un ejemplo es el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 13 de septiembre de 2016, en el que se resolvió:

“La relación jurídica entre las partes de un contrato de cuenta corriente se encuentra inmerso dentro del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que las partes pactaron libremente, entre otras cosas, las causales de término del mismo, las que incluso pueden ser unilaterales”<sup>29</sup>.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 2016, en la que se señala que, siendo la relación de cuenta corriente un contrato *intuitu personae*, tanto el banco como el cliente pueden poder término al contrato cuando la confianza se ve traicionada, lo que constituye, a nuestro juicio, una invocación a un contenido ético contractual, fundado en la buena fe<sup>30</sup>.

Una segunda lectura jurisprudencial califica el ejercicio de la facultad unilateral de poner término al contrato, bien desde la óptica del derecho público (exigiendo fundamentación en la decisión), bien invocando la buena fe, en términos de exigir que el ejercicio se adecue a dicho pará-

<sup>27</sup> En este sentido, para la dogmática italiana especialmente, DELL'AQUILA (1981), p. 182. Para la dogmática y jurisprudencia española, que niega su ejercicio cuando el acreedor actúa contra la buena fe, GREGORACI (2015), p. 85 y ss.

<sup>28</sup> PIZARRO (2007), p. 14 y ss.

<sup>29</sup> Alexis Fischman Rajii con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de septiembre de 2016, rol 18.054-16, MJJ46373. Véase, en un sentido similar, Consorcio Compasa Pilasi con Servicio de Salud de Antofagasta (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 16 de noviembre de 2016, rol 2413-13, MJJ48235.

<sup>30</sup> César Rojas Gaete y otros con Banco Santander Chile (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 2016, rol 122.306-16, MJJ48157: “El ‘Contrato de Operaciones Bancarias’ y entre estos el de cuenta corriente bancaria es *intuitu personae*, en el que la confianza entre los contratantes resulta esencial en la continuidad del mismo, tanto para el cliente como para el Banco. En el caso, el recurrido dio razones suficientes por las cuales no desea continuar con las cuentas corrientes y productos asociados del recurrente y de las empresas que él representa, y por ello, su actuación no puede ser tildada de arbitraria, caprichosa, o que ello no obedece a una razón”.

metro. En esta línea se mueve, por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de agosto de 2017, que señaló:

“La decisión del Ministerio de Bienes Nacionales, en orden a decidir unilateralmente poner término a la concesión onerosa directa de la que es titular el recurrente Jungla Salvaje, sin interponer las acciones legales ante el Tribunal Arbitral que dispone la ley en el D.L 1939 y que fueron expresamente transcritas en el contrato de concesión, constituye una vulneración de la garantía constitucional que asegura el derecho a no ser juzgados por comisiones especiales, sino por tribunales legalmente establecidos, que se encuentra consagrada en el artículo 19 N °3 de la Constitución Política de la República, que establece que ‘Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho’”<sup>31</sup>.

Por tanto si, de acuerdo con lo razonado, aceptamos que la buena fe alcanza el ejercicio de herramientas de tutela del acreedor como consecuencia del incumplimiento contractual, dicho ejercicio debería reunir al menos dos condiciones:

- 82 a) que el fundamento esté constituido por la gravedad del incumplimiento de la otra parte<sup>32</sup> y
- b) que su ejercicio venga precedido de un comportamiento, a su vez, leal y correcto de quien ejerce la facultad.

<sup>31</sup> Jungla Salvaje S.A. con Ministra de Bienes Nacionales (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de agosto de 2017, rol 21.638-17, MJJ50796. Se ha exigido fundamento razonable para la terminación unilateral, incluso en los casos del ejercicio de la facultad de desistimiento. Véase Exportadora de Hoteles Norte S.A. con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2016, rol 21.960-16, MJJ45700. Según la Corte: “El término unilateral es un elemento de la naturaleza en los contratos de duración indefinida. La normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras reconoce el derecho de término unilateral como una facultad que poseen ambos contratistas y, que los propios contratos de cuenta corriente allegados al tribunal, otorga el mismo derecho de cierre, sin expresión de causa tanto al banco como al cuenta correntista. La facultad que otorga el contrato de proceder al término unilateral del mismo resulta ser arbitrario, es decir, desprovisto de un fundamento racional, especialmente si este cierre se habría producido por el giro comercial que mantiene referido a negocios de «moteles», lo cual, en el caso de resultar verosímil, no alcanza a constituir un motivo suficiente para justificar la decisión tomada por el banco. El motivo antes expuesto resulta suficiente para demostrar la arbitrariedad e ilegalidad cometida por el señalado banco, más aún, cuando a la vigencia de la relación contractual con el recurrente se le ha puesto término sin explicitar un motivo determinado”. Véase también el fallo Ubilla con Ilustre Municipalidad de Chillán Viejo (2018): Corte de Apelaciones de Chillán, 3 de julio de 2018, rol 1-18, MJJ56311.

<sup>32</sup> En este sentido, véase PIZARRO (2007), p. 14 y ss. y DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 517.

En cuanto a la primera condición, que es el requisito fundamental que reclama la doctrina chilena, y la jurisprudencia que se ha examinado, corresponde con la orientación moderna que desde una relectura de las herramientas de tutela del acreedor, exige que el ejercicio de la facultad resolutoria, frente al incumplimiento, sea como consecuencia de un incumplimiento grave<sup>33</sup>. La exigencia, por lo demás, está en plena armonía con los instrumentos de armonización, tanto europeos como latinoamericanos<sup>34</sup>.

La buena fe como parámetro de conducta, implica que la valoración que debe hacer el juez en caso de conflicto es, necesariamente, *a posteriori*. En otras palabras, no es la cláusula en sí misma la que puede pensarse como atentatoria al equilibrio contractual, sino su ejercicio, antojadizo, contrario al patrón de conducta ético que se debe esperar del acreedor, lo que se traduciría en un rechazo a la pretensión del acreedor y la primera cuestión para juzgar ello es que el incumplimiento sea grave.

---

<sup>33</sup> BRANTT (2010), pp. 5-7; MEJÍAS (2011), pp. 88-91; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 260-261; 430 y ss. Para una vinculación entre la valoración de la gravedad en el incumplimiento y buena fe, véase NANNI (1988) pp. 525-526. Según el autor, el ejercicio de buena fe de la facultad resolutoria supone que no puede aceptarse su ejercicio cuando el acreedor tolera un incumplimiento parcial o tardío del deudor.

<sup>34</sup> Los modelos codificados latinoamericanos más modernos contemplan la resolución unilateral y extrajudicial por incumplimiento entre las herramientas del acreedor, en casos de incumplimiento grave. Se consagra así en los arts. 1077 y 1078 del *Código Civil* argentino, para la terminación unilateral. Sin perjuicio, se regula la condición resolutoria tácita, en el art. 1087 y, en ese caso, se deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 1088 para hacerla efectiva: a) incumplimiento grave; b) mora; c) intimación extrajudicial, dentro de los quince días de operado el incumplimiento. En términos similares, el *Código Civil* del Perú, arts. 1428 y 1429; *Código Civil* de Paraguay, art. 728 y el de Bolivia, art. 570. En cuanto a los PLDC, trata la resolución por incumplimiento en la sección 2ª, “Medios de tutela del acreedor”, arts. 97 a 101. Como en el caso de los códigos latinoamericanos más modernos, establece la resolución judicial y un sistema de resolución extrajudicial, vía comunicación de una de las partes (arts. 97 y 98) y lo sujeta a la gravedad del incumplimiento. Véase, DE LA MAZA GAZMURI, PIZARRO y VIDAL (2017), p. 68. En el caso del derecho europeo y, en particular, de los PECL, que recogen la tradición europea común, la resolución es tratada en los arts. 9:301-9:309. Regula, el art. 9:301, la facultad de poner término unilateralmente al contrato, cuando existe incumplimiento esencial (art. 9:301). Para esta cuestión, véase ZIMMERMANN (2002), p. 302 y ss.; DÍEZ-PICAZO; ROCA y MORALES (2002), p. 349 y ss. También se regula así en el denominado DCFR, en el libro III, arts. 3:502 al art. 3:505, en términos que se admite una resolución unilateral, por incumplimiento esencial. Sobre el texto del DCFR véase JÉREZ (2015), p. 141 y ss. Sobre los propósitos y fundamentos del DCFR véase EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN (2009), p. 1462 y ss. y, JANSEN y ZIMMERMANN (2010), p. 98 y ss. Es la línea que sigue también la reforma del *Código Civil* francés, que admite expresamente, en el art. 1226, la resolución unilateral, a riesgo del acreedor, en el caso de incumplimiento grave, acogiendo así la solución que, desde 1998, había admitido la Corte de Casación. Sobre la cuestión, MOMBERG (2015), p. 137.

La segunda condición, es decir, que quien ejerza la facultad tenga, a su vez, un comportamiento leal y correcto con el deudor, se ha traducido, también con fundamento en la buena fe, en un rechazo del comportamiento abusivo del acreedor. En efecto, sobre la base de distintas normas y tradiciones jurídicas, puede estimarse en esta segunda condición, una reminiscencia de la *exceptio doli*, en cuanto el ejercicio de una facultad en contra de la buena fe, habilita al deudor para someter jurisdiccionalmente una evaluación de su ejercicio<sup>35</sup>.

Como enseña Franz Wieacker, la *exceptio doli* fundamenta, hoy día, la inadminisbilidad de una conducta contraria a la buena fe y que, en términos procesales, reúne todas aquellas máximas que exige a una parte, una conducta ético-jurídica, como venire contra factum proprium, dolo agit qui petit quod statim redditurus est; incivilite agere (acción inicua o desconsiderada), entre otros<sup>36</sup>. Como indica Luca Nanni, la introducción de la jurisprudencia italiana de la *exceptio doli* y de la determinación de la buena fe, ha permitido una más adecuada valoración del margen de sacrificio al que se sujetan los contratantes<sup>37</sup>: por ello, la buena fe se ha considerado un atentado al equilibrio contractual que las partes determinan al momento de su celebración, lo que impediría todo ejercicio abusivo de la cláusula. La buena fe actúa, en consecuencia, como parámetro y límite del ejercicio de un derecho, sujetando al acreedor a deberes de lealtad y corrección en ese ejercicio<sup>38</sup>.

En definitiva, la exigencia de la buena fe en el ejercicio de la facultad unilateral de resolución, por parte del acreedor, evita que su ejercicio sea

<sup>35</sup> La *exceptio doli* se traducía en una excepción de carácter general, que favorecía al demandado frente a cualquier acción contraria a la buena fe, aunque no sea engañoso, en tanto se entiende, según *D. 17,2,3,3*, que la buena fe es contraria al fraude y a dolo; (“*fides bona contraria est fraudi et dolo*”). Para su origen histórico, GUZMÁN (2014), p. 161 y NEME (2016), p. 179 y ss. Para la recepción de la *exceptio doli* y la recepción de la buena fe en el ámbito contractual, no obstante las diferencias en las tradiciones jurídicas en Europa, véase ZIMMERMANN (2009), pp. 49-50, 74-77.

<sup>36</sup> WIEACKER (1977), pp. 60-61. Para su inclusión en la dogmática española, véanse las interesantes reflexiones de Díez-PICAZO (2014), pp. 232-234. Como muestra magníficamente NEME (2018a), pp. 77-84, los textos romanos son abundantes en establecer criterios de delimitación de las facultades del acreedor, como la imposibilidad de ejercerlo más allá de la medida, sin razón válida o justa, con injusticia, desproporción, sin fundamento o por motivo insignificante, con deslealtad, con injuria que, en definitiva, apuntan al ejercicio de las facultades con discreción y equilibrio, intentando causar el menor daño posible.

<sup>37</sup> NANNI (1988), p. 524.

<sup>38</sup> Sostiene Díez-PICAZO (2014), p. 202: “El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico”. Véase también, EKDAHL (1989), p. 32.

abusivo<sup>39</sup>. Las dos condiciones examinadas se traducen en un mecanismo efectivo de defensa para el deudor, si el ejercicio de la mentada facultad fuese revisada judicialmente. Además, que el deudor tiene derecho a que el acreedor le indemnice los perjuicios que le cause. Pero para aproximarnos a esta cuestión, resulta interesante analizar el régimen de responsabilidad en la que la demanda debería encaminarse.

#### IV. EJERCICIO DE UNA FACULTAD CONTRARIA A LA BUENA FE, ¿ACARREA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARA EL ACREEDOR?

Dos son los supuestos para estar en presencia de responsabilidad contractual: el vínculo contractual y el incumplimiento de la obligación. La responsabilidad contractual, en el sentido propio del término, queda circunscrita al incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos<sup>40</sup>. Y, como corolario lógico, delimitan su concepto a la reparación de los perjuicios compensatorios. En esta perspectiva, la responsabilidad contractual debe distinguirse de los otros remedios concedidos en favor del acreedor. Y, como corolario lógico, delimitan su concepto a la reparación de los perjuicios compensatorios<sup>41</sup>. En esta perspectiva, la responsabilidad contractual debe distinguirse de los otros remedios concedidos en favor del acreedor<sup>42</sup>. Por tanto, el régimen común y supletorio es el de responsabilidad aquiliana<sup>43</sup>. Como consecuencia, la culpa representa un papel primordial (no delimitado), en el sistema de responsabilidad por infracción del contrato<sup>44</sup>.

85

<sup>39</sup> Esta es la posición de NEME (2018a), pp. 20 y ss., 55-60, que considera que la cláusula resulta de la legitimidad del contrato, pero que comporta un riesgo de abuso que debe ser evitado, en tanto la buena fe incorpora como cláusula general del contrato, una prohibición del ejercicio abusivo de facultades conferidas al acreedor.

<sup>40</sup> En un sentido técnico, la noción de incumplimiento solo puede asociarse al incumplimiento de una obligación y nunca a la insatisfacción de una carga o de un deber (que, en el derecho italiano, se denomina *obblighi*, para diferenciarlo con la *obbligazione*). Véase, por todos, BIANCA (2018), pp. 3-4: “Di inadempimento non può neppure parlarsi nell’ipotesi di inosservanza di un onere. L’onere rileva infatti esclusivamente quale requisito per il conseguimento di un risultato favorevole. L’inadempimento deve escludersi, ancora, con riguardo agli obblighi generici di rispetto altrui. La violazione di tali obblighi dà luogo all’illecito extracontrattuale: figura que ha in comune con l’inadempimento la qualifica della illecità, ma che rispetto ad esso si differenzia nettamente per la diversità dei presupposti e degli effetti”. En un sentido similar, CASTRONOVO (2018), pp. 504-505.

<sup>41</sup> BRANT (2010), p. 191 y ss.; MALAURIE *et al.* (2016), p. 584 y ss.; AEDO (2018), p. 621 y ss.

<sup>42</sup> BIANCA (2018), pp. 120-121, 263 y ss.

<sup>43</sup> BARROS (2009c), p. 975 y ss.; MORELLO (2003), pp. 276-277, 300-301.

<sup>44</sup> PANTALEÓN (1991), pp. 1043-1044. Véase también PANTALEÓN (1993), p. 1727. MALAURIE *et al.* (2016), pp. 542-543.

En definitiva, como señala Enrique Barros, la fundamental distinción entre los regímenes de responsabilidad se encuentra en la voluntad de obligarse, frente al hecho ilícito como fuente obligacional. En efecto, la responsabilidad contractual viene precedida por una relación que, sometida a los controles de eficiencia y eficacia de la voluntad, constituye un régimen diseñado, delineado por las partes<sup>45</sup>; en otros términos, y a diferencia del sistema de responsabilidad aquiliano, son las partes las que pueden diseñar el régimen y delimitar la responsabilidad (conforme a los arts. 1547, 1556 y 1558). Por la misma razón, se ha sostenido que el eje articulador de la diferencia de los regímenes se encuentra, precisamente, en el art. 1558<sup>46</sup>.

Dado que, como exponen María Graciela Brantt y Claudia Mejías<sup>47</sup>, el contrato determina una órbita de riesgos asumida por los contratantes, el ámbito de la reparación está limitado a los que las partes previeron o debieron prever a la época de celebración del contrato, siendo el eje de articulación de dichos riesgos la culpa<sup>48</sup>. Como afirma John Fleming, mediante el contrato se trata de promover una voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que en la responsabilidad extracontractual se asignan riesgos, de acuerdo con las valoraciones de la comunidad, por decisión de los tribunales o la ley<sup>49</sup>.

Si el acreedor ha ejercido su facultad, el contrato debe entenderse terminado. Si el deudor intenta una acción indemnizatoria por los daños que el acreedor le ha causado en el ejercicio de la facultad, desaparece una de las condiciones de la responsabilidad contractual. Técnicamente, en la hipótesis que proponemos, no puede hablarse de responsabilidad *post contrahendum*, pues como explica María Teresa Alonso Traviesa, esta tiene relación con aquellas situaciones que se presentan cuando el contrato haya producido sus efectos principales, sin perjuicio de que

<sup>45</sup> BARROS (2009c), pp. 975-980.

<sup>46</sup> Para un análisis del art. 1558 del *Código Civil* como eje de la distinción, véase AEDO (2018), p. 644 y ss.

<sup>47</sup> BRANTT (2010), p. 86 y ss. y MEJÍAS (2011), pp. 96-97. Como señala NEME (2018b), pp. 112-113: “La capacidad de adaptación del contrato se extiende hasta los imprecisos terrenos del riesgo que habrán de asumir los contratantes en conformidad con el equilibrio económico del contrato. Aun en los eventos de riesgo extraordinario que no pueden resolverse a la luz de las condiciones pactadas originalmente, y que exigen, por ende, una recomposición del equilibrio del contrato, la propia estructura contractual nos orienta, pues permite establecer unas relaciones de coordinación y complementariedad entre los riesgos típicos de la actividad, las previsiones expresadas de las partes relativas a la asunción de riesgos, y, en particular, la delimitación del álea normal del contrato, las relaciones de las partes...”.

<sup>48</sup> A propósito de la responsabilidad extracontractual, se asigna dicha función a la culpa. Véase AEDO (2014), pp. 714-719; AEDO (2015), p. 811 y ss. y AEDO (2018), p. 342 y ss.

<sup>49</sup> FLEMING (1987), p. 2.

subsistan obligaciones accesorias (o, en el supuesto de análisis, deberes), que vinculen a las partes<sup>50</sup>.

Ahora bien, aun cuando la esfera de la responsabilidad extracontractual comprende aquellas áreas en las que el contrato ha terminado, no parece razonable conducir el problema de responsabilidad subsecuente en este campo. En efecto, si la responsabilidad contractual implica un diseño de riesgos que las partes predefinen y ello incorpora tanto la posición del deudor como del acreedor, del modo propuesto, el ejercicio de facultades del acreedor queda sujeto a un control de buena fe que, vulnerado, se traduce en una infracción que autoriza una demanda en sede contractual<sup>51</sup>. Como indica Matteo Dellacasa, el acuerdo contractual, es decir, la expresión de la autonomía de la voluntad, basta para fundar el programa contractual, limitando la reparación de daños al interés positivo, no a la confianza legítima de la contraparte, en el caso de lo que denomina buena fe *in executivis*, se traduce en la protección de la confianza, que configura una limitación a la autonomía privada. En otros términos, el contrato proyecta sus efectos cuando en el ejercicio abusivo de la facultad de resolución, se lesiona la confianza legítima de la contraparte, causándole daños<sup>52</sup>. Ello habilitaría la discusión del problema, en el ámbito de

---

<sup>50</sup> ALONSO (2007), p. 198.

<sup>51</sup> Por eso, la doctrina se plantea que, en estos casos, es la buena fe el vehículo articulador de la atribución de responsabilidad contractual. Véase YZQUIERDO (2001), pp. 89-90. Así, se señala que los deberes exigidos al acreedor para colaborar con el deudor no lo transforman en deudor correlativo, ni alteran su calidad. De ahí se sigue que, en el caso que el acreedor vulnere auténticos deberes, nuestra comprensión de la responsabilidad contractual queda ampliada: esta ya no se plantea solo como consecuencia del incumplimiento de obligaciones por el deudor y alcanza a los comportamientos exigidos al acreedor, lo que puede traducirse en un argumento para discutir la responsabilidad contractual, aun cuando algunos de sus presupuestos falten. Véase AEDO (2008), p. 300 y CABALLERO (1992), p. 129.

<sup>52</sup> DELLACASA (2018), p. 310 y ss. Este es el enfoque del reciente fallo Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A. (2019): Corte Suprema, 22 de mayo de 2019, rol 38.506-2017. Dijo la Corte: “Que a la luz de tales reflexiones no se advierte el error que la recurrente atribuye a los jueces cuando determinan que la ejecución de buena fe del contrato de autos exigía que ambas partes desplegaran las conductas necesarias no solo para satisfacer sus propias expectativas sino que también en pos de los intereses de la contraparte. Evidentemente ello no quiere decir, como sugiere quien recurre, que los contratantes deban renunciar a alcanzar su propia satisfacción sacrificándose sin más en beneficio exclusivo de la otra parte. Pero sí es indudable que esa obligación también les impone abstenerse de ejecutar conductas que impidan a su contraparte obtener el provecho que esperaban alcanzar. Y así, si ese provecho consistía, en el caso de la actora, en la obtención de una utilidad económica mediante la ejecución de una prestación durante un período de cinco años, la buena fe que debía orientar el obrar de la demandada durante la ejecución del contrato le exigía justificar las razones que le permitían terminar anticipadamente ese contrato”.

la responsabilidad contractual, en la medida que puede demandarse, a título de daños, la legítima expectativa de ganancia que la parte hubiese obtenido, de mediar un cumplimiento acorde a la buena fe.

Nuestra jurisprudencia también ha entendido que, en el caso que el ejercicio de una facultad de terminación del acreedor sea contrario a la buena fe, en términos que aparezca infundado, los daños deben ser conocidos en un régimen de responsabilidad contractual. Así se resolvió en el fallo de la Corte Suprema, de 25 de julio de 2011. La Isapre Colmena Golden, terminó unilateralmente el contrato de salud del demandante. La Corte entendió que a la Isapre demandada correspondía indemnizar los daños en sede contractual, entendiendo que hubo culpa desde que no se acreditó que había una razón fundada en el contrato para poner término al mismo y rechazar la cobertura médica que fue reclamada<sup>53</sup>. Y la misma Corte Suprema, rechazando la casación en el fondo, se ha pronunciado en la reciente sentencia de 22 de mayo de 2019. La Corte declaró:

88

“Si bien una terminación unilateral anticipada como la de autos debe considerarse como una forma de extinción de los contratos, para evaluar su procedencia es necesario acudir a las reglas sobre responsabilidad contractual si la parte que se dice perjudicada con esa determinación alega haber sufrido perjuicios por el ejercicio inadecuado de tal atribución. Por ende, no parece posible abstraerse sin más de la ulterior responsabilidad que podría conllevar esa unilateral decisión por la sola circunstancia de haberse convenido en el contrato, ya que un término intempestivo, abrupto o abusivo bien podría importar una infracción de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe, considerando, como acontece en la especie, que el prestador del servicio pudo incurrir en gastos en su actividad y/o sufrir perjuicios derivados de la resistencia de su contraparte en la continuación del vínculo que los ligaba, todo lo cual hace razonable reconocer el derecho a la indemnización de todo el daño que se sufra como consecuencia del término de los servicios”.

## V. CONCLUSIONES

- La buena fe configura un parámetro de comportamiento para los sujetos de la obligación, entendida esta como un entramado complejo de obligaciones, deberes y cargas. Modernamente, es un ele-

<sup>53</sup> Felix Mor Aguayo con Isapre Colmena Golden Cross (2011): Corte Suprema, 25 de julio de 2011, rol 3929-10, MJJ28366.



- mento indispensable para articular la regla contractual, es decir, es tanto elemento integrador de las obligaciones contraídas por el deudor, así como parámetro de ejecución de los deberes de colaboración del acreedor.
- La buena fe también puede ser empleada como parámetro de comportamiento del acreedor en la ejecución de facultades frente al incumplimiento obligacional, especialmente para el ejercicio de la facultad unilateral de resolver o terminar el contrato frente al incumplimiento contractual. En este sentido, es posible pensar, para el derecho chileno, una reminiscencia, como en el derecho comparado, de una verdadera *exceptio doli*, en la medida que el deudor puede, bien paralizar la pretensión del acreedor, bien someterla a control jurisdiccional, cuando su ejercicio es contrario a la buena fe.
  - Si en dicho ejercicio hay hipótesis de daños para el deudor, como consecuencia del ejercicio de la facultad del acreedor, la articulación de la responsabilidad contractual como mecanismo de distribución de riesgos contractuales predeterminados, permite concluir que este debería ser el régimen aplicable al caso y no el de la responsabilidad extracontractual.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVIC, René (2014). *Las obligaciones*. 6ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- AEDO BARRENA, Cristian (2008). “Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor, con especial referencia a su mora de recibir”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico). *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- AEDO BARRENA, Cristian (2014). “El concepto normativo de culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41, n.º 2. Santiago.
- AEDO BARRENA, Cristian (2015). “La culpa como criterio de distribución de riesgos sociales ¿Hay en la culpa una infracción a un deber jurídico?”, en Álvaro VIDAL OLIVARES, Gonzalo SEVERIN FUSTER y Claudia MEJÍAS ALONSO (coords.). *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters.
- AEDO BARRENA, Cristian (2018). “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral”, en Álvaro VIDAL OLIVARES (dir.) y Gonzalo SEVERIN FUSTER (ed.). *Estudios de Derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago: Thomson Reuters.

- AEDO BARRENA, Cristian (2018). *Culpa aquiliana: una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos*. Santiago: Thomson Reuters.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC (2004). *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. II.
- ALONSO TRAVIESA, María Teresa (2007). *El problema de concurrencia de responsabilidades*, 2ª ed. Madrid: LegalPublishing.
- ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL (1986). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2011). “Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (coordinador). *Cuadernos de análisis jurídicos. Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Vol. VII.
- BARROS BOURIE, Enrique (2008). “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: LegalPublishing.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009a). “El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad”, en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador). *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: LegalPublishing.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009b). “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”, en ÉL MISMO; María Paz GARCÍA RUBIO y Antonio Manuel MORALES MORENO. *Derecho de Daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009c). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, reimpresión 1ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BIANCA, Massimo (2018). *Diritto Civile, 5: La responsabilità*, ristampa 2ª edizione. Milano: Giuffrè.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia (2015). “El incumplimiento del contrato”, en Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSH CAPDEVILA y María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (eds.). *El derecho común europeo de la compraventa y modernización del derecho de contratos*. Barcelona: Atelier.
- BOTTESELLE, Andrea (2011). “El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 17. Santiago.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad civil contractual*. Santiago: AbeledoPerrot.
- CABALLERO LOZANO, José María (1992). *La mora del acreedor*. Barcelona: Bosch.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2011). “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ; Enrique BARROS BOURIE, E. y Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot.

- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio (2016). “Plus est in rem quam in existimatione. La terminación anticipada del contrato de concesión municipal por declaración administrativa unilateral. Aspectos de Derecho Privado y de Derecho Público”. *Revista de Derecho PUCV*. Vol. XLVI. Valparaíso.
- CATTANEO, Giovanni (1964). *La cooperazione del creditore all'adempimento*. Milano: Giuffrè Editore.
- CASTRONOVO, Carlo (2018). *Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos (2017). *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*. Bogotá: Universidad del Externado.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago: AbeledoPerrot.
- DELLACASA, Matteo, Martha NEME VILLARREAL (coord.) (2018). *Autonomía Privada. Perspectivas del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014). “La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas de la cosa”. *Revista de Derecho PUCV*. Vol. XLIII. Valparaíso.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES (2017). *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Madrid: BOE.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Álvaro VIDAL OLIVARES (2018). *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- DELL'AQUILA, Enrico (1981). *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Publicaciones Universidad de Salamanca.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1965). *El principio de la buena fe*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1964). “El contenido de la relación obligatoria”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 17. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. II: Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2014). *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, María Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Notas sobre el deber de minimizar el daño”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 5. Santiago.
- EIDENMÜLLER, Hortst, Florian FAUST, Hans GRIGOLEIT, Nils JANSEN, Gerhard WAGNER y Reihard ZIMMERMANN (2010). “El Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo”. (trad.) Bruno Rodríguez Rosado. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo. LXII, fascículo IV. Madrid.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2013). “Las dificultades de los remedios por incumplimiento contractual en la experiencia chilena”, en Alexis MONDACA MIRAN-

- DA y Cristián AEDO BARRENA (coords.). *Nuevos horizontes del Derecho Privado*. Santiago: Librotecnia.
- EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda (1989). *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ERBETTA MATTIG, Andrés (2017). “La cesación unilateral del contrato de obra prevista en el art. 1999 inc. 2° del Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 28. Santiago.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña (2012). “Incumplimiento total”, en Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ (coord.). *Cumplimiento e incumplimiento*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- FLEMING, John G. (1987). *The Law of Torts*, 7 edition. Sidney: The Law Book Company.
- FRIED, Charles (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. (trad.) Pablo Ruiz-Tagle Vial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FUENTES GUÍNEZ, Rodrigo (2005). “El deber de evitar o mitigar el daño”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N.ºs 217-218. Concepción.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz (2015). *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Madrid: BOE.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2004). “La buena fe en el Código Civil de Chile”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 29, n.º 1. Santiago.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014). *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2013). “Terminación unilateral del contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades). Análisis de jurisprudencia”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, n.º 1. Coquimbo.
- JÉREZ DELGADO, Carmen (coord.) et al. (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: BOE.
- JORDANO FRAGA, Francisco (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y Fabián ELORRIAGA DE BONIS (2017). *Los Contratos. Parte General*, 6ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- MALAUURIE Philippe, Laurent AYNÈS ET PHILIPPE Stoffel-Munck (2016). *Droit des Obligations*, 8ª edition. Paris: LGDJ.
- MARTINS-COSTA, Judith (2004). “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones, en Marcos CÓRDOBA (dir.). *Tratado de la Buena Fe*. Buenos Aires: La Ley.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2015). “La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 24. Santiago.

- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006). *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Madrid: Thomson-Civitas.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2013). “Claves de la modernización del derecho de contratos”, en AA.VV. *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Madrid: Consejo General del Notariado, tomo III, vol. 1.
- MORELLO, Antonio (2003). *Indemnización del daño contractual*, 3ª ed. reelaborada, actualizada y ampliada. Buenos Aires: LexisNexis. Abeledo-Perrot.
- NANNI, Luca (1988). *La buona fede contrattuale*. Padova: Cedam.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2016). *La buena fe en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2018a). *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso*. Bogotá: Universidad Externado.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía (2018b). “El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo”, en ELLA MISMA (coord.), *Autonomía Privada. Perspectivas del Derecho Contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*. Madrid: Thomson Reuters.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991). “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV. Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993). “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI. Madrid.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo (2015). “La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato”. *Indret*. N.º 1. Barcelona.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2007). “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”. *Ius et Praxis*. Vol. 13, n.º 1. Talca.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “Hacia un sistema de remedios por incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Legal Publishing.
- PIZARRO WILSON, Carlos y Álvaro VIDAL OLIVARES (2017). “Riesgo del contrato, incumplimiento contractual y remedios. Una lectura para el Derecho Civil chileno”, en Adrián SCHOPF OLEA y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ (eds.), *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*. Santiago: Thomson Reuters.
- RAMOS PAZOS, René (2004). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1992). *La obligación como deber de conducta típica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2009). “Sobre la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento del acreedor: la posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N.ºs 225-226. Concepción.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2012). *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidad Externado.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2015). “La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria a propósito de Julio Fritz Vidal con Banco Santander Chile. Corte Suprema, Rol 137-10”, en ELLA MISMA (ed.). *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*. Santiago, Thomson Reuters.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2017). “Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual”, en Adrián SCHOPF OLEA y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ (eds.). *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2018). “La buena fe contractual como norma jurídica”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 31. Santiago.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2018). “El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999”. *Ius et Praxis*. Vol. 24, n.º 2. Talca.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a). “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil chileno. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34, n.º 1. Santiago.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007b). “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.). *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago: LexisNexis.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007c). “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código civil”, en Hernán CORRAL TALCIANI y María Sara RODRÍGUEZ PINTO (coords.). *Estudios de Derecho Civil II*. Santiago: Legal Publishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008). “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico). *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Legal Publishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009a). “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.). *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Legal Publishing.

- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009b). “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. xxxii. Valparaíso.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011). “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ; Enrique BARROS BOURIE y Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro e Iñigo DE LA MAZA GAZMURI (2014). “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema”, *Ius et Praxis*. Vol. 20, n.º 1. Talca.
- WIEACKER, Franz (1977). *El principio general de la buena fe*, trad. de José Luis Carro. Madrid: Civitas.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2002). “Remedie for non-performance. The revised German law of obligations viewed against the background of the Principles of European Contract Law”. *Edinburgh Law Review*. Vol. 6. Edinburgh.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2005). *The New German Law of Obligations: comparative perspectives*. Oxford: Clarendon Press.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2009). *Europa y el Derecho Romano* (trad). Ignacio Cremades Ugarte. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

### JURISPRUDENCIA CITADA

- Felix Mor Aguayo con Isapre Colmena Golden Cross (2011). Corte Suprema, 25 de julio de 2011, rol 3929-10, MJJ28366.
- Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adpex Ltda. con Distribución y Servicio (2012). Corte Suprema, 31 de enero de 2012, rol 1180-11, MJJ30767.
- Martin Hizmeri con Servicios Médicos Tabancura S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril de 2015, rol 599-15, MJJ41256.
- Coffe Break EIRL con Sociedad Concesionaria Aeropuerto Antofagasta (2015): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de agosto de 2015, rol 3893-15, MJJ42425.
- Exportadora de Hoteles Norte S.A. con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2016, rol 21.960-16, MJJ45700.
- Alexis Fischman Rajii con BBVA (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de septiembre de 2016, rol 18.054-16, MJJ46373.
- Consortio Compsa Pilasi con Servicio de Salud de Antofagasta (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 16 de noviembre de 2016, rol 2413-13, MJJ48235.
- César Rojas Gaete y otros con Banco Santander Chile (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 2016, rol 122.306-16, MJJ48157.

Jungla Salvaje S.A. con Ministra de Bienes Nacionales (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de agosto de 2017, rol 21.638-17, MJJ50796.

Ubilla con Ilustre Municipalidad de Chillán Viejo (2018). Corte de Apelaciones de Chillán, 3 de julio de 2018, rol 1-18, MJJ56311.