

CLÁUSULA DE DESISTIMIENTO UNILATERAL SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONFIGURACIÓN Y ROL INTEGRADOR DE LA BUENA FE

[Unilateral termination clause without expression of cause. Configuration and integrating role of good faith]

DIEGO ALARCÓN SÁNCHEZ¹

RESUMEN

La cláusula de desistimiento unilateral sin expresión de causa representa uno de los puntos más controversiales en la jurisprudencia y doctrina nacional. La libertad contractual en la configuración de la cláusula ve como límite el rol integrador de la buena fe, en especial respecto de dos de sus elementos más problemáticos: la necesidad de justificar y el preaviso.

PALABRAS CLAVE

Cláusula de desistimiento - buena fe - libertad contractual - integración.

ABSTRACT

The unilateral termination clause without expression of cause represents one of the most controversial points in national jurisprudence and doctrine. The contractual freedom in the configuration of the clause, sees as a limit the integrating role of Good faith, especially with respect to two of its most problematic elements: the need to justify and advance notice.

KEYWORDS

Termination clause - good faith - contractual freedom - integration.

¹ Egresado de Derecho de la Universidad Diego Portales.

INTRODUCCIÓN

Existen rubros industriales en que, dada la complejidad y extensión de los servicios involucrados, suponen que la relación contractual se planteen en un ambiente de incertezas y riesgos considerables. Tal es la situación, entre otros, de la minería, la construcción, y el mercado energético. En este sentido, a propósito de los contratos de ingeniería, adquisición y construcción (conocidos en el medio con la sigla EPC), STEINBERG ilustra de forma elocuente los riesgos a los que se sujetan las partes al momento de contratar: *“Los pronósticos no siempre son precisos. Un cambio en las condiciones macroeconómicas, políticas o sociales puede afectar la viabilidad de un proyecto (...) Por ejemplo, en el caso de los proyectos de energía o de LNG, una fuerte caída o un fuerte aumento en los precios del gas podrían hacer que la construcción de una prometedora planta o terminal de LNG sea mucho menos viable. Muchas tecnologías tienen su “día bajo el sol”. Para algunos, la sombra puede ser solo una nubosidad temporal; para otros, puede significar el atardecer (...)”*².

Los riesgos propios de estos rubros obligan a las partes a tener una especial consideración sobre la amplia gama de factores que podrían afectar la utilidad del negocio, los que se mantienen latentes por prolongados periodos de tiempo en aquellos contratos celebrados en el marco del desarrollo de estos sectores industriales de largo aliento, y que incluso pueden ser vistos como de improbable ocurrencia al momento de su celebración.

La contratación que se planteen en tales contextos riesgosos debe dar cuenta de sofisticadas fórmulas contractuales que permitan la puesta en marcha de ese tipo de negocios, y que resguarde a las partes en caso de que el interés contractual se vea socavado por el acaecimiento de esos riesgos. Pero incluso más, puede llegar a sostenerse que estas fórmulas resguardan, al mismo tiempo, intereses más elevados, toda vez que a la sociedad en su conjunto le interesa que estos negocios puedan desarrollarse, por la importancia que guardan. Y las partes, muchas veces, solo estarán en condiciones de celebrar aquellos negocios cuando existan cláusulas que las protejan en caso de que los riesgos ocurran efectivamente.

En este sentido, una de las cláusulas que resguarda a las partes de los riesgos e incertezas que subyacen a esta clase de relaciones contractuales, es la denominada “cláusula de desistimiento unilateral sin expresión de causa”³, en virtud de la cual las partes acuerdan establecer una facultad para uno o ambos contratantes de terminar el contrato a su sola voluntad.

Este tipo de cláusulas no pueden concebirse sin tomar en cuenta su particular distintivo económico, esto es, los riesgos e incertezas propios de los rubros industriales que envuelven a los negocios en que se pactan, y que las partes acuerdan la estipulación de estos pactos tomando en consideración aquello.

En efecto, habida cuenta de que estos contratos suponen inversiones económicas considerables, un pequeño cambio de algún factor presente al momento del contrato, puede hacer que su objeto pierda notoriamente valor. A lo anterior, debe agregarse la especulación propia de esos rubros, junto al tiempo en que dichos riesgos e incertezas están latentes en el

² STEINBERG, Howard, *Understanding and Negotiating EPC Contracts. Volume 1: The Project Sponsor's Perspective* (Nueva York, Routledge, 2017), p. 124. Traducción propia del siguiente extracto: *“Forecast are not always accurate. A change in macro-economic, political or social conditions can affect a project's viability (...) For instance, in the case of the power or LNG projects, a serious slump or a sharp spike in gas prices could make building a “peaking” power plant or LNG terminal much less viable. Many technologies have their “day in the sun”. For some, the shade may be only temporary cloud cover; for others, it may mean sunset (...)”*.

³ En adelante, Cláusula de desistimiento.

contrato, a propósito de que la relación contractual discurre, por regla general, de forma prolongada⁴.

Pues bien, el anterior distintivo económico contribuye a concebir de una forma más clara tanto la voluntad de las partes expresada en la cláusula, como el interés perseguido a través de ella.

Sin perjuicio de la importancia que reviste esta cláusula, la doctrina nacional no le ha prestado mayor atención, a excepción de contados trabajos⁵. No obstante, resulta especialmente relevante analizarla, a propósito del revuelo que ha causado en el medio nacional⁶ una reciente sentencia de la Corte Suprema⁷, en donde el máximo tribunal tuvo oportunidad de referirse acerca de las cláusulas de desistimiento. En lo que importa para efectos del presente trabajo, la Corte Suprema sostuvo que este tipo de pactos son válidos, sin perjuicio de confirmar el razonamiento sostenido en la sentencia de segunda instancia arbitral impugnada, en cuanto a que “(...) para que se adquiera el derecho para poner término al contrato, debe necesariamente existir un motivo justificado y que se pueda comprobar, lo que equivale a decir que el derecho se encuentra sujeto, en lo que atañe a su nacimiento, a una condición suspensiva que se hace posible integrar a la convención a la luz de lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil; de modo tal que el contratante que hace efectiva su decisión de poner término al contrato sin un motivo valedero, no solo carece del legítimo derecho para proceder de dicha manera sino que, asimismo, infringe una obligación que le impone la ejecución del contrato de buena fe (...)”⁸.

⁴ En este sentido, para el caso del rubro de las industrias extractivas, en HALLAND, Hårvard, LOKANC, Martin, NAIR, Arvind y PADMANABHAN, Sridar, *El sector de las industrias extractivas. Aspectos esenciales para economistas, profesionales de las finanzas públicas y responsables de políticas* (Washington DC, Banco Mundial, 2016), p. 51, se enfatiza el nivel de incertidumbre al que se sujeta el negocio minero y petrolífero: “(...) En primer lugar, las inversiones iniciales en infraestructura y desarrollo de minas o yacimientos petrolíferos pueden ser muy grandes; los costos de inversión a menudo ascienden a miles de millones de dólares. En segundo lugar, las inversiones en las IE se caracterizan por prolongados tiempos de espera, ya que el descubrimiento y el posterior desarrollo de las minas y los yacimientos petrolíferos pueden demorar una década o más. Una vez efectuado el gasto, estas inversiones esencialmente son costos irre recuperables y se deben completar antes de que la mina o el yacimiento de gas o petróleo comience a producir. Por otra parte, los horizontes de inversión también pueden ser muy prolongados: algunas minas producen durante un plazo de 50 años a 100 años o más. En tercer lugar, las inversiones están sujetas a un alto nivel de incertidumbre, particularmente durante las etapas de exploración, diseño y desarrollo, pero el riesgo sigue siendo elevado durante la operación debido a la inestabilidad de los precios del petróleo y los minerales, así como también a la incertidumbre sobre la magnitud de las reservas (...)”.

⁵ Véase CAPRILE, Bruno, *El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos*, ahora, en FIGUEROA, Gonzalo - BARROS, Enrique - TAPIA, Mauricio (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI*, (1° edición, Thomson Reuters, Santiago, 2011); SEVERIN, Gonzalo, *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*, en *Revista Ius et Praxis*, 24 (2018) 2; y PIZARRO, Carlos y Petit, Jean, *Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión. Artículo 16 A)*, ahora, en PIZARRO, Carlos - DE LA MAZA, Iñigo (directores) y BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (1° edición, Thomson Reuters, Santiago, 2013).

⁶ Véase CHANNING, James y QUIÑONES, Augusta, 2019, *Sobre la terminación anticipada por conveniencia y la buena fe*, en *El Mercurio Legal*, [visible en internet: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/07/26/sobre-laterminacion-anticipada-por-conveniencia-y-la-buena-fe.aspx>]; Walker, Nathalie, 2019, *Legitimidad de las cláusulas de desistimiento sin expresión de causa*, en *El Mercurio Legal*, [visible en internet: www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/08/27/legitimidad-de-las-clausulas-de-desistimiento-sin-expresion-de-causa.aspx].

⁷ CORTE SUPREMA, Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A. (2019), sentencia Rol N° 38.506-2017.

⁸ CORTE SUPREMA, Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A. (2019), sentencia Rol N° 38.506-2017.

Así, pareciera que por más que las partes pacten este tipo de cláusulas, en que expresamente se señala que no se necesita expresión de causa para ejercer la facultad de terminación del contrato, éstas igualmente deberán invocar una causa justa y racional, *so pena* de que dicha facultad no nazca. Tal situación es a todas luces problemática desde el punto de vista jurídico, puesto que la voluntad de las partes expresada en la cláusula terminaría por ceder ante la buena fe.

En definitiva, las siguientes líneas se propondrán contestar la pregunta de investigación que da inicio a este seminario, la cual es: ¿Se puede afirmar que a la buena fe le cabe un rol integrador de importancia en las cláusulas de desistimiento unilateral sin expresión de causa? La hipótesis que preliminarmente se ha tenido a la vista es que a la buena fe no le cabe un rol integrador de gran relevancia, sino que más bien adopta la función de constituir un parámetro referencial de los daños que se siguen del ejercicio abusivo de la cláusula.

Así, para efectos de desarrollar la pregunta de investigación, se analizará la literatura doctrinaria pertinente y jurisprudencia nacional cuyo objeto haya sido el estudio de la cláusula de desistimiento y el principio de buena fe.

En función de lo anterior, este trabajo se dividirá en 3 capítulos. En el primero de ellos, se distinguirá a la cláusula de desistimiento respecto de otras dos cláusulas, a saber, la de resolución unilateral y la de terminación anticipada. Logrando claridad de aquello, se dará paso a un segundo capítulo que centrará su estudio en la configuración de la cláusula de desistimiento, para lo cual será necesario analizar su definición, elementos, características, validez y efectos. En fin, un tercer capítulo examinará, en general, el rol integrador que en los contratos adquiere el principio de buena fe, con el propósito de estudiar, posteriormente, la medida en que a la buena fe le cabe una función integradora en las cláusulas de desistimiento.

La presente investigación no abordará el estudio de este tipo de cláusulas en la contratación de consumo y laboral, puesto que en dichas áreas se aplican principios que responden a las particularidades propias de cada disciplina. Por otra parte, atendido a que en los contratos de ejecución instantánea este tipo de pactos no cobra gran relevancia, se concentrará el estudio sobre los contratos de ejecución diferida de duración prolongada y contratos duraderos, tomando especial consideración en aquellos donde mayormente se pacta esta cláusula, a saber, los de prestación de servicio, de confección de obra, y de suministro periódico. Asimismo, dado que este tipo de cláusulas se pactan en rubros económicos que suponen la inversión de grandes sumas de dinero, y siendo las partes generalmente asesoradas por equipos de abogados para la negociación de la configuración interna de los contratos, se acotará el análisis del siguiente trabajo a relaciones contractuales civiles entre partes sofisticadas.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En doctrina se ha dado cuenta de la multiplicidad de nomenclaturas que existen para referirse a las cláusulas de desistimiento. Así, CAPRILE sostiene que: “(...) en España es frecuente utilizar también la expresión “denuncia”, que, en la literatura jurídica, ha sido también utilizada en ocasiones para traducir la palabra alemana “Kündigung”. Los autores italianos hablan de *recesu*. En Francia se le designa como “*resiliation unilatérale*” (...)”⁹. Esta variada terminología, no obstante, no puede llevar a confundir la cláusula de desistimiento con otras que, si bien son similares, en cuanto otorgan a una o ambas partes la facultad de resolver la relación contractual, tienen una configuración, requisitos y efectos distintos. Tal es el caso de la cláusula de resolución unilateral, y la cláusula de terminación anticipada.

Como se verá, aplicar las distinciones procedentes se torna clave para el análisis dogmático de una cláusula que no encuentra una regulación legal sistemática en el ordenamiento jurídico chileno, debiendo por tanto derivarse su tratamiento a la doctrina y jurisprudencia. Y en cuanto se corra el peligro de que este tratamiento se decante por interpretar la cláusula de desistimiento como un tipo de cláusula de resolución unilateral o de terminación anticipada, cobra relevancia esclarecer las fronteras que las separan respecto de la de desistimiento.

1. *Cláusula de desistimiento unilateral y cláusula de resolución unilateral*

La cláusula de resolución unilateral del contrato ha sido definida por VIDAL como: “(...) aquella que confiere trascendencia resolutoria a específicos incumplimientos u obligaciones nacidas de un contrato bilateral, y les otorga a las partes la facultad de resolverlo extrajudicialmente mediante comunicación”¹⁰.

Así, una primera diferencia que es posible trazar respecto de la cláusula de desistimiento, es que la cláusula de resolución unilateral constituye la regulación convencional de un remedio contractual consagrado positivamente en el artículo 1.489 del Código Civil. Mientras que la cláusula de desistimiento es una potestad creada convencionalmente por las partes, sin una consagración general positiva, sin perjuicio de que el Código Civil haya establecido dicha facultad para ciertos contratos¹¹, y que en doctrina se ha planteado la aplicabilidad general del desistimiento en determinados casos¹².

La segunda gran diferencia es que, para el ejercicio de la cláusula de desistimiento, no se requiere la verificación de un incumplimiento de la contraparte, mientras que, en la cláusula de resolución unilateral, el incumplimiento constituye la condición a la que se sujeta el ejercicio de

⁹ CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 272.

¹⁰ VIDAL, Álvaro, *La cláusula resolutoria como manifestación de la facultad de resolver el contrato. Problemas en torno a su eficacia en el Código Civil Chileno*, en *Vniversitas* 138 (2019), p. 6.

¹¹ Véase CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 273-279; y SEVERIN, Gonzalo, *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*, cit. (n. 4), p. 312-320.

¹² En este sentido, CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 287-288, para el caso de los contrato a plazo indefinido en el ordenamiento jurídico chileno; SEVERIN, Gonzalo, *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*, cit. (n. 4), *passim*, para el caso de los contratos de servicio en virtud del Código Civil chileno; KLEIN, Michelle, *El Desistimiento Unilateral del Contrato*, (Madrid, Editorial Civitas, 1997) pp. 139-141, para el caso español de contratos en que las partes han previsto expresa y válidamente la duración indefinida de su relación contractual; y MOLINA, Ranfer, *La terminación unilateral del contrato ad nutum*, en *Revista de Derecho Privado* 10 (2006), p. 151 para el caso colombiano de contratos de duración indeterminada.

la cláusula. En este sentido, PIZARRO sostiene que “*Estas cláusulas [resolutorias] inciden en qué incumplimientos deben estimarse resolutorios (...)*”¹³.

Claramente ambas cláusulas tienen un sentido distinto en el contrato. Así, respecto de la cláusula de resolución unilateral, se ha sostenido que: “*(...) evitará, por un lado, recurrir a la declaración judicial (impidiendo de paso que el deudor en el curso del juicio enerve la acción cumpliendo inoportunamente) aborrandos recursos y tiempo, y por otro, controlar el momento exacto en que la resolución se va a producir, quitando así todo elemento de inseguridad en cuanto a la efectividad y oportunidad de la misma*”¹⁴.

Pero ante un cambio de condiciones que torne inviable el negocio, desequilibrando económicamente el contrato al punto de que, para una de las partes, incumplirlo le genere menos pérdidas económicas que cumplirlo, o incluso que el interés que las partes tuvieron a la vista a la hora de contratar se torne obsoleto, la cláusula que va a ampararlas de mejor forma será la de desistimiento.

Es importante que se distingan ambas cláusulas, puesto que proyectar las características y requisitos de la de resolución, en la de desistimiento, puede terminar por contrariar la voluntad expresa de las partes, convirtiendo en letra muerta lo acordado por ellas.

Así, por ejemplo, se ha sostenido por la doctrina y jurisprudencia en la materia, que no todo incumplimiento tiene el mérito para resolver el contrato, sino que se requiere de un incumplimiento esencial¹⁵. Pues bien, siendo el requisito al que se sujeta el ejercicio de la cláusula de desistimiento el mero arbitrio del contratante para quien se estableció la facultad, elevar su estándar de calificación no parece correcto, puesto que las mismas partes han decidido que la causa del acto jurídico no encuentre una correspondencia ontológica más allá del mero arbitrio de las partes. Así, la causa del ejercicio de la cláusula de desistimiento es esencialmente jurídica, esto es, radica en que la fuente de la facultad se encuentra en un contrato celebrado libremente por las partes.

El sustrato ontológico de la cláusula de desistimiento viene dado más bien por su distintivo económico, que explica las razones que lleva a las partes a pactarla, y puede clarificar de mejor forma el interés de las partes al establecerla.

No siendo incompatibles ambas cláusulas, pueden perfectamente coexistir en un contrato. Sin embargo, siguiendo al autor SEVERIN¹⁶, no cabe entender que el ejercicio de la cláusula de desistimiento constituya un incumplimiento contractual que permita el ejercicio de la cláusula de

¹³ PIZARRO, Carlos, *Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos y tan cerca*, ahora, en DOMÍNGUEZ, Carmen - GONZÁLEZ, Joel - BARRIENTOS, Marcelo - GOLDENBERG, Juan Luis (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII*, (1º edición, Thomson Reuters, Santiago, 2012), p. 358.

¹⁴ KUNCAR, Andrés, *Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato*, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil V*, (1º edición, Thomson Reuters, Santiago, 2010), p. 555.

¹⁵ En este sentido, VIDAL, Álvaro, *La noción de incumplimiento esencial en el “Código Civil”*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII* (2009), *passim*; Corte Suprema, *Badilla Verdugo, Cristina Y Otro / Muñoz Pino, Luis Evanyelo* (2018), Rol 7.366-2018; y Corte Suprema, *Werner Campos Roxana Evelyn Con Moya Mancilla Jorge Anibal (O)* (2018), Rol 6.063-2017.

¹⁶ SEVERIN, Gonzalo, *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*, cit. (n. 4), p. 326-327.

resolución unilateral, a menos que la primera se ejecute de forma desviada de lo que establece el contrato.

2. *Cláusula de desistimiento unilateral y cláusula de terminación anticipada*

Sobre la cláusula de terminación anticipada, se ha dicho por CÁRDENAS y REVECO que: “*La cláusula de resolución o repudiación por anticipación se inserta en lo que se denomina “teoría del incumplimiento anticipado”, por medio de lo cual se “otorga al acreedor el derecho de recurrir a los diversos remedios contractuales que el ordenamiento le franquea, cuando, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación del deudor, se hace evidente, a los ojos de una persona razonable, que la parte obligada no quiere o no puede cumplir con lo prometido”*”¹⁷.

En otras palabras, la cláusula de terminación anticipada equipara al incumplimiento efectivamente acaecido, el futuro, previsible y patente incumplimiento aun no acaecido, haciéndose la ficción de que éste realmente se hubiese producido, de forma tal que se posibilite la resolución del contrato sin necesidad de esperar que dicho incumplimiento se verifique¹⁸.

Esta cláusula tiene una relación más estrecha con la cláusula de resolución unilateral, con la salvedad de que se anticipa al incumplimiento cuando éste se hace ostensiblemente previsible, resolviendo de antemano el contrato. Esto, en cuanto a que las partes entienden que el interés del acreedor en el contrato no se ve frustrado al momento en que acaece el incumplimiento, sino que en un momento anterior: cuando el deudor no quiere o no puede cumplir el contrato.

Sobre la justificación de la terminación anticipada, MEJÍAS sostiene que: “*La resolución en estos casos se justifica porque una parte no puede razonablemente continuar vinculada por un contrato, una vez que ha quedado claro que la otra parte no quiere o no puede cumplir a su vencimiento*”¹⁹. A esto también cabe agregar los beneficios ya tratados a propósito de la cláusula resolutoria, de resolver extrajudicialmente el contrato.

La diferencia entre la cláusula de terminación anticipada y la de desistimiento es la misma que la desarrollada anteriormente: mientras que el ejercicio de la cláusula de terminación anticipada se sujeta a una condición, esto es, a que sea ostensible y previsible un futuro incumplimiento, la cláusula de desistimiento somete el ejercicio de la facultad de terminar el contrato al mero arbitrio de la parte para cuyo respecto se estableció la potestad.

La cláusula de terminación anticipada, según como se redacte, puede llegar a ser incompatible con la cláusula de desistimiento unilateral. En efecto, si se hace ostensible que una parte tiene la voluntad de ejercer la cláusula de desistimiento, aquello equivale a sostener que dicha parte “no

¹⁷ CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo, *Remedios Contractuales* (1° edición, Santiago, Legal Publishing Chile, 2018), p. 261.

¹⁸ Sobre la facultad de terminar anticipadamente el contrato, el autor CONTARDO ha sostenido que puede construirse en el ordenamiento jurídico chileno a partir de lo dispuesto en el artículo 1.826 del Código Civil y el artículo 147 del Código de Comercio en CONTARDO, Juan Ignacio, *Por un sistema de medidas anticipatorias frente al incumplimiento contractual*, ahora, en TURNER, Susan - VARAS, Juan Andrés (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IX*, (1° edición, Thomson Reuters, Santiago, 2014) p. 556; y CONTARDO, Juan Ignacio, *La resolución por anticipación o por incumplimiento previsible. Intento de construcción a partir de los artículos 1826 del Código civil y 147 del Código de comercio*, ahora, en DOMÍNGUEZ, Carmen - GONZÁLEZ, Joel - BARRIENTOS, Marcelo - GOLDENBERG, Juan Luis (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII*, (1° edición, Thomson Reuters, Santiago, 2013), *passim*.

¹⁹ MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 196.

quiere” cumplir el contrato, con lo que la otra parte podría ejercer la cláusula de terminación anticipada.

Así, la cláusula de desistimiento solo puede ser compatible con una de las modalidades de la cláusula de terminación anticipada, esto es, la que equipara a incumplimiento la imposibilidad patrimonial de cumplimiento. Y para no caer en el absurdo de equiparar a incumplimiento la voluntad de ejercer una facultad contractual, en caso de que coexistan ambas cláusulas, debe primar la de desistimiento.

II. CONFIGURACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE DESISTIMIENTO

1. *Definición*

Existe un tránsito entre concepciones clásicas provenientes de los primeros ensayos relacionados a la cláusula de desistimiento, y concepciones nacidas de trabajos más especializados cuyo objeto principal ha sido el estudio de ella.

Así, por ejemplo, entre las concepciones clásicas un autor representativo es FIGUEROA, quien se refiere a la cláusula de desistimiento a propósito de la extinción del contrato: *“Por regla general, la declaración unilateral de una de las partes no puede ponerle término. Para que el contrato termine, se requiere del consentimiento de todas las personas que lo celebraron. Sin embargo, esta regla tiene excepciones. La primera de ellas dice relación con que las partes hayan previsto que el desabucio o la revocación sean causales de término del contrato (...)”*²⁰. En esta misma línea, ABELIUK sostiene: *“Hemos ya dicho que los contratos sólo pueden dejarse sin efecto por el mutuo acuerdo de las partes, pero hay algunos que pierden eficacia ante la voluntad unilateral de alguna de ellas (...) La revocación unilateral del contrato puede ser establecida en el mismo, como un derecho para una de las partes para desligarse del vínculo, cumpliendo algún evento determinado, o por su sola voluntad, o previo pago de una indemnización prefijada, etc.”*²¹. En fin, ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC sostienen que: *“Llámesese desistimiento unilateral al término de la relación contractual decidido por una de las partes y comunicado a la otra. El contrato o, mejor, su eficacia queda truncada por la voluntad de una de las partes. Este derecho sólo puede ejercitarse por excepción, cuando la ley lo establece o los contratantes lo pactan. Generalmente se da en los contratos de tiempo indeterminado o de ejecución continuada o periódica (...)”*²².

Podría decirse que el corazón de las definiciones antes expuestas es ilustrar el carácter excepcional del desistimiento unilateral establecido de forma contractual. Hay matices, ciertamente, como en el caso de lo sostenido por ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, quienes dan cuenta del carácter recepticio del ejercicio de la facultad, pero en general la cláusula

²⁰ FIGUEROA, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil. Tomo III*, (1º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 216.

²¹ ABELIUK, René, *Las obligaciones. Tomo I*, (5º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), p. 178.

²² ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo II*, (1º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), p. 351-352. Los mismos autores tratan el desistimiento unilateral sin expresión de causa en ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de las obligaciones. Volumen de las modificaciones y extinción de las obligaciones*, (2º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 117-121.

de desistimiento no obtuvo mayor desarrollo sino a propósito de las excepciones del término del contrato por mutuo acuerdo²³.

Por otra parte, en el medio nacional se encuentran trabajos especializados que se han dedicado al análisis de la cláusula y facultad de desistimiento unilateral sin expresión de causa. Así, por ejemplo, CAPRILE conceptualiza el desistimiento unilateral sin expresión de causa como: “(...) una forma de extinción del contrato que consiste en la facultad concedida por la ley o por la convención a una o ambas partes para romper unilateralmente el contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria, bastando su ejercicio de buena fe y noticiarla con un preaviso razonable a la contraria, so pena de indemnizar los perjuicios en caso de ejercicio irregular”²⁴. En esta misma línea, SEVERIN concuerda con la definición dada por CAPRILE²⁵, no obstante que sostiene que ciertos elementos de dicha definición no son esenciales: “(...) a mi juicio los demás elementos propuestos en la definición que ofrece Caprile no parecen necesarios. El que el ejercicio del derecho al desistimiento tenga que ser “de buena fe” puede introducir un elemento distorsionador en relación con el carácter de derecho ad nutum. Que el ejercicio de todo derecho, a partir de lo dispuesto en el art. 1546 CC no debería leerse, en ningún caso, como una potencial restricción a la decisión, por definición, libre de desistir. Si no es necesario dar razón de la decisión, no puede analizarse su conformidad con las exigencias de la buena fe (...) tampoco parece ser necesario, para delimitar conceptualmente el desistimiento unilateral, que exista una comunicación previa, y que ella deba darse en un plazo razonable; que ello sea así depende de cómo se ha configurado el derecho, por ley o por el contrato (...)”²⁶.

La prevención conceptual sostenida por el autor SEVERIN es parcialmente correcta. En efecto, si bien acierta en cuanto afirma que la buena fe puede ser un elemento distorsionador del concepto de desistimiento unilateral sin expresión de causa, y que la circunstancia de que se deba dar un preaviso en un tiempo razonable no es un elemento de la esencia de la cláusula, es criticable que asevere que no es necesario comunicarle a la contraparte el ejercicio de la facultad otorgada por la cláusula de desistimiento, sino cuando el contrato establezca tal exigencia, puesto que con aquello el autor niega el carácter recepticio del ejercicio de la facultad, elemento esencial de esta cláusula en cuanto posibilita a la parte desistida desplegar un comportamiento coherente con la terminación del contrato.

Por último, en el medio comparado también se han esbozado definiciones de la cláusula de desistimiento. En Colombia, MOLINA la define como: “(...) un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o el contrato, pone fin hacia el futuro de una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, normalmente sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero generalmente con la obligación de respetar un plazo de preaviso (...)”²⁷. En Italia, MESSINEO ha sostenido que: “La terminación unilateral es un poder (*ius poenitendi*) de cualquiera de las partes; es el medio para disolver el vínculo obligatorio que nace del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de ellas, sin necesidad de demanda judicial ni juicio; basta que quien se retira comunique a la contraparte su decisión. Lo que, por tanto, es un caso de derecho potestativo, que, ejercitado,

²³ Asimismo, en la definición de FIGUEROA puede verse como el autor define el desistimiento unilateral contractual a propósito de figuras de desistimiento establecidas para determinados contratos en el Código Civil, tales como el desahucio propio del contrato de arrendamiento, y la revocación propia del contrato de mandato.

²⁴ CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 271.

²⁵ SEVERIN, Gonzalo, *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*, cit. (n. 4), p. 309.

²⁶ SEVERIN, Gonzalo, *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*, cit. (n. 4), p. 310-311.

²⁷ MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 135.

*opera extrajudicialmente*²⁸. En fin, en el medio español KLEIN ha definido la facultad de desistimiento como: “(...) un derecho potestativo que se concede a una o ambas partes del contrato a efectos de extinguir la relación contractual, cuya principal característica es la de la innecesariedad de alegar una justa causa”²⁹.

De las definiciones transcritas se puede concluir que existen elementos comunes en cada una de ellas, tanto en las esbozadas en el medio nacional como en doctrina comparada. Lo anterior posibilita analizar de mejor forma sus componentes, para así finalmente proponer una definición.

2. Elementos

Para un adecuado análisis de los elementos que componen la cláusula de desistimiento, hay que distinguir entre sus componentes fundamentales y prescindibles. Por componentes fundamentales se entenderán comprendidos aquellos que denotan sus características y efectos esenciales, teniendo como referencia el propósito práctico³⁰ de la cláusula. Y por componentes prescindibles, los elementos que, si bien muchas veces están presentes en las cláusulas de desistimiento, su ausencia no es determinante para el desvío del propósito práctico de la cláusula.

Esta distinción, según se verá más adelante, será fundamental para efectos de comprender el rol supletorio que le cabe a la buena fe en este pacto, en cuanto dicho principio obliga a las partes a desplegar un comportamiento leal y honesto en función de satisfacer el fin que las partes se propusieron alcanzar por medio de la estipulación de una cláusula de desistimiento en el contrato. A su vez, el propósito práctico de la cláusula de desistimiento incorpora el distintivo económico del mismo, toda vez que esclarece los motivos que mueven generalmente a las partes a pactarla.

Así, un primer elemento fundamental de la cláusula de desistimiento es el establecimiento de la facultad unilateral de terminar el contrato para una o ambas partes del contrato. Este componente sugiere un rasgo esencial de la cláusula, en orden a que, al ser una facultad unilateral, permite a las partes abstraerse de la regla general en materia de terminación de contratos, es decir, que sea por mutuo acuerdo de las partes.

Un segundo elemento fundamental de la cláusula de desistimiento es el carácter potestativo de la facultad de terminación del contrato, el que puede ser establecido de dos formas distintas. Ya sea desde el punto de vista de la parte que ejerce la facultad, disponiendo que su ejercicio se sujete al mero arbitrio de la parte para cuyo respecto se estableció el derecho. O desde la

²⁸ MESSINEO, Francesco, *Dottrina generale del contratto*, (Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1948), p. 525. Traducción de la cita realizada por el profesor Alfredo Ferrante.

²⁹ KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 15.

³⁰ Acuño el término utilizado en DE LA MAZA, Iñigo y VIDAL, Álvaro, *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, (1° edición, Thomson Reuters, Santiago, 2018). Los autores, entienden por propósito práctico aquel “resultado que las partes se proponen conseguir a través de [el contrato] y que el contrato protege” (p. 189), el cual daría un parámetro de integración más allá del contenido típico del contrato, incorporando al contrato tanto el “(...) resultado que las partes pretendieron alcanzar a través de [el contrato] (...)” (p. 189), como los “(...) motivos incorporadas a la causa” (p. 190). En este caso, hago uso de aquel término para aludir al interés buscado por las partes por medio del establecimiento de la cláusula de desistimiento, el que nos dará un parámetro para dilucidar si un elemento se integra a la cláusula -es decir, es esencial- o no se integra por exceder el interés perseguido por las partes al establecer el pacto.

perspectiva del acto de ejercicio de la facultad, estatuyendo que no requiere estar precedida de causa alguna, o lo que es lo mismo, que tiene el carácter de *ad nutum*.

Un tercer elemento fundamental es la exigencia de comunicar extrajudicialmente el ejercicio del desistimiento. Este elemento si bien no es compartido por la unanimidad de los autores³¹, es claro que deriva del carácter potestativo de la facultad de desistimiento, y de la naturaleza extrajudicial de su ejercicio. Entender el ejercicio del desistimiento como no recepticio podría socavar el interés de las partes perseguido por medio del contrato, toda vez que cuando los contratantes la estipulan, guardan una razonable expectativa de que tendrán certeza inmediata del momento en que terminó el contrato, y que a su vez ambas partes desplegarán una conducta coherente su terminación.

Por otro lado, es posible encontrar elementos prescindibles de la cláusula de desistimiento. Así, un primer elemento accesorio es el denominado “preaviso”, en cuya virtud las partes acuerdan un plazo, contado desde la notificación del ejercicio de la facultad de desistimiento, posterior al cual el contrato efectivamente termina. Sobre tal, la autora que mejor caracteriza el preaviso es KLEIN: “(...) durante el preaviso, los efectos del negocio extintivo -desistimiento- quedan suspendidos, por lo que se concibe esta figura como un término inicial o suspensivo de eficacia; es decir, sólo cuando llega el punto final del plazo observado, se termina la relación jurídica duradera (...)”³². En otras palabras, el preaviso suspende los efectos propios de la cláusula de desistimiento, con el propósito de que la parte terminada cuente con un tiempo razonable de antelación del término contractual, de forma tal que se le irroguen menos perjuicios del evento extintivo.

Teniendo en cuenta que el ejercicio del preaviso anuncia a las partes la proximidad del término del contrato, durante su vigencia los contratantes se sujetarán a especiales deberes de colaboración para que ambas partes preparen su salida del contrato, de modo que la extinción próxima de la relación contractual sea lo menos dañosa posible³³.

La naturaleza fundamental o prescindible del preaviso encuentra distintas posiciones en doctrina³⁴. Sin embargo, no cabe duda de que es un elemento totalmente prescindible, puesto que no obstante contribuir a causar menos perjuicios a la parte terminada, el preaviso, *prima facie*,

³¹ Entre los autores que conciben la comunicación extrajudicial como un elemento esencial de la cláusula de desistimiento, se encuentra CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 271; MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 135; ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo II*, cit. (n. 21), p. 351-352; KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 200, quien, si bien no trata expresamente la comunicación, sí se refiere al preaviso que requiere de comunicación. Entre los autores que desechan tal elemento como esencial: SEVERIN, Gonzalo, *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*, cit. (n. 4), p. 311, aunque con un cambio radical de postura en un trabajo posterior.

³² KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 186.

³³ En este sentido, KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 217.

³⁴ Por su naturaleza fundamental, se encuentran los autores CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), pp. 293-294, y MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 194, para el caso colombiano. Por su carácter prescindible, se encuentra SEVERIN, Gonzalo, *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*, p. 311, aunque con matices recientes en la XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en su ponencia titulada “Las cláusulas de terminación *ad nutum*, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, y un radical cambio de posición en un trabajo posterior. Por su parte, KLEIN, si bien afirma que no es un elemento esencial (KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 188), sostiene que igualmente se integra en virtud del principio de buena fe a los contratos duraderos por tiempo indeterminado (KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), pp. 182; 201-202).

se aleja de contribuir a la satisfacción del propósito práctico³⁵ de la cláusula de desistimiento, especialmente tomando en consideración los rubros riesgosos en que normalmente se pacta, que tornan razonable la circunstancia de que ambas partes hubiesen querido establecer un derecho que les permitiera salir del contrato de forma inmediata, incluso asumiendo su eventual obligación de indemnizar perjuicios en el evento de irrogar daños al otro contratante. Esta afirmación cobra aun mayor fuerza si es que las partes nunca tuvieron a la vista un preaviso, o si representándose tal alternativa decidieron desecharla, o bien, si su exclusión en el contrato fue producto de una negociación.

Un segundo elemento accesorio del concepto de cláusula de desistimiento es establecer que la eficacia de su ejercicio se sujetará al otorgamiento de una determinada prestación económica.

Aunque se trata de una alternativa más para suspender la eficacia del acto jurídico de terminación con una finalidad garantista del interés de la parte terminada, su ausencia en la cláusula de desistimiento no frustra la consecución del propósito práctico buscado por las partes por medio de ella.

En doctrina, si bien no existen autores que argumenten el carácter esencial o prescindible de este elemento³⁶, MOLINA sostiene que, si las partes lo contemplaron, no sería necesaria la integración de un preaviso, toda vez que ésta constituye una prestación económica que compensa los perjuicios que pudiese sufrir la parte terminada.³⁷ Lo sostenido por el autor es criticable por partida doble. En primer lugar, pues otorga un carácter esencial al preaviso. Y, en segundo lugar, pues no es posible entender que por el solo hecho del otorgamiento de la prestación económica a la que se sujeta la eficacia del desistimiento, se pueda dejar indemne a la parte terminada³⁸.

Por último, un tercer elemento prescindible de la cláusula de desistimiento es establecer un itinerario indemnizatorio. Es decir, que las partes establezcan de antemano fórmulas para calcular los montos que deberá pagar la parte que decida ejecutar la cláusula de desistimiento. En este sentido, y a propósito de cláusulas de desistimiento en contratos de EPC, STEINBERG argumenta sobre la conveniencia de establecer este elemento: *“Para evitar una larga discusión desinformada en la mesa de negociaciones sobre la terminación, el compromiso más típico para las partes es acordar un itinerario de “costo de terminación” que especifica el monto que debe pagar el propietario al contratista de EPC*

³⁵ En esta línea, puede ser que la parte terminada haya asumido el riesgo de que se ejecute la cláusula con eficacia inmediata, en cuanto entendía que la otra parte solo estaría en condiciones de contratar si es que se estipulaba en el contrato una cláusula de desistimiento sin preaviso.

³⁶ Si bien no se refiere expresamente, se desprende de lo sostenido por KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 232 que la autora adopta una postura coherente con el carácter accesorio de este elemento.

³⁷ MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 150.

³⁸ Por otra parte, si bien excede el objeto del presente trabajo, es interesante la discusión que pueda darse acerca de la naturaleza de la prestación económica, la que puede calificarse ya sea como cláusula penal, o como una condición suspensiva de los efectos de la facultad de desistimiento.

Otra discusión interesante, y que también excede el objeto de este trabajo, es la diferencia que pueda suscitarse entre la cláusula de desistimiento y la cláusula de salida. Respecto de esta última, véase PIZARRO, Carlos, *Las cláusulas de salida en los contratos. Una técnica que permite escapar, pero sin incumplir*, en BAHAMONDES, Claudia - ETCHEBERRY, Leonor - PIZARRO, Carlos (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII* (1º edición, Thomson Reuters, Santiago, 2018).

*en caso de la terminación dependiendo del tiempo que haya transcurrido desde que el propietario notificó al contratista de EPC que procediera*³⁹.

En este caso, más que suspender la eficacia del desistimiento, durante el cumplimiento del itinerario indemnizatorio las partes acuerdan obligaciones post-contractuales relacionadas al pago de valores derivados de la relación contractual terminada, cuya cifra dependerá de factores que el mismo itinerario establece.

Así, habiendo analizado cada uno de sus elementos, cabe proponer la siguiente definición de la cláusula de desistimiento: aquella por la cual los contratantes acuerdan que una o ambas partes tendrá la facultad potestativa de darle término al contrato de forma unilateral, bastando para su eficacia la comunicación extrajudicial de su ejercicio a la parte terminada. Si las partes lo consideran, y así lo establecen, pueden suspender la eficacia del desistimiento durante el término de un preaviso, o hasta el otorgamiento de una prestación económica determinada, o bien, establecer un itinerario indemnizatorio que deberá cumplirse una vez que termine el contrato.

Teniendo a la vista esta definición, se puede avanzar con paso seguro al análisis de las características de la cláusula de desistimiento.

3. Características

En primer lugar, la posibilidad de desistirse del contrato es una facultad contractual, es decir, el contrato habilita a uno o ambos contratantes a ejercer determinado derecho subjetivo. En este sentido, DUCCI sostiene que: *“La idea de poder jurídico implica el concepto de facultad. Facultad es la que tiene el titular del poder jurídico antes de ejercitarlo, la posibilidad de hacer efectivo ese poder”*⁴⁰. Pues bien, como la cláusula de desistimiento consagra la posibilidad para una o ambas partes de hacer efectivo el poder jurídico de terminación del contrato, es claro que la misma reviste la naturaleza de una facultad contractual.

En segundo lugar, la facultad de desistimiento es potestativa, es decir, su ejercicio depende de la sola voluntad del desistente, y no se requiere expresar causa alguna para aquello. Sobre esto, podría sostenerse que, si el acto de ejercicio del desistimiento carece de causa, le faltaría un componente necesario para la existencia de todo acto o contrato⁴¹. No obstante, el carácter *ad nutum* no alude a que el acto de desistimiento se encuentre desprovisto de causa, entendiéndola como un requisito de existencia de todo acto jurídico (ya que esta última radica en que la facultad de desistimiento fue establecida en un contrato celebrado libremente por las partes, precedido por un distintivo económico determinado), sino que más bien hace referencia a que el acto no

³⁹ STEINBERG, Howard, *Understanding and Negotiating EPC Contracts. Volume 1: The Project Sponsor's Perspective*, cit. (n.1), p. 125. Traducción propia del siguiente extracto: *“To avoid a long uninformed discussion at the negotiating table about termination, the most typical compromise for the parties is to agree upon a “cost of termination” schedule that specifies the amount to be paid by the owner to the EPC contractor in the case of termination depending upon the time that has elapsed since notice to proceed was given to the EPC contractor by the owner”*.

⁴⁰ DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte General* (3° edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2010), p. 204.

⁴¹ En este sentido, VIAL, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, (5° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011), p. 211: *“El acto jurídico en que falta la causa es, doctrinariamente, inexistente, pues se ha omitido un requisito esencial para su existencia jurídica (...) Para los autores nacionales que niegan cabida a la inexistencia jurídica como máxima sanción dentro del Código Civil, el acto en que falta la causa se sanciona con la nulidad absoluta”*.

requiere estar precedido de motivo o razón alguna para su ejercicio, en contraste con lo que puede suceder, por ejemplo, con la cláusula resolutoria.

En tercer lugar, el ejercicio de la facultad es unilateral, es decir, es “*generado originariamente por la manifestación de voluntad de una sola parte*”⁴². Esto determina el carácter excepcional de la cláusula, puesto que la regla general viene dada por el artículo 1.545 del Código Civil, el cual reza que todo contrato: “*(...) no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

En cuarto lugar, el ejercicio del desistimiento es extrajudicial y recepticio⁴³, es decir, para la eficacia del desistimiento se requiere de una comunicación a la parte terminada que exprese la decisión de terminar el contrato⁴⁴. En este sentido, CAPRILE sostiene que: “*La facultad de desistimiento unilateral es un derecho potestativo pero sólo produce sus efectos una vez notificado al destinatario, sea el cocontratante o un tercero. Se trata, entonces, de una declaración de voluntad recepticia*”⁴⁵.

Si bien esta no es una característica que desarrolle la mayoría de los autores, a excepción de SEVERIN que cuestiona la necesidad de que la voluntad sea recepticia cuando no se estipula expresamente en el contrato⁴⁶, puede sostenerse que es aplicable a la cláusula de desistimiento el razonamiento desarrollado por VIDAL a propósito de la cláusula resolutoria, en cuanto a que el carácter potestativo de una facultad (la facultad resolutoria es potestativa una vez que se verifica el incumplimiento) explica el carácter recepticio del ejercicio de la facultad. En este sentido, sostiene que “*(...) conforme con la naturaleza de derecho potestativo o de configuración, la resolución, indefectiblemente, requiere de un acto recepticio por el cual el acreedor comunique al deudor su voluntad de resolver*

⁴² BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I. Del Acto Jurídico*, (1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007), p. 21.

⁴³ Cabe hacer presente al lector que hago referencia al concepto “recepticio” en los términos utilizados por los autores VIDAL, Álvaro, cit. (n. 9), p. 9 y CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 291, teniendo en cuenta que hay autores como BARCIA que entienden el carácter recepticio de un acto jurídico como aquella que requiere de otra voluntad para su perfección, y el carácter recepticio de una declaración como aquella que solo necesita ser emitida para producir efectos jurídicos (BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I. Del Acto Jurídico*, cit. (n. 41), p. 37).

⁴⁴ Respecto a la forma de la comunicación, Gonzalo Severin en la XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en su ponencia titulada “Las cláusulas de terminación *ad nutum*, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, sostuvo que: “*frente al silencio de las partes la mínima exigencia es que el aviso se haga por una vía que permita ser conocido por su destinatario, más que tratar de cristalizar las exigencias de la buena fe, tal vez conviene para ello acudir a las reglas de interpretación integradora de los contratos, siendo especialmente atendible la regla del inciso tercero del artículo 1564, según las cual las cláusulas de un contrato se interpretarán por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra. Así, entonces, los medios de comunicación utilizados por las partes en la negociación del contrato o durante su ejecución (por ejemplo, el envío de correos electrónicos) puede ser indicador de que esta forma es adecuada y suficiente para comunicar la decisión de terminar el contrato. En relación con las consecuencias del ejercicio de la facultad de terminación, es posible que la cláusula no señale desde qué momento se entenderá terminado el contrato. Partiendo de la base de que no se requiere que la terminación sea aceptada, las alternativas son básicamente tres: desde el envío del aviso; desde que el aviso es recibido por la otra parte; o desde que la otra parte se entera efectivamente del contenido de la notificación.*

Parece evidente que han de descartarse los extremos, lógicamente el solo envío de la comunicación no podría poner término al contrato, pues la otra parte no ha tenido cómo enterarse, y por tanto, seguirá ejecutándolo, con el consiguiente riesgo de incurrir en costos o realizar inversiones en función de un contrato que ya habría terminado. Tampoco parece razonable exigir el efectivo conocimiento de la otra parte, pues la terminación unilateral dependería entonces del receptor del aviso, desnaturalizando o incluso privando el derecho a su titular. Basta entonces que el aviso pueda ser conocido por la otra parte”.

⁴⁵ CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 291.

⁴⁶ SEVERIN, Gonzalo, *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*, cit. (n. 4), p. 311. Aunque con un radical cambio de opinión en un trabajo posterior.

*el contrato*⁴⁷. De otra forma, la parte terminada no estaría en condiciones para desplegar un comportamiento coherente con la terminación del contrato, y la parte que ejerce la cláusula podría ver frustrado su interés perseguido por medio de su ejercicio, en cuanto a que en los hechos seguiría vinculado con la parte desistida.

En quinto lugar, el ejercicio de la cláusula de desistimiento supone necesariamente el desplazamiento de un interés en beneficio de otro⁴⁸. Esta circunstancia incide en la intensidad de la aplicación de la buena fe en su configuración y efectos, en cuanto a que no puede existir una confianza ciega sobre la perpetuación del contrato si es que existe una cláusula que tiene la aptitud de poner término al contrato en cualquier momento⁴⁹.

4. Validez

La cláusula de desistimiento es válida a la luz del Derecho chileno, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, toda vez que las partes son libres de pactar las cláusulas que mejor se avengan a la consecución de sus intereses, siendo la de desistimiento una de aquellas que no trasgrede los límites de orden público que el mismo ordenamiento establece. Esta validez de la cláusula de desistimiento ha sido recientemente reconocida por la Corte Suprema⁵⁰, no obstante que en sede arbitral ya existían sentencias que admitían su validez. Así, por ejemplo, en sentencia dictada en laudo arbitral con fecha 12 de diciembre de 2011, se sostuvo: “*que el contrato terminó - como lo sostiene ZZ- por su decisión unilateral (...) y en legítimo ejercicio de su derecho a poner fin al Contrato, en cualquier tiempo y a su sola voluntad (...) la que es plenamente válida y a la que se dará primacía en virtud del Principio del Pacta Sunt Servanda consagrado en el artículo 1.545 del Código Civil*”⁵¹.

Con todo, podría sostenerse un reproche a la cláusula de desistimiento, calificándola como una condición meramente potestativa, proscrita por el artículo 1.478 del Código Civil. Sin embargo, no es posible afirmar lo anterior, por cuanto la doctrina ha interpretado que la condición prohibida por la citada norma, sería aquella que es meramente potestativa del deudor, siendo a la vez suspensiva.⁵² Así, tomando en consideración que la obligación contractual en la que se pacta la cláusula de desistimiento sí existe y su nacimiento no ha dependido de la sola voluntad del deudor, y que la cláusula de desistimiento sería más bien resolutoria de la obligación, queda claro que ella no es una condición meramente potestativa.

También podría sostenerse una eventual crítica de invalidez sobre la base de que faltaría “seriedad” en la voluntad de obligarse si es que se estipula una cláusula de desistimiento. No

⁴⁷ VIDAL, Álvaro, cit. (n. 9), p. 9.

⁴⁸ En este sentido, KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 158.

⁴⁹ Pero por otro lado, puede que la cláusula de desistimiento también cumpla un rol fundamental en la satisfacción del interés de la parte terminada, en cuanto ella haya determinado la entrada al contrato de la parte desistente, siendo su estipulación una causa relevante en la obtención de ganancias para la parte desistida durante el tiempo de vigencia del contrato. Así, el interés desplazado se ve compensado con creces por el interés alcanzado gracias a la cláusula, durante el periodo lucrativo del contrato.

⁵⁰ Corte Suprema, *Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A.* (2019), Rol 38.506-2017. Considerando Vigésimo Primero. La Corte ya le había reconocido validez a la cláusula de desistimiento anteriormente en: *Corte Suprema, Servigen Ltda. con Corrupac S.A.* (2011), Rol 6.307-2010.

⁵¹ En este sentido, Guillermo Bruna (Presidente del Tribunal), Fernando Barros (Coárbitro) y Jorge Granic (Coárbitro), Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, sentencia Rol 1190-2010, p. 172; y José Silva, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, sentencia Rol 2212-2014, p. 618-619.

⁵² En este sentido, DUCCI, Carlos, cit. (n. 39), p. 368.

obstante, aquella crítica no toma en consideración que las partes sí se vinculan con el contrato, siendo posible encontrar en el pacto de desistimiento “*un fin de carácter jurídico*”⁵³, el cual viene dado por el distintivo económico de la cláusula, que clarifica el fin perseguido por las partes a través de ella.

Podría asimismo sostenerse la invalidez de la cláusula de desistimiento, en cuanto afecta el principio de fuerza obligatoria de los contratos. No obstante, la cláusula de desistimiento lo que hace es precisamente reforzar este principio, puesto que la terminación de la relación contractual se realiza ajustándose a los términos pactados. En este sentido, MOLINA ha sostenido que: “(...) *esa facultad de terminación unilateral tiene su origen precisamente en el contrato, por lo que mal podría hablarse de violación de la voluntad contractual. Entonces, la fuerza obligatoria del contrato no rechaza toda terminación unilateral, sino sólo aquella que no tenga fundamento legal o contractual (...)*”⁵⁴.

En fin, una última imputación de invalidez podría fundamentarse en que la inclusión de la cláusula de desistimiento en el contrato afectaría gravemente el principio de buena fe. Sin embargo, teniendo en cuenta que esta cláusula se pacta de forma general entre partes sofisticadas, no podría argumentarse *a priori* su afectación, debiendo considerarse, sobre la base de la particularidad de la relación contractual, la intensidad de aplicación de la buena fe para el caso concreto.

5. Efectos

La doctrina está conteste en cuanto a que el ejercicio de la cláusula de desistimiento produce efectos solo hacia el futuro y no de forma retroactiva⁵⁵, lo cual, en términos de MOLINA, implica que: “(...) *los efectos derivados de las prestaciones ejecutadas quedan incólumes*”⁵⁶. Lo anterior, por supuesto, no significa que se pierda derecho sobre prestaciones pagadas durante la vigencia del contrato, pero que no se alcanzaron a realizar. El efecto hacia el futuro o *ex nunc* alude más bien a no desconocer la existencia del contrato mientras éste se mantuvo vigente. Pero, una vez terminado, habrá que liquidar económicamente sus efectos. En este sentido, PIZARRO sostiene que: “(...) *El asunto consiste sólo en liquidar la operación económica cuando se ha procedido a determinados intercambios que no pueden permanecer en razón de la resolución del vínculo (...)* Esto se enmarca en la restitución de los pagos efectuados por cuenta de una prestación que no se verificó o sólo tuvo lugar en forma parcial”⁵⁷. En la misma línea, MOLINA sostiene que: “(...) *la terminación unilateral tiene efectos extintivos, sin perjuicio de obligaciones post-contractuales o de liquidación que pudieren existir a cargo de una o de ambas partes (...)*”⁵⁸.

Otra consecuencia del término *ex nunc* del vínculo contractual es su efecto liberatorio, es decir, que “(...) *la parte que no ha ejecutado la prestación que era de su cargo, no tiene ya la obligación de*

⁵³ BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I. Del Acto Jurídico*, cit. (n. 41), p. 36. Asimismo, esta crítica puede reducirse igualmente al reproche de potestad meramente potestativa según se desprende del texto del mismo autor: “(...) *Así, no es seria la declaración de mera cortesía o la que se subordina a la voluntad del deudor (condiciones meramente potestativas que dependen de la sola voluntad del deudor)*”.

⁵⁴ MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p.128.

⁵⁵ En este sentido, para el caso chileno CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 295; y para el caso colombiano, MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 154 y OVIEDO-ALBÁN, Jorge, *La cláusula de terminación unilateral del contrato*, en *Vniversitas* 138 (2019), p. 5.

⁵⁶ MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 154.

⁵⁷ PIZARRO, Carlos, *Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual*, en Elorriaga, Fabián (coordinador), *Estudios de Derecho Civil VII*, (1º edición, Thomson Reuters, Santiago, 2012), p. 458.

⁵⁸ MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 135.

*realizarla*⁵⁹. No obstante, si una prestación se ejecutó durante el período de vigencia del contrato, deberá liquidarse económicamente para efectos de recobrar el equilibrio económico alterado por su terminación sobreviniente.

Por último, un posible efecto del desistimiento es que puedan seguirse perjuicios de su ejercicio, naciendo la obligación de indemnizar a la parte desistida. Esta obligación de indemnización se ha construido en base a trasgresiones de los límites que impone la buena fe al ejercicio de derechos, ya sea desde la vereda de la teoría del abuso del derecho, de la afectación de alguna de las funciones particulares de la buena fe, o desde la perspectiva de la *exceptio doli*⁶⁰.

III. CLÁUSULA DE DESISTIMIENTO Y BUENA FE

Tal como ya se ha adelantado, existe una estrecha relación entre la cláusula de desistimiento y el principio de buena fe, sobre todo en lo que dice relación con la configuración y eficacia del desistimiento. Así, el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema⁶¹ resulta especialmente ilustrativo para estos efectos, puesto que trató uno de los tópicos constantes en la literatura relacionada a las cláusulas de desistimiento: la modificación de su configuración en virtud de la función integradora de la buena fe.

Es fundamental comprender la justa medida en que a la buena fe le cabe un rol en materia de integración de cláusulas de desistimiento, puesto que así estarán las condiciones para saber cuándo procede aplicarla, y cuáles son sus límites, de forma tal que se le otorgue el protagonismo que le corresponde y no se convierta en una *bestia difícil de domar*⁶².

Pues bien, en las siguientes líneas se abordará, primeramente, la cuestión relativa a qué significa integrar en virtud del principio de buena fe. Luego de eso, se indagará en los límites que sirven de cortapisa a tal procedimiento. Teniendo claridad sobre lo anterior, se analizará una reciente sentencia de la Corte Suprema en donde se integró una cláusula de desistimiento. Por último, se desarrollará un tópico recurrente en materia de cláusulas de desistimiento: la agregación de un preaviso.

1. *Sobre el contenido y procedimiento de integración de la buena fe*

La buena fe objetiva ha sido concebida de manera extendida en el medio nacional como una herramienta integradora del contrato⁶³. Tal concepción se apoya en una perspectiva objetiva de

⁵⁹ MEJÍAS, Claudia, *Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución*, en *Revista Ius Et Praxis* 22 (2016) 1, p. 306.

⁶⁰ Sobre la obligación de indemnizar desde la perspectiva de la *exceptio doli*, véase AEDO, Cristián, *Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 33 (2019), *passim*.

⁶¹ *Corte Suprema, Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A. (2019), Rol 38.506-2017.*

⁶² Esta frase se acuña de una reciente conferencia ofrecida por el autor español Iñigo Quintana, titulada “*Diferencias principales entre el Derecho inglés y el Derecho civil de contratos*”, en el marco del “Congreso internacional: contratación moderna y arbitraje nacional e internacional” desarrollado en la Universidad Andrés Bello, en donde sostenía que el sistema del *common law* era cada vez más reticente a aplicar el principio de buena fe de forma general, puesto que la consideran una bestia que hay que domar. Por lo mismo la jurisprudencia inglesa ya no la considera una herramienta de integración o interpretación contractual, sino que rige el principio de literalidad.

⁶³ En este sentido, *Corte Suprema, Moreno Loyola Wilibaldo con Banco Santander (2015), Rol 26.847-2014*, considerando sexto: “*Que, de esta manera, ha de entenderse que el citado artículo 1546 del Código Civil contempla una verdadera norma de integración de los contratos, pues según ella estos últimos dictan más allá de su letra “todos los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Esta norma, no obstante encontrarse ubicada en el Título*

la teoría del Derecho de contratos, puesto que prescinde de la tarea de indagar en la voluntad de las partes, dotando de mérito integrador a “(...) *un comportamiento buscado e impuesto por el ordenamiento jurídico, independiente de su voluntad* (...)”⁶⁴.

Sin perjuicio del relativo consenso en doctrina acerca de la capacidad integradora de la buena fe, no sucede lo mismo respecto a la interrogante sobre qué significa integrar en su virtud. Por su parte, el artículo 1.546 del Código Civil tampoco contribuye en la tarea de clarificar sobre lo que debemos entender por aquello. En este sentido, EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ sostienen que: “(...) *en aquellos códigos que, como el nuestro, establecen una función integradora, este concepto sólo se define por su efecto, que es obligar a las partes a más de lo expresado, pero no se establece qué consecuencia jurídica específica aparece*”⁶⁵.

Es por lo anterior que la dogmática ha desplegado sistemáticos esfuerzos por disciplinar la función integradora de la buena fe. Sin embargo, la interrogante sobre su contenido integrador ha encontrado variadas posiciones. Así por ejemplo, BOETSCH adopta una perspectiva amplia, en cuanto sostiene que la función integradora de la buena fe supone, por un lado, la agregación al contrato de especiales deberes de conducta relacionados al ejercicio leal y correcto de sus obligaciones, y de cooperación para el cumplimiento de las obligaciones del deudor; y por otro lado, la corrección de determinados contenidos del contrato que atenten contra la buena fe.⁶⁶ En otro sentido, LÓPEZ SANTA MARÍA defiende una postura más restrictiva, al sostener que: “*Las expresiones “confianza”, “lealtad”, “honorabilidad” y “seguridad” que, entre otras, son utilizadas para dar a conocer el deber de honestidad que pesa sobre las partes en virtud del principio de buena fe contractual, se traducen en definitiva en lo siguiente: los individuos que emiten una declaración contractual deben siempre prever que ella producirá los efectos usuales; aquellos que habitualmente engendra una declaración semejante* (...)”⁶⁷.

Sin perjuicio de que la perspectiva amplia del rol integrador de la buena fe ha sido la más difundida en el medio nacional⁶⁸, esta postura solo explica su contenido en relación a los valores de confianza, honorabilidad y lealtad, pero no se hace cargo de aclarar el procedimiento de agregación de contenido al contrato. Explicitar esto último no es baladí, puesto que se corre el riesgo de que el juez integre el contrato de forma intuitiva, para después justificar tal agregación de contenido en alguno de los valores relacionados a la buena fe, utilizando este principio como una justificación *ex post* de una integración que viene dada de antemano.

XII del Libro IV del Código Civil, a propósito del efecto de las obligaciones, más parece una norma de integración del contrato, básica de considerar para el proceso interpretativo posterior” (Corte Suprema, sentencia de 11 de mayo de 1992, R.D.J., T. 89, secc. 1ª, pág. 46)”.

⁶⁴ BARCIA, Rodrigo, *Incidencia de la teoría en la aplicación de la ley y la interpretación e integración del contrato*, ahora, en DOMÍNGUEZ, Carmen - GONZÁLEZ, Joel - BARRIENTOS, Marcelo - GOLDENBERG, Juan Luis (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII*, (1ª edición, Thomson Reuters, Santiago, 2013), p. 216.

⁶⁵ EYZAGUIRRE, Cristóbal y RODRÍGUEZ, Javier, *Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 21 (2013), p. 143.

⁶⁶ BOETSCH, Cristián, *La buena fe contractual*, (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 115-123.

⁶⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (5ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 440. Si bien lo menciona a propósito de la interpretación contractual, se desprende de su texto que el autor concibe la labor integradora dentro de la interpretativa.

⁶⁸ En este sentido, *Corte Suprema, Moreno Loyola Wilibaldo con Banco Santander* (2015), Rol 26.847-2014; y *Corte de Apelaciones de Antofagasta, Ávila Vargas, Carla con Ortiz Aravena, Elsa* (2016), Rol 981-2015. No obstante, la perspectiva restringida también ha obtenido recepción jurisprudencial. Así por ejemplo, *Corte Suprema, Empresa Constructora Chillan Viejo Limitada Con Universidad Del Bio Bio* (2002), Rol 4.804-2000.

Es por lo anterior que resulta especialmente interesante la postura sostenida por SCHOPF, pues si bien adhiere a una perspectiva amplia sobre el contenido integrador de la buena fe⁶⁹, propone un procedimiento de integración que parte de la base de que el estándar de contratante leal y honesto se encuentra supeditado a la finalidad del contrato, de manera tal que “(...) a los contratantes resulta exigible comportarse en todo momento y bajo todas las circunstancias relativas al contrato como un contratante leal y honesto para los efectos de satisfacer la finalidad económica o propósito práctico que subyace a la convención (...)”⁷⁰. Así, las nociones de finalidad económica y propósito práctico del contrato funcionan como un “molde” sobre el cual actúa la integración, bajo el entendido de que los valores asociados al principio de buena fe son funcionales a ellas.

A su vez, los conceptos de finalidad económica y propósito práctico del contrato están íntimamente ligados a lo que se ha denominado como distintivo económico de la cláusula de desistimiento, en cuanto aquél nos explica las razones que lleva usualmente a las partes a pactarla.

No obstante lo anterior, el autor además advierte que la intensidad de la función integradora debe relativizarse dependiendo de la específica relación contractual implicada. Así, sostiene que “El valor central que en último término subyace a la buena fe contractual en cuanto principio ordenador de la relación obligatoria es la confianza que implica la relación de intercambio y cooperación que subyace al contrato (...)”⁷¹. De este modo, no toda relación contractual abriga una confianza que convoque la protección de la buena fe con la misma intensidad, sino que ésta depende de “la naturaleza económica o las particularidades del negocio que subyacen a la convención”⁷². En esta línea, advierte que “(...) El criterio más relevante, sin embargo, para determinar la relevancia de la buena fe, en cuanto principio ordenador de la relación contractual, puede ser ante todo visto en la posición relativa de las partes contratantes (...) en contratos largamente negociados entre partes sofisticadas, donde cada contratante ha podido cautelar sus propios intereses y negociar cláusulas precisas en su beneficio, de manera tal que la confianza depositada en que la contraparte contractual ha atendido tanto a los propios intereses como a los ajenos es mínima, estando el contrato mucho más fuertemente gobernado por lo acordado por las partes contratantes en virtud del principio de libertad contractual, que por cualquier otra especie de consideración fundamentada en la buena fe contractual”⁷³.

Lo anterior es de la mayor relevancia, pues los contratos en donde se pacta la cláusula de desistimiento, en general, son celebrados entre partes sofisticadas con poder de negociación sobre el contenido contractual. Y celebran tal pacto ya sea como una forma de resguardarse de riesgos propios del rubro industrial en donde se enmarca el contrato, o bien, como una forma de que la parte a cuyo respecto se estableció la cláusula pueda entrar a la relación contractual.

En síntesis, es posible concluir que la medida en que el contrato es gobernado por el principio de buena fe depende del grado de confianza que subyace a la relación contractual, siendo el nivel de sofisticación de las partes un indicio relevante sobre su limitado alcance. Y en cuanto sea procedente la integración, deberá realizarse en función del propósito práctico o finalidad económica del contrato.

⁶⁹ SCHOPF, Adrián, *La buena fe contractual como norma jurídica*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 31 (2018), p. 114-115.

⁷⁰ SCHOPF, Adrián, cit. (n. 67), p. 119.

⁷¹ SCHOPF, Adrián, cit. (n. 67), p. 117.

⁷² SCHOPF, Adrián, cit. (n. 67), p. 120.

⁷³ SCHOPF, Adrián, cit. (n. 67), p. 121.

La interrogante que nos debemos plantear ahora versa sobre los límites que encuentra el proceso integrador nacido en su virtud.

2. *Sobre los límites subyacentes al procedimiento integrador en virtud de la buena fe*

Cuando se habla de integración, comúnmente se alude a un punto del contrato que no fue alcanzado expresamente por la voluntad de las partes, y que es necesario dotar de contenido. Así, FIGUEROA ha sostenido que: “(...) *la integración consiste en llenar posibles lagunas del contrato (...)*”⁷⁴.

Lo anterior encuentra correspondencia con que, en general, se sostiene que uno de los requisitos fundamentales para que sea procedente la integración es que exista una laguna contractual.⁷⁵ No obstante, la doctrina ha propuesto casos de integración en donde no se requiere que ella exista. Así, a propósito de la distinción entre interpretación integradora e integración pura, BARCIA sostiene que esta última consiste en “(...) *La extensión del contrato más allá de su ámbito de aplicación (...)*”⁷⁶, es decir, “(...) *[modificar] el contenido del contrato, incluso, contra voluntad expresa de las partes (...)*”⁷⁷, para lo cual, a diferencia de la interpretación integradora, no se requeriría una laguna contractual. No obstante, el autor advierte que “(...) *La integración pura del contrato debe ser excepcional, por cuanto, en principio, obedece a consideraciones ajenas al Derecho Privado y se sustenta, la mayoría de las veces, en consideraciones distributivas*”⁷⁸.

En esta misma línea, DOMÍNGUEZ ha sostenido que la integración contractual es posible “*No sólo por laguna, sino también para corregir los efectos de un acuerdo [por medio de] la sustitución de determinadas estipulaciones convencionales por otras consecuencias impuestas por el ordenamiento*”⁷⁹. Cabe dar cuenta que esta integración “correctora” debe ser igualmente excepcional, por las mismas razones expuestas por BARCIA, sin perjuicio de que sea discutible que nuestro Código Civil ampare una función correctora de la buena fe⁸⁰.

Pues bien, la integración contractual en virtud de la buena fe, bajo la perspectiva que ha logrado mayor difusión en el medio nacional, cabe situarla dentro de estas dos categorías que no requieren la existencia de laguna. En este sentido, BOETSCH al tratar la función creadora de especiales deberes de conducta sostiene que: “(...) *la buena fe no sólo opera supliendo lagunas, sino que también puede crear ciertos deberes especiales de conducta, que deberán ser cumplidos por las partes, y los cuales*

⁷⁴ FIGUEROA, Gonzalo, cit. (n. 19), p. 164. En esta misma línea, LYON, Alberto, *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos* (Santiago, Ediciones UC, 2017), pp. 41-42, sostiene que: “(...) *La integración consiste en completar la voluntad de los contratantes mediante conclusiones lógicas y jurídicas que se extraen del conjunto de cuanto haya sido hecho o dicho por las partes y sean inferibles y reconocibles por medio de un nexo necesario*”.

⁷⁵ En este sentido, además de los autores antes expuestos, DOMÍNGUEZ, Carmen, *Aspectos de la integración del contrato*, en FIGUEROA, Gonzalo - BARROS, Enrique - TAPIA, Mauricio (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (1° edición, Thomson Reuters, Santiago, 2011), p. 256.

⁷⁶ BARCIA, Rodrigo, *Incidencia de la teoría en la aplicación de la ley y la interpretación e integración del contrato*, cit. (n. 62), p. 218.

⁷⁷ BARCIA, Rodrigo, *Incidencia de la teoría en la aplicación de la ley y la interpretación e integración del contrato*, cit. (n. 62), p. 220.

⁷⁸ BARCIA, Rodrigo, *Incidencia de la teoría en la aplicación de la ley y la interpretación e integración del contrato*, cit. (n. 62), p. 219.

⁷⁹ DOMÍNGUEZ, Carmen, cit. (n. 73), p. 256.

⁸⁰ En este sentido, EYZAGUIRRE, Cristóbal y RODRÍGUEZ, Javier, cit. (n. 63), p. 192: “*La norma del art. 1546 sólo determina que las partes pueden estar obligadas a más de lo expresado, pero el texto no permite que el juez modifique lo que ha sido expresado (...)*”.

*pueden ser plenamente exigibles (...)*⁸¹. Por su parte, el mismo autor al tratar la función correctora de la buena fe, no concibe a una laguna contractual como requisito de procedencia, sino que sostiene que la corrección procede toda vez que el contenido del contrato trasgreda tal principio, entendido como un límite a la autonomía privada de las partes, ya sea desde la perspectiva de las buenas costumbres o del orden público⁸².

Con todo, cabe advertir nuevamente que si bien se ha reconocido en el medio nacional la licitud de modificar el contenido del contrato sin necesidad de laguna, sea a través de la integración pura o correctora, ésta siempre debe ser excepcional, por cuanto en Derecho privado, y especialmente en nuestro Código Civil basado en una teoría subjetiva del Derecho de contratos, rigen principios que le dan preeminencia a la voluntad de las partes expresada en el contrato, por sobre otro tipo de consideraciones.

En relación al objeto estudiado en la presente investigación, la integración pura y correctora entra en tensión con el principio de fuerza obligatoria de los contratos, bajo cuya virtud ambas partes deben respetar el contenido obligatorio de la facultad de desistimiento; y también con el principio de intangibilidad⁸³, en cuanto a que se le estaría permitiendo al juez, que es un tercero de la relación contractual, corregir o extender el contenido de la cláusula de desistimiento⁸⁴.

Por todas las consideraciones anteriores, un primer límite de la integración de la buena fe al contrato es que ésta debe ser excepcional, siendo procedente siempre que existan motivos especialmente calificados para aquello, los que ciertamente deben ser expuestos y fundamentados por el juez en su sentencia, toda vez que al no requerirse una laguna contractual para su actividad, la integración entra en conflicto con principios fundamentales de Derecho privado que le dan preeminencia a la autonomía de las partes expresada en el contrato⁸⁵.

Un segundo límite a la integración viene dado por el contenido mismo del contrato, en cuanto a que por su intermedio no se instaure algo completamente distinto a lo establecido libremente por las partes. En este sentido, DOMÍNGUEZ sostiene que para que la integración sea posible se requiere: *“(...) que las consecuencias asignadas sean congruentes con el acuerdo de voluntades, en*

⁸¹ BOETSCH, Cristián, cit. (n. 64), p. 116.

⁸² BOETSCH, Cristián, cit. (n. 64), p. 119-123.

⁸³ No así en el caso de la integración de lagunas, puesto que el juez integra un punto no abarcado por el contrato, el que mantiene su intangibilidad.

⁸⁴ En este sentido, ABELIUK, René, cit. (n. 20), p. 132: *“Si el contrato se encuentra en cierto sentido protegido frente al propio legislador, con mayor razón se rechaza que el juez pueda entrar a revisarlo por otras causales que las previstas por la legislación al tiempo de su celebración”*.

⁸⁵ En este sentido, *Corte Suprema, I. Municipalidad de Puerto Montt / Constructora Isla del Rey Ltda. (2016), Rol 52.838-2016*, en considerando noveno da preeminencia al acuerdo libremente pactado por las partes por sobre el rol integrador de la buena fe: *“Que con arreglo a lo expuesto y a lo establecido en la preceptiva legal reseñada precedentemente, no se vislumbran los errores de derecho que se critican y, por el contrario, se advierte una correcta aplicación de la normativa que rige el asunto controvertido y las cláusulas contractuales que autónomamente convinieron las partes, de suerte que tampoco se divisa ningún abuso susceptible de constatar, y torna impropia la referencia y fundamentación del recurso en el artículo 1546 del Código Civil, el que si bien sirve como herramienta integradora del contrato, por sí misma no es adecuada para dejar sin efecto cláusulas que libre y voluntariamente acordaron los contratantes, cuya extensión y sentido fue correctamente desentrañada por el tribunal, si se recuerda su evidente contenido vinculatorio”*.

*términos que no lo transforme en su esencia y que corresponda con el tipo de contrato al que corresponde o, en defecto de ese tipo, que no contradiga la finalidad del contrato atípico celebrado*⁸⁶.

En fin, un tercer límite para la integración contractual viene dado por la carga económica asumida por las partes en el contrato, ya sea desde la perspectiva de los derechos y obligaciones que fijan su margen lucrativo, como de la distribución económica expresada de forma implícita en los riesgos asumidos por las partes en tales derechos y obligaciones⁸⁷. En este sentido, LYON sostiene que: “(...) el nacimiento de obligaciones integradas al contrato según su naturaleza se encuentra sujeto a la limitación de que ellas no pueden exceder el margen establecido por el acuerdo de voluntades. Este margen se encuentra determinado por el consentimiento producido en torno a lo que es o debe ser considerado como el resultado global del contrato medido en términos económicos (...)”⁸⁸.

De lo sostenido hasta acá se puede concluir que, en caso de no existir una laguna, para que la integración respete sus límites deberá fundamentarse en motivos especialmente calificados; no podrá desnaturalizar lo libremente pactado por las partes; y no dispondrá una carga económica a las partes que vaya más allá de lo asumido libremente por ellas.

3. *A propósito del caso Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A*

El caso caratulado “*Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A.*” se suscita a propósito de un contrato de servicios de carguío y transporte de concentrado de cobre⁸⁹, celebrado con fecha 21 de enero de 2013 entre Anglo American Sur S.A.⁹⁰ e Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada⁹¹, en donde Tranex se obligaba a transportar el material en camión hasta llegar a un determinado punto desde el cual continuaría siendo trasladado vía ferrocarril por la empresa Ferrocarriles del Pacífico S.A.. El señalado contrato contenía en su cláusula 3.2 una facultad de desistimiento sin expresión de causa establecida para ambas partes, con un preaviso de 120 días.

En definitiva, la operación nunca pudo realizarse bajo un sistema bimodal, por lo que Tranex asumió los costos necesarios para realizar el carguío y transporte del material únicamente a través de camiones. En virtud de lo anterior, ambas partes negociaron la modificación del contrato y el monto de los sobrecostos que Anglo tendría que reembolsar a Tranex, hasta que con fecha 30 de septiembre de 2014 Anglo comunica a Tranex su intención de poner término al Contrato de

⁸⁶ DOMÍNGUEZ, Carmen, cit. (n. 73), p. 256-257. En este mismo sentido Cristián Aedo, en ponencia titulada “*Buena fe y exceptio doli en el ejercicio de facultades del acreedor*” el marco del “Congreso internacional: contratación moderna y arbitraje nacional e internacional” desarrollado en la Universidad Andrés Bello, sostuvo la misma idea a propósito de la integración por medio de la buena fe de las cláusulas de desistimiento.

⁸⁷ En esta línea, BRANTT, María, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual* (1° edición, Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 76, ha sostenido que: “*La idea fundamental que permite asociar las nociones de contrato y riesgo, es que aquél constituye un medio para el intercambio económico, es decir, una herramienta para el tráfico de bienes y servicios en el mercado, lo que supone la exposición al riesgo de toda iniciativa de este tipo, especialmente teniendo en cuenta que el contrato comúnmente implica una actuación posterior de cumplimiento, que además puede extenderse en el tiempo. Esto último trae aparejada, como es lógico, la posibilidad de que una serie de contingencias puedan incidir sobre las partes o sus prestaciones durante la ejecución de las mismas, surgiendo con ello la idea de riesgo, entendido en su acepción corriente: como proximidad de un daño*”. Así, “(...) la celebración de un contrato involucra la distribución de ciertos riesgos entre las partes (...)”.

⁸⁸ LYON, Alberto, cit. (n. 72), p. 369.

⁸⁹ En adelante, Contrato de Carguío y Transporte.

⁹⁰ En adelante, Anglo.

⁹¹ En adelante, Tranex.

Carguío y Transporte, para lo cual invocó el ejercicio de la cláusula 3.2 del mismo. Con posterioridad, en su escrito de contestación, Anglo aduce que la decisión de poner término al contrato vino precedida de una pérdida de confianza respecto de Tranex, a propósito de defraudaciones detectadas en la ejecución de otro contrato celebrado entre las mismas partes.

El célebre caso llega hasta la Corte Suprema⁹², la cual respaldó la integración efectuada en segunda instancia arbitral respecto de la cláusula de desistimiento contenida en el Contrato de Carguío y Transporte, en términos de que “(...) *para que se adquiriera el derecho para poner término al contrato, debe necesariamente existir un motivo justificado y que se pueda comprobar, lo que equivale a decir que el derecho se encuentra sujeto, en lo que atañe a su nacimiento, a una condición suspensiva que se hace posible integrar a la convención a la luz de lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil (...)*”⁹³.

La particular condición suspensiva integrada al contrato fue justificada por el tribunal de segunda instancia en cuanto a que “(...) *resultaría manifiestamente antijurídico que la suerte o el destino del contrato se sometiera al mero capricho de una parte más que a una decisión racional y justa (...)*”⁹⁴, vinculando así el reproche a la arbitrariedad con el deber de cooperación recíproca derivado de la buena fe⁹⁵, justificando en definitiva la integración de una condición suspensiva a la cláusula de desistimiento en virtud del artículo 1.546 del Código Civil.

Así, según el tribunal de segunda instancia, el deber de cooperación obligaba a Anglo a que sustentara la terminación en un motivo real y serio, como una forma de evitar la arbitrariedad vedada por el Derecho.

Pues bien, en primer lugar, cabe cuestionar que el ejercicio de un derecho potestativo constituya un acto arbitrario repugnado por el ordenamiento jurídico chileno, sobre todo si se tiene en cuenta que la figura del desistimiento se encuentra consagrada a propósito de contratos regulados tanto en el Código Civil como en leyes especiales⁹⁶.

⁹² Corte Suprema, *Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A.* (2019), Rol 380506-2017.

⁹³ Corte Suprema, *Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A.* (2019), Rol 380506-2017, Considerando quinto. La Corte Suprema evita realizar pronunciarse sobre la integración de tal condición suspensiva, sosteniendo que no tiene influencia en lo dispositivo, puesto que aun en el caso de que se entendiera que el desistimiento es un derecho potestativo no sujeto a una condición suspensiva, los motivos que llevaron a Anglo a ejecutar la cláusula fueron desviados o con una temeraria desconsideración del interés de la contraparte - con lo que insinúa una posible aplicación de la teoría del abuso del derecho-, y en todo caso, Anglo durante el juicio asumió que era necesario contar con un motivo justificado para instar por la terminación del contrato.

⁹⁴ Corte Suprema, *Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A.* (2019) Rol 380506-2017, Considerando vigésimo segundo.

⁹⁵ Corte Suprema, *Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A.* (2019) Rol 380506-2017, Considerando vigésimo cuarto.

⁹⁶ En este sentido, SEVERIN sostiene que para el caso de ese contrato también operaba la facultad de desistimiento *ad nutum* por defecto en: SEVERIN, Gonzalo, *Terminación de contrato de servicio en virtud de una cláusula ad nutum*, ahora, en CÁRDENAS, Hugo (editor), *Jurisprudencia Crítica II. Comentarios de fallos 2018-2019* (1° edición, Rubicón Editores, Santiago, 2020), pp. 342-343.

Por otra parte, entre los contratos regulados por el ordenamiento jurídico chileno en que se contempla una facultad de desistimiento *ad nutum*, cabe mencionar: el contrato de mandato (artículo 2.163 y siguientes del Código Civil); el contrato de sociedad (artículo 2.108 y siguientes del Código Civil); el contrato de depósito (artículo 2.226 del Código Civil); el contrato de servicios inmateriales (artículo 2.009 del Código Civil); el contrato para la confección de una obra material (artículo 1.999 del Código Civil); el contrato de arrendamiento de predio urbano (artículo 3° y siguientes de la Ley 18.101); y el contrato de seguro (artículo 537 del Código de Comercio).

Por otro lado, es curioso que el tribunal haya restado completamente valor a los términos literales expresados en la cláusula de desistimiento, aplicando de manera irrestricta y en su máxima extensión el principio de buena fe, lo cual no parece correcto si se toma en cuenta el poder de negociación que las partes ostentaban en la relación contractual específica, al punto de que, previo a que se ejerciera el desistimiento, las partes sostenían negociaciones para modificar el contrato.

A lo anterior debe sumarse que en este caso la facultad de desistimiento se estableció para ambas partes. Es decir, Anglo tuvo el mismo poder de negociación que Tranex para establecerse una cláusula de desistimiento a su favor. En este sentido, WALKER afirma que en este caso, la facultad de desistimiento: “(...) Fue incorporado al contrato para ambas partes, en iguales condiciones y con iguales exigencias. Al respecto, se podrá indicar que para una de las partes -tal como lo indica el fallo en su considerando 24º- ese desistimiento se tornaba más gravoso (...) Pero el tema de los perjuicios es una cosa distinta al hecho de que las partes hayan previsto expresamente esta posibilidad de dejar sin efecto el contrato: lo hicieron, y señalaron que se podría ejercer sin expresión de causa”⁹⁷.

Por lo anterior, cabe afirmar que no existe una legítima confianza que ordene a la buena fe adoptar un rol protagónico en la relación contractual suscitada entre Anglo y Tranex, al punto de tener que aplicar un procedimiento integrador en su virtud⁹⁸. De hecho, la cláusula de desistimiento contemplada en el Contrato de Carguío y Transporte debió más bien instaurar un clima de desconfianza entre las partes respecto de la perpetuación de la relación contractual, puesto que, por más que pudo existir un real interés por la continuidad del contrato, siempre

⁹⁷ WALKER, Nathalie, *Cláusulas de desistimiento sin expresión de causa y buena fe*, en Cárdenas, Hugo (editor), *Jurisprudencia Crítica II. Comentarios de fallos 2018-2019* (1ª edición, Rubicón Editores, Santiago, 2020), p. 329.

⁹⁸ Un buen ejemplo de un caso en que procedía la función correctora de la integración contractual en virtud de la buena fe, lo podemos encontrar en un juicio arbitral suscitado entre el Ministerio de Obras Públicas (MOP) y la Sociedad Concesionaria Litoral Central S.A., sometido a conocimiento de la Comisión Arbitral integrada por los Señores Alejandro Jadresic Marinovic, Roberto Redondo Álvarez, y Eduardo Soto Kloss (Alejandro Jadresic Marinovic (Presidente del Tribunal), Roberto Redondo Álvarez (Coárbitro) y Eduardo Soto Kloss (Coárbitro), Comisión Arbitral, sentencia de 31 de mayo de 2007, disponible en: <http://fiscalia.mop.cl/Paginas/Sentencias.aspx>).

En efecto, la Sociedad Concesionaria alegaba el pago de mayores costos incurridos con ocasión de la ejecución del contrato de concesión, toda vez que en base al Proyecto de Ingeniería Definitivo y las Bases de Licitación debía realizar 20 modificaciones de servicios, respecto de lo cual elaboró su presupuesto de los costos que tendría soportar para tales modificaciones, en circunstancias que, en definitiva, debió realizar 54 modificaciones de servicios.

El Ministerio de Obras Públicas, para eximirse de responsabilidad, invocó el Numeral 2.3.28, inciso 1º de las Bases de Licitación, que establecía que la modificación de servicios debía ser proyectada y construida “a entera responsabilidad y costo” de la Sociedad Concesionaria.

El tribunal arbitral, tomando en cuenta el poder de negociación dispar entre el MOP y la Sociedad Concesionaria para la configuración del contrato; que el MOP estaba en mejores condiciones para averiguar la mayor cantidad de modificaciones de servicios; y que soportar más de un 150% adicional de modificaciones por falta de información del MOP carece de razonabilidad, sostiene que es contrario al principio de buena fe entender la cláusula en los términos abusivos que planteaba el MOP, y termina por atenuar sus efectos mediante una función modificatoria de la integración contractual en virtud de la buena fe.

De lo anterior, se puede vislumbrar que el tribunal atiende a determinados criterios de disparidad de poder de negociación e información, junto con analizar el fin contractual (en este caso, la onerosidad o beneficio económico para la Sociedad Concesionaria), para terminar por acudir al principio de buena fe para morigerar los efectos de una cláusula calificada por el mismo tribunal como “abusiva”.

existió un “botón de salida” que podía ser accionado en cualquier minuto por cualquiera de ellas⁹⁹.

Así, teniendo en cuenta el acotado protagonismo que le cabe a la buena fe en el Contrato de Carguío y Transporte, surge la interrogante referente a en qué medida tal integración contribuyó a la consecución del propósito práctico o finalidad económica de la cláusula de desistimiento en tanto tal. Probablemente, una pregunta anterior debió ser: ¿Las partes alcanzaron el propósito práctico o finalidad económica de la cláusula de desistimiento? Si la respuesta a la pregunta fuese negativa, claramente se debe echar mano a la buena fe para alcanzar el propósito buscado por las partes por medio de la cláusula. Pero si las partes efectivamente alcanzaron el propósito de ella, como se sugiere que ocurrió del tenor de los hechos, la buena fe debe ceder ante lo pactado libremente por las partes. De otra forma, los contratantes -en especial cuando se trata de partes sofisticadas- se encontrarán sumidos durante todo el *iter* contractual en la incertidumbre de si lo libremente pactado por ellas no será modificado en algún sentido por el principio de buena fe.

En un segundo orden de análisis, la integración realizada trasgrede gravemente los límites que tal procedimiento debe respetar. Primeramente, pues no explica el motivo por el cual, dentro del acotado protagonismo que le cabía a la buena fe en el caso particular, existían motivos especialmente graves que posibilitaran socavar la palabra empeñada por las partes, para reescribir las condiciones que habilitaban el ejercicio de la facultad de desistimiento. Esto, más allá de que la sentencia haya dado cuenta de supuestas contravenciones a la buena fe que justificaban el resultado del procedimiento de integración y la subsecuente indemnización de perjuicios.

Esta crítica se sustenta no solo porque un límite de la integración pura, como fue la del caso, es que se justifique en motivos especialmente calificados, y que tengan mérito suficiente para irrespetar otros principios del Derecho privado que le dan preeminencia a la voluntad de las partes, sino también porque se abre un manto de duda en cuanto a la actividad de los jueces. Queda la impresión de que primero integran el contrato de forma intuitiva, y luego buscan en la buena fe una justificación *ex post* de una actividad nacida en razonamientos ajenos a la buena fe.

Luego, la integración realizada constituye una desnaturalización del contenido establecido por las partes a través del contrato. En efecto, se deroga una de las características fundamentales de la cláusula, a saber, su carácter potestativo, a tal punto que, una vez integrada, ya no puede predicarse que la misma constituye una cláusula de desistimiento “sin expresión de causa”, puesto que ahora las partes requieren “*un motivo justificado y que se pueda comprobar*” para ejercer la facultad de desistimiento. En este sentido, y a propósito del presente caso, SEVERIN sostiene que: “(...) *creo que no es posible reconocer a la buena fe un rol “correctivo”, exigiendo que exista una causa “racional y justa”, porque ello supondría desnaturalizar el derecho, negando la terminación ad nutum. La buena fe no puede, a mi juicio, ser utilizada para reescribir una cláusula contractual clara, porque, si el contrato se ha celebrado legalmente, esa cláusula constituye una regla. Y, salvo que estemos dispuestos [a] adoptar una fundamentación muy iusnaturalista del Derecho contractual, es peligroso admitir que el principio pueda derogar la regla*”¹⁰⁰.

⁹⁹ Tal como lo sostiene MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 135., la cláusula de desistimiento introduce un momento de relativa incertidumbre al contrato, en cuanto a que existe un derecho de terminación unilateral que puede ser ejercitado en cualquier momento, aun en ausencia de causa.

¹⁰⁰ SEVERIN, Gonzalo, *Terminación de contrato de servicio en virtud de una cláusula ad nutum*, cit. (n. 95), p. 347.

Por otra parte, la integración también afecta en alguna medida el carácter unilateral del ejercicio del desistimiento por alguna de las partes, pues al sujetar el nacimiento de esta facultad a una condición objetiva con aspiración de ser verificable por la contraparte, el derecho a desistir se vuelve esencialmente controvertible por el desistido. Y si la decisión relativa a si acaeció o no el término de la relación contractual radica en último término en el juez y no en el contratante desistente, la unilateralidad del desistimiento se ve diluida. A lo anterior, cabe agregar que la exigencia de que se verifique un motivo “justo y racional” termina por delegar al juez un espacio no despreciable de discrecionalidad para que califique de “justificado” o no el motivo invocado por la parte desistente, teniendo además en consideración que ni siquiera las partes se pusieron de acuerdo sobre lo que entenderían por un término del contrato “justo y racional”.

En fin, la integración aludida también trasgrede el tercer límite analizado, en cuanto impacta económicamente la carga distribuida contractualmente por el desistente, toda vez que lo obliga a adoptar riesgos que previamente había decidido no asumir por medio de la cláusula de desistimiento.

Parte natural de los contratos es la previsión y asunción de riesgos que las partes realizan por su intermedio. Y ciertamente el distribuir determinados riesgos tiene una connotación económica, en cuanto supone que una de las partes está dispuesta a soportar pecuniariamente el evento incierto de pérdida o afectación del objeto del contrato, lo que, desde luego, puede evaluarse en dinero. En este sentido, GREENE Y TRIESCHMANN sostienen que: “(...) *La retención de riesgos planificada, a menudo denominada autoseguro, es la asunción consciente y deliberada de un riesgo reconocido. El individuo o la empresa decide pagar las pérdidas con los fondos actualmente disponibles (...)*”¹⁰¹. Y al momento en que las partes establecen que pueden desistirse del contrato sin necesidad de expresar causa, implícitamente fijan la posibilidad de dejar de seguir asumiendo riesgos contractuales, bajo un requisito habilitante especialmente mínimo. Por lo tanto, al elevar tal requisito, lo que hace el tribunal es imponer una mayor carga económica a las partes.

En otros términos, si antes las partes debían asumir riesgos *a menos que previamente decidieran desistirse del contrato a su solo arbitrio*, ahora las partes deberán soportar riesgos *a menos que previamente se hayan desistido del contrato en virtud de motivos justificados*.

En síntesis, la integración realizada es criticable desde dos puntos de vista. En primer lugar, porque no era procedente aplicar una integración en virtud del principio de buena fe al Contrato de Carguío y Transporte. Y fundamentalmente, porque la integración realizada trasgrede de forma grave los límites que la gobiernan cuando se realiza en virtud de la buena fe.

4. Buena fe e integración del preaviso

Se ha propuesto por una parte importante de la doctrina que la buena fe integra un preaviso a la cláusula de desistimiento. Así, para el caso chileno, CAPRILE sostiene que: “(...) *en los contratos en que no exista disposición legal ni cláusula contractual que lo regule, cabe interrogarse cual será su duración [del preaviso]. Se afirma que el plazo debe ser “razonable”, “congruo”, “adecuado” y que “la justeza de la duración*

¹⁰¹ GREENE, Mark y TRIESCHMANN, James, *Risk & Insurance*, (7^o edición, Cincinnati, South-Western Publishing Co., 1988), p. 15. Traducción propia del siguiente extracto: “(...) *Planned risk retention, often called self-insurance, is conscious and deliberate assumption of recognized risk. The individual or firm decides to pay losses out of currently available funds (...)*”.

*del preaviso habrá de calificarse en atención a las circunstancias (...)*¹⁰². Asimismo, si bien en un principio SEVERIN afirmaba en un trabajo de su autoría que “(...) *tampoco parece ser necesario, para delimitar conceptualmente el desistimiento unilateral, que exista una comunicación previa, y que ella deba darse en un plazo razonable; que ello sea así depende de cómo se ha configurado el derecho, por la ley o por el contrato (...)*”¹⁰³, posteriormente cambió radicalmente de opinión, en cuanto a que ahora afirma que: “(...) *Frente al silencio de las partes, y ante la inexistencia de una regla contractual y de una regla que integre el contrato, podemos reconocer a la buena fe un rol integrador, por ejemplo, en relación con la necesidad de dar aviso acerca de la decisión de término del contrato por una vía adecuada, y hacerlo con una antelación razonable (...)*”¹⁰⁴.

Por otra parte, para el caso colombiano, MOLINA sostiene que: “*La duración del preaviso es fijada principalmente por el contrato y la ley, y subsidiariamente por la costumbre y la buena fe*”¹⁰⁵. De este modo, cuando ni la ley ni el contrato fijan un plazo determinado de preaviso, habrá que remitirse a la costumbre. Si no puede inferirse un plazo específico de preaviso de la costumbre, deben aplicarse los artículos 977 y 1.174 del Código de Comercio colombiano, en virtud de los cuales deberá establecerse uno prudencial, tomando especial relevancia la naturaleza de la cosa o del contrato y el principio de buena fe¹⁰⁶.

En fin, para el caso español KLEIN sostiene que el preaviso se integra a los contratos duraderos por tiempo indeterminado¹⁰⁷. Y para los de duración limitada pero cuyo término sea determinable, o cuando las partes han continuado la relación más allá de su término, considera que solo puede integrarse un preaviso “(...) *en casos aislados, cuando las circunstancias concurrentes lo justifiquen realmente (...)*”¹⁰⁸.

De lo expuesto, cabe plantearse la posibilidad de que en Derecho chileno la buena fe integre las cláusulas de desistimiento, estableciendo un término específico de preaviso.

Un buen punto de partida para la reflexión lo podemos encontrar en la posición sostenida por KLEIN, toda vez que sugiere que la agregación de un preaviso dependerá del tipo de contrato implicado. Así, justifica su integración en virtud de la buena fe específicamente en los contratos por tiempo indeterminado, en cuanto a que al no existir un término final prefijado, su terminación intempestiva puede acarrear graves perjuicios para la parte terminada¹⁰⁹.

Entonces, la pregunta que cabe plantearse es ¿Por qué existe una legítima confianza que convoca a la buena fe a integrar un preaviso en los contratos por tiempo indeterminado, en oposición a lo que sucede en los contratos por tiempo determinado? La respuesta es que en estos últimos las partes tienen a la vista un parámetro cierto sobre la vida lucrativa del contrato para ambas, lo que las lleva a poder tutelar de mejor forma sus intereses durante su ejecución. En cambio, como en los de tiempo indeterminado las partes no cuentan con un parámetro cierto sobre la vida lucrativa del contrato, solo pueden representarse aquello al observar la conducta sostenida por la contraparte durante la etapa de cumplimiento.

¹⁰² CAPRILE, Bruno, cit. (n. 4), p. 294.

¹⁰³ SEVERIN, Gonzalo, cit. (n. 4), p. 311.

¹⁰⁴ SEVERIN, Gonzalo, *Terminación de contrato de servicio en virtud de una cláusula ad nutum*, cit. (n. 95), pp. 344-345.

¹⁰⁵ MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 149.

¹⁰⁶ MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 149.

¹⁰⁷ KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 182.

¹⁰⁸ KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 195.

¹⁰⁹ KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), pp. 191-192.

Por lo tanto, en los contratos por tiempo indeterminado sí existe una confianza legítima que debe ser tutelada por el principio de buena fe. Ahora, la procedencia o no de la integración de un preaviso en su virtud dependerá de los hechos concretos que llevaron a las partes, precisamente, a no incluirlo. Así por ejemplo, si la no inclusión del preaviso fue el producto de una negociación en donde la parte desistida también obtuvo réditos, tales motivos se incorporan al propósito práctico de la cláusula, por lo que no procede la integración de un preaviso. Lo mismo sucederá si es que las partes tuvieron a la vista la posibilidad de incluirlo, pero decidieron desechar su introducción. En estos casos, la autonomía de la voluntad juega un rol mucho más protagónico que la buena fe¹¹⁰.

En caso de que proceda la integración de un preaviso a la cláusula de desistimiento, hay que cuestionarse: ¿Cómo debe el juez determinar el término específico de aquel? En doctrina se afirma que, atendida la finalidad tuitiva de esta figura, hay que tomar en cuenta las circunstancias específicas del contrato que inciden en que su terminación no irroque perjuicios a la parte desistida¹¹¹, y sobre esta base estimar el término específico del preaviso.

En sintonía de lo anterior, se han propuesto distintos criterios orientadores para la determinación del término específico del preaviso. MOLINA, por ejemplo, sostiene que: “(...) Aunque no existen criterios exactos para determinar la duración del preaviso, son parámetros comúnmente aceptados los siguientes: la antigüedad de la relación contractual, la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse un contratante con respecto a otro, la magnitud de los intereses financieros en juego, etc. (...)”¹¹². En igual sentido, SEVERIN aduce que el término de preaviso: “(...) dependerá de las circunstancias del caso, tales como duración del contrato, tiempo que se ha ejecutado, monto de las inversiones realizadas, etc. (...)”¹¹³.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, cabe sostener que la discusión sobre si debe o no integrarse un preaviso a la cláusula de desistimiento excede la propia institución de la integración, sirviendo más bien como un estándar ocupado por los tribunales para cuantificar los perjuicios consecuentes, derivados de la terminación intempestiva de la relación contractual.

En efecto, teniendo en cuenta que la integración del preaviso es una cuestión que surge una vez que se ha invocado la cláusula de desistimiento, el tiempo que media entre la impugnación de su ejercicio por no haberse respetado un pretendido preaviso, y una sentencia definitiva ejecutoriada que declare su integración, probablemente excederá del término específico establecido por el tribunal. Por lo tanto, su operatividad quedará circunscrita a servir como un estándar para que el juez determine, hipotéticamente, qué tan alejado estuvo el término del

¹¹⁰ Podría argumentarse que, para el caso chileno, el inciso segundo del artículo 1.494 del Código Civil proscribiera la integración de un preaviso a la cláusula de desistimiento, en cuanto establece que: “No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”. En este sentido, PIZARRO (2018), ob. cit., p. 584, ha sostenido que: “(...) el Código Civil, por regla general, prohíbe a los jueces establecer plazos para el cumplimiento de obligaciones. Así lo dispone el artículo 1494 inciso 2° del Código Civil (...) En definitiva, no pueden generarse preavisos o plazos tácitos, sino que deben abordarse estos problemas bajo el supuesto que existe un incumplimiento contractual, al terminar el contrato en forma abusiva y sorpresiva rompiendo la confianza que en forma legítima tenía la empresa textil de continuar con el acuerdo”. No obstante, el preaviso no es un plazo para el cumplimiento de una obligación en los términos del artículo 1.494, sino que es un término suspensivo de la eficacia del desistimiento, es decir, de un derecho.

¹¹¹ KLEIN, Michelle, cit. (n. 11), p. 202.

¹¹² MOLINA, Ranfer, cit. (n. 11), p. 149.

¹¹³ SEVERIN, Gonzalo, *Terminación de contrato de servicio en virtud de una cláusula ad nutum*, cit. (n. 95), p. 344.

contrato, respecto de un término teórico en que no se hubieren acarreado perjuicios a la parte desistida, producto del respeto de un preaviso. Así las cosas, la discusión sobre la agregación de un término implícito a la cláusula de desistimiento escapa del ámbito de la integración -producto de su falta de operatividad-, trasladando su importancia al terreno propio de la responsabilidad civil.

CONCLUSIÓN

Del estudio realizado, es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. Es posible definir a la cláusula de desistimiento como aquella por la cual los contratantes acuerdan que una o ambas partes tendrán la facultad potestativa de darle término al contrato de forma unilateral, bastando, para su eficacia, la comunicación extrajudicial de su ejercicio a la parte terminada. Este pacto es plenamente válido a la luz del Derecho chileno.

2. El fundamento de la cláusula de desistimiento es que en ciertos rubros industriales no es posible soslayar la existencia de una amplia gama de riesgos que se mantienen latentes en contratos que, por lo general, son complejos y de larga duración. Este particular distintivo económico contribuye a clarificar tanto la voluntad de las partes expresada en la cláusula, como el interés perseguido a través de ella.

3. Esta cláusula no puede confundirse con la cláusula de resolución unilateral ni con la cláusula de terminación anticipada, las cuales tienen características, requisitos, y efectos propios, y que, si se proyectan en la de desistimiento, terminan por desnaturalizarla.

4. Existe una estrecha relación entre la cláusula de desistimiento y la función integradora del principio de buena fe, sobre todo en lo que dice relación con la configuración y eficacia del desistimiento. No obstante, la integración será procedente únicamente cuando, en la específica relación contractual, exista una confianza que convoque a este principio a adoptar un papel relevante en la relación contractual, al punto de agregar o corregir el contenido del contrato, y ello se hará en función del propósito práctico y la finalidad económica de la cláusula de desistimiento.

5. Es criticable la integración de una condición suspensiva que sujete el nacimiento de la facultad de desistimiento a la existencia de “motivos justos y racionales”, como ocurrió a propósito del caso “Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A.”, pues no era procedente integrar la cláusula de desistimiento, y la integración no respetó los límites que gobiernan tal actividad.

6. La integración de un preaviso ha sido propuesta por parte importante de la doctrina. No obstante, tal situación dependerá de las circunstancias específicas del contrato, pudiendo notar que en los contratos de tiempo indeterminado se aprecia con mayor facilidad una legítima confianza que convoca al principio de buena fe adoptar un rol en este aspecto de la relación contractual. No obstante, por la forma en que opera la integración del preaviso, la pregunta de si existía o no un término implícito en el contrato, termina por cobrar real relevancia en la determinación de los perjuicios indemnizables, a propósito de una terminación intempestiva del contrato.

7. En último término, de ser necesario efectuarlo, el procedimiento integrador en virtud de la buena fe se encuentra sujeto a tres límites fundamentales. En primer lugar, deben justificarse motivos especialmente calificados para la integración pura o correctora del contrato. En segundo lugar, no puede desnaturalizar lo establecido libremente por las partes. Y en tercer lugar, no puede afectar la carga económica asumida por los propios contratantes ni los riesgos distribuidos entre ellos.

Lo sostenido hasta acá posibilita contestar la pregunta de investigación negativamente, puesto que a la buena fe no le cabe un rol integrador de importancia en las cláusulas de desistimiento, ya sea en la variante de agregar una condición suspensiva que sujete su nacimiento a la existencia de motivos “racionales y justos”, como equivocadamente ha sostenido nuestra Corte Suprema; o en la modalidad de un preaviso, puesto que aun en el lejano caso en que sea procedente, aquella integración carece de operatividad, sirviendo más bien como un plazo referencial que el juez toma en cuenta para efectos de cuantificar los perjuicios derivados de un desistimiento intempestivo.

En este sentido, la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo se ha visto corroborada, en cuanto a que a la buena fe no le asiste una labor integradora notable sobre el contenido de la cláusula de desistimiento, sino que su rol quedaría reducido a referenciar las indemnizaciones seguidas de un desistimiento intempestivo o abusivo. Y aun en el caso que ha logrado una mayor aceptación en el medio nacional, cual es el de la agregación de un preaviso, es posible concluir que su falta de operatividad hace que exceda la institución misma de la integración, trasladando su importancia al ámbito de la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK, René, *Las Obligaciones. Tomo I* (5° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010).

AEDO, Cristián, *Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 33 (2019).

ALEJANDRO Jadresic Marinovic (Presidente del Tribunal), Roberto Redondo Álvarez (Coárbitro) y Eduardo Soto Kloss (Coárbitro), Comisión Arbitral, sentencia de 31 de mayo de 2007, [visible en internet: <http://fiscalia.mop.cl/Paginas/Sentencias.aspx>].

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo II*. (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de las obligaciones. Volumen de las modificaciones y extinción de las obligaciones* (2° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

BARCIA, Rodrigo, *Incidencia de la teoría en la aplicación de la ley y la interpretación e integración del contrato*, ahora, en DOMÍNGUEZ, Carmen - GONZÁLEZ, Joel - BARRIENTOS, Marcelo - GOLDENBERG, Juan Luis (Coordinadores) *Estudios de Derecho Civil VIII* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2013).

BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I. Del Acto Jurídico* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

BOETSCH, Cristián, *La buena fe contractual* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

BRANTI, María, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual* (1° edición, Santiago, Legal Publishing, 2010).

BRUNA, Guillermo (Presidente del Tribunal), BARROS, Fernando (Coárbitro) y GRANIC, Jorge (Coárbitro) (2011): 12 de diciembre de 2011 (Demanda y demanda reconventional, ambas de indemnización de perjuicios), ahora, en *Sentencias arbitrales. Evolución contractual en la jurisprudencia arbitral*, Tomo VI (2014), I.

CAPRILE, Bruno, *El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos*, ahora, en FIGUEROA, Gonzalo - BARROS, Enrique - TAPIA, Mauricio (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2011).

CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo, *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (1° edición, Santiago, Legal Publishing Chile, 2018)

CHANNING, James y QUIÑONES, Augusta. 2019. *Sobre la terminación anticipada por conveniencia y la buena fe, en El Mercurio Legal* [visible en internet: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/07/26/sobre-la-terminacion-anticipada-por-conveniencia-y-la-buena-fe.aspx>]. (fecha de consulta 14 de agosto de 2019).

CONTARDO, Juan Ignacio, *La resolución por anticipación o por incumplimiento previsible. Intento de construcción a partir de los artículos 1826 del Código Civil y 157 del Código de Comercio*, ahora, en DOMÍNGUEZ, Carmen - GONZÁLEZ, Joel - BARRIENTOS, Marcelo - GOLDENBERG, Juan Luis (Coordinadores) *Estudios de Derecho Civil VIII* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2013).

CONTARDO, Juan Ignacio, *Por un sistema de medidas anticipatorias frente al incumplimiento contractual*, ahora, en TURNER, Susan - VARAS, Juan Andrés (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IX* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014).

DE LA MAZA, Iñigo y Vidal, Álvaro, *Cuestiones de Derecho de contratos. Formación, incumplimientos y remedios. Doctrina y jurisprudencia* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2018).

DOMÍNGUEZ, Carmen, *Aspectos de la integración del contrato*, ahora, en FIGUEROA, Gonzalo - BARROS, Enrique - TAPIA, Mauricio (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2011).

DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte General* (3° edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2010).

EYZAGUIRRE, Cristóbal y RODRÍGUEZ, Javier, *Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 21 (2013)

FIGUEROA, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil. Tomo III* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

GREENE, Mark y TRIESCHMANN, James, *Risk & Insurance* (7° edición, Cincinnati, South-Western Publishing Co., 1988).

HALLAND, Hårvard, LOKANC, Martin, NAIR, Arvind y PADMANABHAN, Sridar, *El sector de las industrias extractivas. Aspectos esenciales para economistas, profesionales de las finanzas públicas y responsables de políticas* (Washington DC, Banco Mundial, 2016).

KLEIN, Michelle, *El desistimiento unilateral del contrato* (Madrid, Editorial Civitas, 1997).

KUNCAR, Andrés, *Cláusulas convencionales de resolución del contrato*, ahora, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil V* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2010).

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (5° edición, Santiago, Legal Publishing, 2010).

LYON, Alberto, *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos* (Santiago, Ediciones UC, 2017).

MEJÍAS, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Santiago, Legal Publishing, 2011).

MEJÍAS, Claudia. 2016. *Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución*, en *Revista Ius Et Praxis*, 22 (2016) 1 [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v22n1/art09.pdf>]. (fecha de consulta: 22 octubre de 2019).

MESSINEO, Francesco, *Dottrina generale del contratto* (Milán, Dott. A. Giuffré-Editore, 1948).

MOLINA, Ranfer. 2006. *La terminación unilateral del contrato ad nutum*, *Revista de Derecho Privado*, 10 (2006) [visible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/586/553>]. (fecha de consulta: 23 agosto 2019).

OVIEDO-ALBÁN, Jorge. 2019. *La cláusula de terminación unilateral del contrato*, en *Vniversitas*, 138 (2019) [visible en internet: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/26158>]. (fecha de consulta: 23 de agosto de 2019).

PIZARRO, Carlos, *Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos y tan cerca*, ahora, en DOMÍNGUEZ, Carmen - GONZÁLEZ, Joel - BARRIENTOS, Marcelo - GOLDENBERG, Juan Luis (Coordinadores) *Estudios de Derecho Civil VIII* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2012).

PIZARRO, Carlos, *Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento contractual*, en: Elorriaga, Fabián (Coordinador) *Estudios de Derecho Civil VII* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2012).

PIZARRO, Carlos, *Las cláusulas de salida en los contratos. Una técnica que permite escapar, pero sin incumplir*, ahora, en BAHAMONDES, Claudia - ETCHEBERRY, Leonor - PIZARRO, Carlos (Ed.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2018) PIZARRO, Carlos y PETIT, Jean, *Normas de Equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión. Artículo 16 A)*, ahora, en PIZARRO, Carlos - DE LA MAZA, Iñigo (Directores) y BARRIENTOS, Francisca

(Coordinadora) *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters, 2013).

SCHOPF, Adrián. *La buena fe contractual como norma jurídica*, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* 31 (2018).

SEVERIN, 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*, en *Revista Ius et Praxis*, 24 (2018) [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00303.pdf>]. (fecha de consulta: 23 agosto 2019).

SEVERIN, Gonzalo, *Terminación de contrato de servicio en virtud de una cláusula ad nutum*. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 22 de mayo de 2019 “Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A.” (Rol 38.506-2017), ahora, en CÁRDENAS, Hugo (Editor), *Jurisprudencia Crítica. Comentarios de fallos 2018-2019* (1° edición, Santiago, Editorial Rubicón, 2020).

SILVA PRADO, José Pedro (2016): 29 de noviembre de 2016 (Demanda de declaración de término unilateral y anticipado de contrato e incumplimiento de la obligación contractual de pagar la indemnización de perjuicios prevista por dicho término), en: *Sentencias arbitrales. Evolución contractual en la jurisprudencia arbitral*, Tomo VII (2017), II.

STEINBERG, Howard, *Understanding EPC Contracts. Volume 1: The Project Sponsor's Perspective* (Nueva York, Routledge, 2017).

STEINBERG, Howard, *Understanding EPC Contracts. Volume 2: Annotated Sample Contract Forms* (Nueva York, Routledge, 2017).

VIAL, Víctor, *Teoría general del acto jurídico* (5° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

VIDAL, Álvaro. 2019. *La cláusula resolutoria como manifestación de la facultad de resolver el contrato. Problemas en torno a su eficacia en el Código Civil Chileno*, en *Vniversitas*, 138 (2019) [visible en internet: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/26164/22523>]. (fecha de consulta: 23 de agosto de 2019).

VIDAL, Álvaro. 2009. *La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXII (2009) [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n32/a06.pdf>]. (fecha de consulta: 5 de octubre de 2019).

WALKER, Nathalie. 2019. *Cláusulas de desistimiento sin expresión de causa y buena fe*, en: Seminario de jurisprudencia “Corte limita las cláusulas de terminación sin expresión de causa”, facultad de Derecho Universidad de Chile, 3 de julio de 2019.

WALKER, Nathalie. 2019. *Legitimidad de las cláusulas de desistimiento sin expresión de causa*, en *El Mercurio Legal* [visible en internet: www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/08/27/legitimidad-de-las-clausulas-de-desistimiento-sin-expresion-de-causa.aspx]. (fecha de consulta 28 de agosto de 2019).

JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, *Ávila Vargas, Carla con Ortiz Aravena, Elsa* (2016): 12 de enero de 2016 (Recurso de apelación), disponible en página del poder judicial.

CORTE SUPREMA, *Badilla Verdugo, Cristina y Otro / Muñoz Pino, Luis Evanyelo* (2018): 6 de agosto de 2018 (recurso de casación en el fondo), disponible en página del poder judicial.

CORTE SUPREMA, *Empresa Constructora Chillan Viejo Limitada Con Universidad Del Bio Bio* (2002): 29 de enero de 2002 (recurso de casación en el fondo), disponible en página de Vlex.

CORTE SUPREMA, *I. Municipalidad de Puerto Montt / Constructora Isla del Rey Ltda.* (2016): 7 de noviembre de 2016 (recurso de casación en el fondo), disponible en página del poder judicial.

CORTE SUPREMA, *Ingeniería y Movimientos de Tierras Tranex Ltda. con Anglo American Sur S. A.* (2019): 22 de mayo de 2019 (recurso de casación en la forma y en el fondo), disponible en página del poder judicial.

CORTE SUPREMA, *Moreno Loyola Wilibaldo con Banco Santander* (2015): 26 de agosto de 2015 (recurso de casación en el fondo), disponible en página del poder judicial.

CORTE SUPREMA, *Servigen Ltda. con Corrupac S.A.* (2011): 10 de noviembre de 2011 (recurso de casación en el fondo), disponible en página del poder judicial.

CORTE SUPREMA, *Werner Campos Roxana Evelyn con Moya Mancilla Jorge Aníbal (O)* (2018): 7 de febrero de 2018 (recurso de casación en la forma y en el fondo), disponible en página del poder judicial.