

ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, EN EL *COMMON LAW*

SOME OBSERVATIONS ON THE RIGHT OF OPTION OF CREDITOR TO THE BREACH IN THE COMMON LAW

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad Gabriela Mistral (Chile)

Recibido: 12.12.2015 / Aceptado: 23.12.2015

Resumen: La presente investigación tiene por finalidad analizar el llamado derecho de opción del acreedor, ante el incumplimiento contractual, a la luz de la doctrina y jurisprudencia anglosajona. Particularmente, interesa establecer el o los nexos entre éste y el Derecho europeo continental de las obligaciones, toda vez que, dichas instituciones y principios podrían dar luz acerca de las nuevas orientaciones que debiese tener el nuevo Derecho europeo de las obligaciones.

Palabras clave: derecho de opción, resolución, obligación, derechos del acreedor, incumplimiento contractual, derecho de remedios, *common law*.

Abstract: This research aims to analyze the so-called right of option of the creditor, before the breach of contract, in the light of the doctrine and Anglo-Saxon jurisprudence. Particularly interested in establishing or links between it and the continental European law of obligations, since, these institutions and principles could shed light on new guidance which is expected to have the new European law of obligations.

Keywords: right option, resolution, obligation, creditor's claim, breach of contract, law remedies, common law.

Summary: I. Introducción. II. Clases de remedios en el Derecho anglosajón. III. Fundamento del derecho de opción en el sistema anglosajón. IV. Caracteres del derecho de opción en el sistema anglosajón. V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

1. En el sistema anglosajón, la evolución del derecho de opción ha sido similar al Derecho continental.¹ Se distingue entre *condition precedent*, *concurrent condition* e *independent promises*. Ahora bien, cuando se estipula, sea explícita o implícitamente, que el cumplimiento de la obligación de una de

* Esta investigación forma parte mi tesis doctoral, defendida el 18 de septiembre de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y calificada sobresaliente *cum laude*.

¹ Para obtener una visión general del sistema del *common law*, *vid.*: P. D'AMICO, *Common law*, Torino, G. Giappichelli Editore-Torino, 2005, pp. 13 y ss.

las partes sea anterior al cumplimiento de la contraparte, se dice que el cumplimiento de la obligación del primer contratante, es una *condition precedent* de la obligación del segundo y, por ello, la prestación del segundo contratante constituye una *condition subsequent* del cumplimiento del primero. Por último, cuando los contratantes deben cumplir simultáneamente sus obligaciones, se habla que el cumplimiento de cada contratante es *concurrent condition* del cumplimiento de la contraparte.²

2. Al igual que en el Derecho europeo continental, la ambigüedad de la doctrina, en cuanto a la terminología que tipifica a esta institución, también se presenta en el sistema anglosajón. Así, se ha dicho que la extinción de la relación obligatoria se denomina “*rescission*”, cuando ésta tiene su fundamento en el incumplimiento del deudor. Pero también se emplea la expresión “*discharge by breach*” (dispensa por incumplimiento) para hacer alusión a nuestra “facultad resolutoria tácita”.³ El motivo del cambio de nomenclatura, obedece a lo siguiente: se pretende no confundirla con la “*rescission*” por “*misrepresentation*” y otros vicios del consentimiento, toda vez que en este supuesto, la *rescission* significa la inexistencia del negocio jurídico y, el incumplimiento, en cambio, supone la existencia de una relación jurídica. Además, se debe indicar que en el caso de la “*rescission*” por “*misrepresentation*”, la parte afectada no está legitimada para reclamar una indemnización por daños y perjuicios (“*claim damages*”), la que constituye el principal “*remedy*” en caso de incumplimiento contractual.⁴

3. Cabe indicar, a modo de introducción, que, en el sistema anglosajón, la noción de remedios (*remedies*),⁵ se conceptualiza como el conjunto de medios mediante los cuales se realiza un derecho personal, o bien, se intenta evitar, compensar o reparar su infracción. Es decir, el derecho de remedios busca cualquiera de las dos siguientes alternativas: (a) ejecutar un crédito; (b) evitar la lesión de un derecho o interés y, cuando ésta se produjo, indemnizar al contratante inocente por dicha violación. Así, los remedios contractuales, se llevan a cabo mediante la concesión de acciones o facultades, concedidos por el legislador o la convención, cuyo ejercicio depende del contratante que debe soportar la infracción o gravamen.

II. Clases de remedios en el Derecho anglosajón

4. En el Derecho anglosajón se distinguen dos clases de *remedies*: (i) Los *equity remedies* o *relief* y (ii) Los *legal remedies*.⁶ En el primer caso, se trata de la justicia aplicada, conforme a las circunstancias particulares del caso concreto; en cambio, en el segundo caso, el tribunal no sólo recurre a la equidad con el fin de interpretar las cláusulas contractuales. Con todo, desde el ángulo procesal,

² Cfr.: M. E. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 34. En este mismo sentido, SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA señala que: “Estas cuatro formas de resolución tienen efectos retroactivos solamente entre las partes, salvo pacto en contrario. Sin embargo, en los contratos de ejecución continuada o periódica quedan a salvo las prestaciones ya realizadas por lo que se considera que se reduce propiamente a una disolución del contrato más que a una resolución”. J. R. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1979, p. 29.

³ En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO señala que: “Los juristas ingleses emplean desde hace décadas diversos términos para referirse al remedio resolutorio (*rescission*, *discharge by breach*, *termination for breach*, *avoidance*), y el que tradicionalmente ha tenido un empleo más consolidado, *rescission*, resulta polisémico”. Cfr.: B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Málaga, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S. A., 2013, p. 131.

⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 47-48.

⁵ Con relación a la noción de “*remedies*” en el Derecho anglosajón, TILBURY, señala lo siguiente: “*Because «remedy» is peculiarly susceptible of a variety of meanings in law, it is necessary to state at the outset how I propose to use it. For the purposes of this chapter, «remedy» is the legal response to events that constitute a wrong or to events that, while not constituting a wrong, still give rise to legal liability. If we adopted Birksian terminology, we would put this shortly as: a remedy is the legal response to a wrong or a not-wrong. This understanding of remedy cuts across the Austinian division of rights into primary and secondary*”. M. TILBURY, “Remedies and the classification of obligations”, en Andrew Robertson (edit.), *The law of obligations*, London, Editorial UCL Press, 2004, pp. 14-15. Cfr.: S. WHITTAKER, “The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures”, en Pozzo, Bárbara y Jacometti, Valentina (edits.), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law Internacional, 2006, p. 49.

⁶ G. SAMUEL y J. RINKES, *Law of obligations and legal remedies*, London, Cavendish Publishing Limited, 1996, pp. 109 y ss.

esta distinción carece de relevancia, pues, existe una sola clase de acción: la *civil action*.⁷ En estos casos, se habla de *dependent obligations*, en el sentido que el cumplimiento de una o ambas partes, depende de un hecho futuro e incierto (*contingency*), que consiste en el cumplimiento precedente o simultáneo de la contraria.⁸ La doctrina inglesa, en general, ha señalado –siguiendo a John AUSTIN– que el remedio (derecho secundario, por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios), no es sino la respuesta a un derecho anterior o primario (incumplimiento de la obligación). Así, *v. gr.*, la pretensión indemnizatoria del actor (derecho secundario), surge del incumplimiento de la obligación (derecho primario).

5. Dentro de los actuales remedios que ofrece el Derecho, se pueden citar: los recursos monetarios de la indemnización de daños y perjuicios, la liquidación de beneficios, los daños de restitución y la compensación equitativa.⁹ Por otra parte, la doctrina agrega que en el sistema anglosajón, las obligaciones pueden ser independientes, de tal forma que cada contratante puede obligar al otro a cumplir con su deber, aun cuando él no haya cumplido. Esta nomenclatura tiene su origen en el Derecho procesal inglés del s. XIX, particularmente con la *actio de covenant*, por medio de la cual el actor únicamente podía demandar el cumplimiento de la promesa formal (*under seal*), por parte del demandado. El juez debía establecer previamente, si la promesa del actor era o no dependiente de la promesa del demandado.¹⁰ En el s. XVI se presumía la independencia de las promesas, salvo cuando los contratantes hubieran estipulado que el cumplimiento de una de ellas dependía del cumplimiento de la contraparte. Igual solución se aplicaba a la ejecución de los contratos no formales (*not under seal*), mediante el ejercicio de la acción de *assumpsit*, (durante el s. XVII). Posteriormente, en el s. XVIII, se llegó a la conclusión que la anterior solución, podía contrariar al principio de justicia, porque si las promesas eran consideradas independientes, el demandado estaba obligado a cumplir su deber aun cuando la contraparte no cumpliera o no pudiese cumplir con su obligación; si, por el contrario, las promesas eran consideradas dependientes, el demandante debía cumplir con su deber, para exigir que el demandado a su vez cumpliera la suya, lo que significaba un riesgo para aquél. Por ello, la jurisprudencia consideró que ambas prestaciones debían cumplirse mutua y simultáneamente, acogiendo la solución postulada por LORD MANSFIELD, quien hablaba de *concurrent covenants* o *mutual conditions*, estableciendo que para que prospere la acción, basta con que el actor acredite que está dispuesto a cumplir su obligación (*ready and willing to perform*). A partir de este momento, se estableció que el incumplimiento de la obligación de una de las partes, exoneraba del cumplimiento a la contraria.¹¹ Más adelante, se estableció que si las promesas eran independientes, el cumplimiento de una de las promesas, no liberaba al otro contratante de cumplir con la suya; mas, si eran dependientes, entonces el actor debía probar el cumplimiento, careciendo de sentido la dispensa (*discharge*).¹² De lo anterior, se puede concluir que existen las siguientes hipótesis: (i) En el caso que el cumplimiento de una de las partes sea una *condition precedent* del cumplimiento de la otra parte, esta última puede rechazar el cumplimiento de su deber. Cuando se reúnan los presupuestos necesarios para resolver la relación jurídica, podrá solicitar la resolución cuando no hubiere cumplido con su obligación; en cambio, cuando el contratante debe cumplir previamente con su deber, sólo podrá pedir la resolución cuando haya cumplido. (ii) Cuando el cumplimiento de las obligaciones constituye una *concurrent condition* del cumplimiento de la contraria, mientras uno de los contratantes no cumpla con su deber, el otro contratante puede negarse a su vez a cumplir o bien pedir la resolución de la obligación, cuando la contraria no esté llana a cumplir (*ready and willing to perform*). (iii) Por último, en caso de que las promesas sean independientes, cuando una de las partes incumple con su obligación, la otra parte no está autorizada para solicitar la resolución como

⁷ Cfr.: C. PIZARRO WILSON y Á. Vidal Olivares, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 340.

⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 35.

⁹ Cfr.: TILBURY (2004), p. 15.

¹⁰ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 35–36.

¹¹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 36–37.

¹² Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 37–38.

discharge.¹³ Ahora bien, determinar cuando estamos frente a una de estas tres hipótesis, constituye una cuestión de interpretación, para lo cual, el juez debe tener presente una presunción: las obligaciones se presumen dependientes y *concurrent conditions*.¹⁴

III. Fundamento del derecho de opción en el sistema anglosajón

6. Con relación al fundamento del derecho de opción en el Derecho anglosajón, se ha postulado una teoría similar a la teoría de la condición resolutoria tácita, denominada teoría de la *failure of condition*. Para esta doctrina, una de las partes está dispensada (*discharged*) del cumplimiento, mientras la contraparte a su vez no ha cumplido su promesa, de tal manera que el negocio no le obliga a cumplir su deber, sino cuando se verifique una condición: que la otra parte haya cumplido con la suya. Esta teoría distingue entre las *dependent* y las *independent promises*, las primeras equivalen a las *conditions precedent* o *concurrent conditions*. En caso que el cumplimiento de la obligación constituya una *condition precedent* del cumplimiento de la contraria, ésta no se encuentra obligada a cumplir mientras la otra parte no haya cumplido con su obligación y, en caso de que una de las partes no esté llano a cumplir o bien, se incapacite para hacerlo, la contraria puede solicitar la resolución de la obligación. En caso de que las obligaciones sean independientes, no se faculta al contratante cumplidor para pedir la resolución de la obligación. En definitiva, para esta doctrina, uno de los contratantes está autorizado a resolver la obligación, cuando su cumplimiento está condicionado al cumplimiento del otro contratante, sea por voluntad explícita o implícita de las partes.¹⁵ En el Derecho inglés, esta condición, a diferencia del Derecho continental, es suspensiva, por cuanto, si estamos frente a prestaciones *concurrent conditions*, cada uno de los contratantes no está obligado a cumplir con su deber, mientras el otro contratante no haya cumplido a su vez con el suyo.¹⁶ La doctrina del *failure of condition*, se apoya en la noción de *consideration*.¹⁷ En este sentido, la doctrina ha señalado que, en el sistema anglosajón, existen dos grandes cuerpos normativos: por una parte, el Derecho escrito (*statutory law*)¹⁸ y el Derecho no escrito (*common law*).¹⁹ En el Derecho anglosajón (principalmente en Reino Unido y USA), la noción de contrato presenta una reducida zona de analogía con la noción de contrato en el Derecho continental: en ambos, el contrato es fuente creadora de derechos y obligaciones.²⁰ A diferencia del *Code*, en que se clasifican a los contratos en sinalagmáticos o bilaterales y contratos unilaterales, conforme a si se obligan ambas partes o sólo una

¹³ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 38.

¹⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 8.

¹⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 56–57.

¹⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 58.

¹⁷ En este sentido, DELL'AQUILA señala que: “[...] es preciso, según el Derecho inglés, que cada parte realice o se obligue a realizar una prestación o, cuando menos, renuncie a algún derecho de naturaleza patrimonial «en consideración» a que, a cambio, el otro contratante ejecute, o se comprometa a ejecutar, una contraprestación, o renuncie, al menos, a un derecho del que es titular”. E. DELL'AQUILA, *El contrato en Derecho inglés (Aspectos de Derecho comparado)*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., T. I, Elementos del contrato y vicios de la voluntad, Prólogo del Prof. Dr. Juan Ramón Medina Cepero, 2001, p. 72.

¹⁸ Al respecto, *vid.*: A. WATSON, *The evolution of western private law*, Maryland, The Johns Hopkins University Press, expanded edition, 2001, pp. 1 y ss.

¹⁹ En este sentido, la expresión “*common law*” significa “[...] derecho consuetudinario, derecho común inglés. *English lawyers use the term «civil law» to refer to legal systems base don roman law, and «common law» for the english system*; los tratadistas suelen distinguir entre sistemas jurídicos de *common law* y sistemas de derecho continental, sin traducir el término inglés; el derecho consuetudinario –*common law*– y la equidad –*equity*– son las fuentes más idiosincráticas del derecho inglés y angloamericano; el término *common law* se entiende, al menos, en dos sentidos: (a) las resoluciones judiciales contenidas en las sentencias recogidas en los repertorios de jurisprudencia –*law reports*–; en este sentido equivale a *case law* –derecho jurisprudencial, precedentes, jurisprudencia–, que es el derecho elaborado por los jueces –*judge made law*–; (b) las fuentes históricas del derecho inglés [...]”. E. ALCARAZ VARÓ y B. HUGHES, *Diccionario de términos jurídicos*, Barcelona, Editorial Ariel, Prólogo de Ramón Martín Mateo, 10.ª edición actualizada, 2007, p. 146.

²⁰ Cfr.: F. GALGANO y P. G. MONARETI, *Causalidad y abstracción del contrato: la contraposición entre los modelos francés y alemán*, *Atlas de Derecho Privado*, trad. Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 175–176; J. M. RIVERA RESTREPO, *La causa en el Derecho chileno*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2012, pp. 135 y ss.

de ellas;²¹ en el Derecho anglosajón la expresión *contract* únicamente hace alusión a aquellos negocios que, en el *civil law* se identifican con los contratos sinalagmáticos o recíprocos, resultando ser la *consideration*²² (el intercambio de bienes y servicios),²³ un elemento esencial del mismo,²⁴ de tal manera que, el negocio que no tiene *consideration*,²⁵ no es un *contract*.²⁶ Dentro de estos últimos se encuentra el *deed* o *act under seal*, que equivale a un acto formal (requiere escritura, firma del disponente, la presencia de un testigo de actuación, la aposición del sello del disponente, que en la actualidad se ha sustituido por la expresión “*as a deed*” y la entrega del escrito al beneficiario), que es obligatorio, aun careciendo de *consideration*.²⁷ En este sentido, de acuerdo con BLACKSTONE, para que un contrato sea obligatorio, no sólo es necesario el acuerdo de voluntades (*agreement*), sino que además, éste debe perfeccionarse sustentado por una *consideration* suficiente (*upon sufficient consideration*).²⁸ Únicamente cuando el negocio presenta *consideration* es eficaz.²⁹

²¹ En este sentido, expresa CLEMENTE MEORO lo siguiente: “[En el sistema anglosajón] no se considera que sean unilaterales estos contratos en que sólo existen obligaciones para una de las partes porque la otra ya ha llevado a cabo todos los actos necesarios para dar lugar a la obligación de aquélla; esto es, no se tienen por unilaterales los contratos reales. El *common law* considera contrato unilateral la promesa pública de recompensa, sobre la base de que en él una parte hace una promesa que sólo resulta exigible cuando la otra lleva a cabo lo estipulado, aunque sin estar obligado a hacerlo. Un contrato unilateral es, por tanto, el que no da lugar al inmediato nacimiento de ninguna obligación para ninguna de las partes, salvo la de abstenerse de incapacitarse para cumplir su obligación en el futuro. Sin embargo, el contrato de préstamo con interés se tiene por bilateral, en la medida en que desde su nacimiento existe obligación, aunque sea sólo para una de las partes. Desde esta perspectiva, nada impide que el prestamista pueda resolver el contrato de préstamo por incumplimiento del prestatario”. CLEMENTE MEORO (1998), p. 101.

²² En este sentido, la doctrina ha dicho que, la *consideration* es “[...] el precio que el promisorio paga por la obligación asumida por el promitente (precio en el sentido de contraprestación) y en los códigos latinos de corrientes causalistas, se identifica la causa de los contratos onerosos, con la contraprestación a cambio de la promesa”. RIVERA RESTREPO (2012), p. 139. Por su parte, YOUNG señala que: “*Consideration is some detriment to the promise (in that the promise parts with something of value) OR some benefit to the promisor (in that the promisor receives value)*”. M. YOUNG, *Understanding contract law*, London, Routledge–Cavendish, 2010, p. 42. Al respecto, *vid.* también: J. COOKE y D. OUGHTON, *Common law of obligations*, London, Butterworth & Co. Publishers, second edition, 1993, pp. 34 y ss.

²³ Con relación a esta cuestión, CLARKE señala lo siguiente: “*Consideration must be of economic value. What this principle basically means is that there must be some physical value, rather than just of emotional or sentimental value*”. P. CLARKE, *Contract law*, Brighton, Straightforward Publishing, 2010, p. 43. *Vid.* también: P. S. ATIYAH, *The law of contract*, Oxford, Clarendon Press, fourth edition, 1989, pp. 128 y ss.

²⁴ Sobre este punto, YOUNG postula lo siguiente: “*Bainbridge, at the request of Firmstone, allowed Firmstone to weigh two of his boilers. Firmstone promised that he would, within a reasonable time after he had weighed the boilers, return the boilers in a perfect and complete condition. Firmstone took the boilers to pieces, weighed them and then refused to put them back together again. Bainbridge sued Firmstone for breach of his promise to return the boilers in a perfect and complete condition; Firmstone pleaded lack of consideration. Paterson J. The consideration is, that [Bainbridge], at [Firmstone’s] request consented to allow to weigh the boilers. I suppose thought he had some benefit; at any rate, there is a detriment to from his parting with the possession for even so short a time*”. YOUNG (2010), p. 42.

²⁵ En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ señala que: “En el derecho anglosajón, mediante la doctrina de la *consideration*, se pretende que los jueces sólo amparen pretensiones dignas de tutela jurídica, esto es, de cierta seriedad y, en principio, de acreditada justificación: por esto, sólo será exigible ante ellos el cumplimiento de la promesa formalmente expresada (por ejemplo, *under seal*), o si no lo es, el de la promesa a cambio de la cual se demuestre que se hizo otra promesa (*executory consideration*), o a cambio de la que se hizo una prestación (*executory consideration*), o en recompensa de pasados favores del promisorio hechos a instancia del promitente (*past consideration*). No se ampara una promesa hecha a cambio de una actividad ilícita [...]”. L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, pp. 270–271.

²⁶ En este sentido, según DELL’AQUILA: “Dentro del «*simple contract*» cabe distinguir la modalidad contractual llamada «*bilateral contract*» de la que se denomina «*unilateral contract*». No se trata de dos tipos contractuales, pues, si así fuera, esto contradiría lo que dijimos acerca de la general atipicidad contractual en Derecho inglés y la correspondiente básica falta de contratos con regulación propia. Como vamos a ver a continuación, en realidad son solamente dos maneras diferentes de formación del acuerdo (o «*agreement*») entre las partes, de modo que esta distinción no atañe al tipo de operación económica que se quiere realizar”. DELL’AQUILA (2001), p. 36.

²⁷ *Cfr.*: GALGANO y MONARETI (2000), p. 129.

²⁸ Sobre este punto, *vid.*: G. ALPA y M. BESSONE (Edits), *Causa y consideration*, Padiva, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, pp. 3 y ss.

²⁹ *Cfr.*: GALGANO y MONARETI (2000), p. 181; N. GOROSTIAGA, *La causa en las obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Ideas, 1944, p. 617.

7. En el Derecho anglosajón, la *consideration*³⁰ equivale a una conducta, (la ejecución de un hecho o la entrega de una cosa) o una contrapromesa. La *consideration* supone la existencia de una reciprocidad o interrelación de las prestaciones.³¹ En USA, a diferencia del Derecho inglés, el beneficiario de la prestación puede ser un tercero, pero el promisorio no debe ser el que recibe el perjuicio o realiza la actuación.³² Aun cuando, en honor a la verdad, se debe indicar que los juristas norteamericanos se muestran reacios en torno a este elemento,³³ toda vez que, el móvil de los autores estadounidenses,³⁴ está orientado por su hostilidad a elucubraciones abstractas y su fascinación por cuestiones económicas.³⁵ En general, la doctrina plantea que, en el Derecho inglés se distingue dos clases de promesas: (i) las promesas formales (*formal, unde seal*) y (ii) las promesas no formales o simples (*not under seal, simple*). En las promesas formales, el cumplimiento de la formalidad le otorga obligatoriedad y carácter jurídico; en las segundas, además del acuerdo de voluntades, se necesita de una *consideration*. Este elemento debe consistir en algo de valor para el Derecho (*something of value in the eye of law*), incluso se ha sentenciado que un gramo de pimienta puede constituir *consideration* (WHITNEY v STEAMS, 1839).³⁶ La *consideration* no requiere ser equivalente a lo prometido por la contraparte, para dar nacimiento a la relación jurídica, basta con que sea real, es decir, que sea física y moralmente posible, concreta, determinada y legal, esto es, conforme a la ley, a la moral y al interés público (*public policy*).³⁷ Se exige que exista una relación de causa a efecto entre la promesa y la *consideration*, así, si la promesa es gratuita no resulta obligatoria, salvo que se trate de un *deed*, que haya cumplido las formalidades vistas. En definitiva, las promesas unilaterales carentes de *consideration*, no resultan exigibles (*not under seal*), por ello, las nociones de onerosidad y bilateralidad se identifican en el Derecho anglosajón.³⁸ Ahora bien, en el caso de que una parte no cumpla, voluntaria o forzosamente con su *consideration*, ofrecida por la promesa de la contraparte, entonces tal promesa se degenera en una promesa otorgada sin *consideration*, y el negocio pasa a ser *nudum pactum*, de manera que el promitente puede negarse a cumplirla. Así, cuando en virtud de un contrato de compraventa, el vendedor se encuentra obligado a entregar una cosa, y el comprador a pagarla en dinero, si la primera no se produce, entonces ha fallado la consideración que justificaba la promesa del comprador, y éste puede solicitar la resolución de la obligación. En definitiva, la falta de *consideration*, puede suponer cualquiera de las siguientes sanciones: (i) La inexigibilidad de la obligación, cuando la falta de *consideration* se produce en la etapa de celebración del contrato; (ii) La

³⁰ En el Reino Unido, COLLINS expresa, con relación al concepto de *consideration*, lo siguiente: “Due to its remarkable degree of abstraction, the doctrine of consideration does not tie legal enforceability to particular kinds of transactions or subject matter. In principle, it seems possible to satisfy the doctrine with any kinds of promises and acts, such as promises to keep quiet, to stop pestering someone, or to give some token which has negligible market value. The doctrine of consideration serves as a general test of legal enforceability because any human action or forbearance, from complex commercial deals to trivial consumer purchases, potentially satisfies the test. This degree of abstraction turns out to be the weakness of the doctrine, for it cannot cope with the subtleties of context which the distinction between the public and private spheres of conduct must examine”. H. COLLINS, *The law of contract*, London, LexisNexis UK, fourth edition, 2003, p. 59.

³¹ A propósito de la *consideration* en el Derecho quebequense, TANCELIN señala que: “La Loi de protection de 1971 7art. 1, par. s) confirmait l’emprise de la common law sur le droit québécois en employant le terme considération comme synonyme de prix, c’est-à-dire dans le sens de contrepartie en valeur. il est remarquable que la loi de 1978 ne définit plus le terme considération, qui se trouve implicitement défini par renvoi au droit commun”. M. TANCELIN, *Des obligations. Contrat et responsabilité*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Itée, 4^e édition, 2^e tirage, 1988, p. 105.

³² Cfr.: CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), pp. 279 y 280.

³³ En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ señala que: “No obstante, la *consideration*, como técnica jurídica, padece en EEUU una indudable crisis: a pesar de la creciente pérdida de relevancia del formalismo, a pesar de que lo jueces norteamericanos la invocan frecuentemente, los juristas teóricos, algo fatigados ante las dificultades de su construcción y formulación, tienden a insinuar la conveniencia de su abandono, encaminando la solución de los problemas que ella ha contribuido a solucionar hasta ahora a través de otras técnicas”. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), p. 284.

³⁴ Lo mismo ocurre en el Derecho inglés. En este sentido, MALAURIE y AYNÈS señalan que: “La résolution d’un contrat pour cause d’inexécution est, sous des noms divers, une institution aujourd’hui universelle. Mais ses modalités variant de pays à pays. Notamment, la common law d’Angleterre (termination for breach) et le droit allemand, particulièrement sensibles aux intérêts du commerce, conçoivent autrement que nous le rôle du juge en la matière”. P. MALAURIE y L. AYNÈS, *Cours de Droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 11^e édition 2001/2002, T. VI, Obligations, vol. II, Contrats et quasi-contrats, 2001, p. 281.

³⁵ Cfr.: CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), p. 288.

³⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 71.

³⁷ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 71-72.

³⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 72.

resolución de la obligación, en el caso de que justifique la prestación de la contraparte y ésta no llega a verificarse y (iii) La restitución de la cosa dada, cuando no se ha recibido la contraprestación (se habla de *total failure of consideration*) por medio de los llamados *restitutory remedies* (*money had and received* y *quantum meruit*).³⁹

IV. Caracteres del derecho de opción en el sistema anglosajón

8. En definitiva, podemos indicar que el derecho de opción, en el sistema anglosajón, presenta las siguientes particularidades:

9. (a) En cuanto a la resolución, ésta constituye una facultad para el contratante cumplidor, toda vez que, cuando el deudor incumple su obligación (*breach*) o no ha ejecutado la prestación (*failure of performance*), el contratante cumplidor puede *rescind* o *discharge* el negocio. En definitiva, la resolución no se produce *ipso iure*, sino que depende de la voluntad del afectado, quien puede solicitarla o bien, ejercer las acciones que el *common law* y la *equity* le otorgan (*damages, specific performance*),⁴⁰ para así obtener el cumplimiento íntegro de la prestación debida.⁴¹

10. (b) La “*rescission*” o “*discharge*” no requiere de un procedimiento judicial, excepto cuando se trate de repetir lo que se hubiera dado o pagado precedentemente o la contraparte se resista a la resolución, caso en el cual debe intervenir el tribunal. En este sentido, la doctrina ha planteado que la resolución opera de manera extrajudicial y sin necesidad de cumplir con ninguna clase de formalidad.⁴²

11. (c) El *onus probandi* recae sobre el contratante incumplidor, de tal manera que éste debe proceder a acreditar los elementos o presupuestos de la acción resolutoria, los que deben existir al tiempo en que el contratante cumplidor realiza la elección.

12. (d) La comunicación del contratante cumplidor, en virtud de la cual le notifica al incumplidor su voluntad de optar por la *rescind* o *affirm*, se puede realizar de forma explícita (oral o por escrito) o implícitamente, cuando ésta se deduzca inequívocamente de ciertos actos o formas de obrar.

13. (e) Un obstáculo al derecho de opción puede surgir con la llamada exclusión o *exemption clauses*, que consiste en una cláusula cuyo objetivo es impedir o limitar el ejercicio del derecho de opción, sustituyéndolo por otros remedios o bien, éste puede verse afectado por el Derecho estatutario, v. gr., en materia de contrato de arrendamiento de inmuebles, que se encuentra regulado por la *Law of Property Act* de 1925.⁴³

14. (f) La resolución, una vez declarada, produce sus efectos desde el momento en que el contratante cumplidor optó por ella,⁴⁴ y se extienden únicamente para el futuro, es decir, a diferencia del modelo francés, la resolución no constituye una causal de ineficacia del contrato, ni supone la restitución de las cosas dadas en virtud de ese contrato. Para comprender estos efectos, los autores ingleses distinguen entre obligaciones vencidas y no vencidas y además, si se tratan de obligaciones del contratante incum-

³⁹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 73–74.

⁴⁰ En este sentido, expresa CLAVERÍA GOSÁLBEZ, lo siguiente: “La *performance* puede consistir, como se dice en el núm. 3, no sólo en un acto o comportamiento, sino también en una *forbearance*, y en la creación, modificación o destrucción de una relación jurídica”. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998), p. 280. Vid. también: D. B. DOBBS, *Law of remedies. Damages–equity–restitution*, Eagan, Minnesota, Wets Publishing Co., second edition, 1993, pp. 1 y ss.; J. EDELMAN, “The meaning of «damages»: common law and equity”, en Andrew Robertson (edit.) *The law of obligations*, London, Editorial UCL Press, 2004, pp. 31 y ss.

⁴¹ Cfr.: C. PIZARRO WILSON, “Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno”, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2006, Disponible en www.fundacionfueyo.udp.cl, pp. 2–3.

⁴² Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO (2013), p. 132.

⁴³ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 133–137.

⁴⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 146.

plidor o del cumplidor. La resolución no afecta al contrato en sí mismo, sino que afecta a las prestaciones emanadas de éste. En general, las prestaciones vencidas se transforman en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.⁴⁵

15. (g) Para determinar si el cumplimiento del contratante que solicita la resolución, constituye o no un requisito de la acción resolutoria, hay que atender a si, en el momento de la opción, el actor estaba o no obligado a cumplir con su deber, constituyendo la regla general que el incumplimiento del acreedor, no obsta a que éste pueda pedir la resolución de la relación jurídica, cuando no estaba obligado a cumplir con su prestación, de tal forma que, en este caso, el incumplimiento de la contraparte, dispensa o libera (*discharges*) al contratante de ejecutar su propia prestación.⁴⁶ Para el caso en que el acreedor vea retrasada la obtención de la resolución de la obligación (por renuncia o *waiver*, exclusión o *estoppel* o por retraso de la acción, conforme a las circunstancias), el sistema anglosajón contempla algunas facultades a favor del contratante diligente.⁴⁷ (i) En el caso de renuncia (*waiver*) o cuando el acreedor opta por exigir el cumplimiento forzado de la prestación (*affirm*), ésta tiene el carácter de irrevocable, no pudiendo el acreedor cambiar de opinión.⁴⁸ La renuncia debe reunir dos requisitos: (a) ser libre y espontánea, lo que supone que el acreedor tenga cabal conocimiento de los elementos fácticos que configuran el incumplimiento del deudor y de la existencia de esa facultad resolutoria. (b) La renuncia debe ser inequívoca, ya sea cuando opta por la resolución o por el cumplimiento de la prestación. Lo anterior supone la existencia de un acto inequívoco o una declaración (*an unequivocal act or statement*), en orden a solicitar el cumplimiento forzado de la deuda, abdicando a la acción resolutoria. Por lo anterior, si guarda silencio, entonces se entiende que desea solicitar el cumplimiento de la obligación, renunciando a la facultad resolutoria. Por último, se ha indicado que si el comprador recibe voluntariamente parte de los bienes que debía recibir, conociendo que son defectuosos, pero los acepta formulando protesta o reserva de sus derechos, se entiende que no renuncia a la acción resolutoria. Asimismo, en el caso de que el vendedor, después de pagar el precio respectivo, manifiesta su voluntad en orden a pedir una moratoria y también, cuando el comprador solicita una entrega completa (*full tender*), habiéndosele entregado sólo una parte de los bienes; en el caso de que el arrendador, expide una *negotiating document* dirigida al arrendatario que incumplió su obligación. Por último, también se entiende que no hay renuncia a la acción resolutoria, cuando el empleado continúa aceptando la remuneración, después que haya incumplido el empleador sus obligaciones.⁴⁹ Por el contrario, en ciertas hipótesis, la conducta del acreedor hace concluir claramente su voluntad en orden a renunciar a la acción resolutoria, *v. gr.*, cuando ejerce una acción de cumplimiento específico (*specific performance*);⁵⁰ o cuando, sabiendo del incumplimiento contractual, ejecuta un acto que supone

⁴⁵ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), pp. 133–134.

⁴⁶ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), p. 177.

⁴⁷ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 194.

⁴⁸ En este sentido, para MOSCO: “Según la opinión ampliamente difundida en Inglaterra y Alemania, para que tal manifestación pueda estimarse como presupuesto de la resolución, es preciso que el acreedor manifieste prontamente la voluntad de resolver. Por el contrario, si el acreedor insiste en reclamar el cumplimiento, o no decidiéndose ni en un sentido ni en otro, deja transcurrir un plazo que pueda considerarse suficiente para manifestar la voluntad de resolución, entonces debe entenderse que ha optado por exigir el cumplimiento y renunciado a sacar provecho del comportamiento del deudor, continuando en tal caso, produciendo el contrato todos sus efectos, por lo que en primer lugar, el deudor podrá cumplir aunque sobrevenga la caducidad, y si el acreedor quiere instar la resolución, deberá apoyarse en un posterior incumplimiento; en segundo lugar, el deudor podrá sacar ventaja de cualquier circunstancia sobrevinida que le exonere de cumplir, especialmente si se produce a consecuencia de un caso fortuito”. L. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, Nereo, notas sobre legislación española por José Salamero Cardo, Capítulo V, 1962, p. 6.

⁴⁹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 194–197.

⁵⁰ Con relación al “*specific performance*”, SAMUEL y RINKES señalan que: “*A mentality problem is also encountered when one turns from injunctions to the quite distinct –although often in substance similar– remedy of specific performance. In continental legal thought the idea that an order instructing a recalcitrant contractor specifically to perform his obligation under a contract is an exceptional (that is equitable) remedy appears odd. In European legal systems it is damages that are in theory the exceptional remedy. In truth there is much that is myth in the supposed difference. For example, most contractual claims in the English lower courts are for debt, which of course is a common law form of specific performance (cf Che 4 § 5), and on the continent compensation for non-performance of a contractual obligation is more widespread than principle might suggest. At the same time the existence of specific performance as an equitable remedy subject to its own rules and principles reveals much about English contract law (cf Ch 10). Failure to perform a contract is usually seen as a matter of breach of promise rather*

la subsistencia del negocio en cuestión.⁵¹ La renuncia a la acción resolutoria puede ser: (a) renuncia específica a la acción resolutoria, en este caso el acreedor puede deducir la acción por *damages* y la *specific performance*; (b) renuncia total (*total waiver*), en cuya virtud, el acreedor abdica de la acción resolutoria, a la acción de indemnización de daños y perjuicios y a la acción de cumplimiento específico.⁵² En el caso de que opere el *estoppel*,⁵³ es decir, cuando el acreedor con su conducta, induce al deudor a creer que ha renunciado a la acción resolutoria (ha *affirmed* el contrato). Por ello, y basándose en la apariencia de renuncia que tuvo el deudor, entonces el acreedor se verá impedido de renunciar a la acción resolutoria.⁵⁴ El *estoppel* requiere de apariencia (*representation of fact*) por parte del acreedor, la que debe ser inequívoca y generar en el deudor una razonable confianza (*reliance*)⁵⁵ y un perjuicio (*detriment*) en la persona y patrimonio del deudor.⁵⁶ Por último, hay que agregar que, en el evento de ejercer el *estoppel*, a diferencia de la pérdida de la acción resolutoria por *election* o *waiver*, no se requiere el conocimiento del acreedor en orden a que el deudor ha incumplido su deber.⁵⁷ También es posible que el acreedor pierda su derecho a ejercitar la acción resolutoria, cuando se produzca un retraso razonable (*unreasonable*) en la elección por parte del acreedor (pedir el cumplimiento o la resolución de la obligación), o cuando el no ejercicio de la acción resolutoria le cause algún daño o perjuicio al deudor, ya que, en principio, no se encuentra obligado a elegir de inmediato, (salvo que exista una cláusula contractual en este sentido o una disposición estatutaria).⁵⁸ Si el acreedor decide solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, pierde el derecho a pedir la resolución de la misma, salvo que se trate de un incumplimiento continuado (*continuing breach*), ya que, en este caso, se entiende que el deudor se ha obligado a mantener una determinada situación (v. gr., mantener los jardines de un colegio), y, por tanto, si el deudor incumple con su obligación, y el acreedor renuncia a pedir la resolución de la obligación, posteriormente podrá ejercerla porque se entiende que la obligación de mantenimiento de los jardines se renueva día a día. Distinto es el caso del *once and for all breach*, pues aquí verificada la renuncia de la acción resolutoria por parte del acreedor, ya no puede en el futuro pedir la resolución de la obligación.⁵⁹ Cabe hacer presente que, frente a un incumplimiento parcial o defectuoso,⁶⁰ es posible que el acreedor ejercite la acción resolutoria, aun cuando dicha parcialidad o

than non-performance of an obligation and as a result the emphasis tends to be on the damage as much as on the contractual relationship itself. Thus, only where damages are an inadequate remedy will specific performance be granted in equity". SAMUEL y RINKES (1996), p. 117. Vid. también: G. SAMUEL, *Sourcebook on obligations & legal remedies*, London, Cavendish, second edition, 2000, pp. 249 y ss.; WHITTAKER (2006), p. 57.

⁵¹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 194–197.

⁵² Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 198.

⁵³ En este sentido, SAMUEL y RINKES señalan que: "*Estoppel is a doctrine whereby a person (the representor) may be prevented by his statement or conduct from asserting or denying certain facts if the statement or conduct might cause loss to another (the representee) who has relied upon it. It is an equitable ground of relief that in some ways resembles the exception defence of Roman law whereby a plaintiff was prevented from continuing with an action by a procedural bar inserted by the magistrate. As such it is in principle available only as a defence («it is a shield not a sword») and cannot in theory create new substantive obligations. In practice, however, it can indirectly create not only iura in personam but iura in rem—for example, it can create a «sertude»—and, despite its procedural nature, it is a particularly useful doctrine in that its whole purpose can be to prevent a person from unreasonably exercising rights at common law [...]*". SAMUEL y RINKES (1996), p. 108.

⁵⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 199.

⁵⁵ En el Reino Unido, se habla del "*the reliance model*". Cfr.: COLINS (2003), p. 214. Este autor señala que: "*The alternative legal analysis of these undertakings given during the bargaining process consists of an application of the doctrine of estoppel as in the cases examined under the reliance model such as Crabb v Arun District Council. In that case, as a result of the defendant's oral undertaking that the claimant would be granted a right of access to a road, the claimant sold a portion of his land leaving the remainder inaccessible without the point of an access. Subsequently negotiations for the legal conveyance of the right of access broke down, so no formal contract was concluded. Nevertheless, the defendant was held to be bound by the oral undertaking, which had been supplemented by conduct, all of which induced the claimant to act to his detriment. The claimant's remedy was conceived as one to remedy the injustice which he had suffered, which in this case could only be achieved by granting him the right of access*". COLINS (2003), p. 214.

⁵⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 199.

⁵⁷ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 200.

⁵⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 201.

⁵⁹ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 213–214.

⁶⁰ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO expresa lo siguiente: "[El cumplimiento parcial, defectuoso o no conforme es suficiente para legitimar la resolución del contrato] cuando el contenido de la prestación realizada —la ejecución parcial, el hacer defectuoso, o el dar cosa no conforme— reviste importancia cuantitativa suficiente para privar a la contraparte de lo que

defecto se tendrá en cuenta a la hora de determinar si el incumplimiento es de la suficiente entidad,⁶¹ para justificar la resolución total o parcial de la obligación.⁶² Con relación al incumplimiento parcial se debe hacer presente lo siguiente: (a) el acreedor no podrá ejercer la resolución, cuando voluntariamente haya aceptado el cumplimiento parcial ejecutado por el deudor (*voluntary acceptance of benefit*); (b) cuando el acreedor haya pedido la repetición de lo dado o entregado, no pudiendo repetir lo que haya recibido de parte del deudor, en este caso, no puede solicitar la resolución de la obligación; (c) cuando las normas estatutarias impidan al acreedor el ejercicio de la acción de resolución, *v. gr.*, la *Sale of Goods Act* de 1979, que dispone que cuando el acreedor haya recibido mercaderías en virtud de un contrato *not severable*, el incumplimiento de parte del vendedor, se considera como un incumplimiento a una *warranty* y no como causa para declarar la resolución de la obligación.⁶³

16. Por otra parte, en el Derecho anglosajón, se distingue entre la falta de cumplimiento (*failure of performance*) y el incumplimiento o violación del contrato (*breach of contract*). Entre ambos conceptos existe una relación de género a especie, siendo el género la falta de cumplimiento y la especie el incumplimiento. Lo anterior por cuanto todo incumplimiento constituye una falta de cumplimiento, pero no toda falta de cumplimiento equivale a un incumplimiento, porque existen ciertos casos (*lawful excuses*), en que el deudor (no obstante existir un incumplimiento), se exonera de los efectos propios de la acción resolutoria: (a) la teoría de la *frustration*;⁶⁴ (b) la interpretación del negocio, cuando el juez, apartándose del tenor literal de las cláusulas contractuales, limita la responsabilidad del deudor; (c) cuando existe un pacto implícito; (d) la existencia de una exclusión o *exemption clause*; (e) cuando estamos frente a una norma estatutaria, *v. gr.*, la *Carriage of Goods by Sea Act* de 1971, en su Secc. Tercera dispone que, no se entiende implícita en los contratos de transporte marítimo de mercaderías, la obligación del transportista de mantener en buen estado el barco para la navegación (*seaworthy ship*) con un carácter absoluto (*absolute undertaking*), sino que debe actuar con la debida diligencia (*due diligence*), para mantener el navío en buen estado. Por último, hay que señalar que, en estos casos, puede existir resolución de la obligación aun cuando no haya incumplimiento, porque se ha verificado una *substantial failure of performance* (falta substancial de cumplimiento).⁶⁵

legítimamente podía esperar, o cuando cualitativamente es inhábil (*aliud pro alio*) para la finalidad que se contrató, impidiendo obtener la utilidad perseguida”. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (direct.), *Comentarios al Código civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, T. VI, arts. 1043 a 1264, 2003, p. 8220.

⁶¹ En este sentido, señala CLEMENTE MEORO lo siguiente: “Tampoco en el Derecho inglés cualquier incumplimiento da lugar a la resolución, sino que para ello ha de tener cierta entidad. A tal efecto, el *common law* distingue entre dos tipos de pactos contractuales, *conditions* y *warranties*, de manera que el incumplimiento de los primeros, pero no el de los segundos, faculta para resolver. En consecuencia, comenzaremos precisando las bases de esta distinción. (i) El punto de partida: la distinción entre *conditions* y *warranties*. La palabra *condition* tiene en el Derecho inglés distintos significados, alguno de los cuales ya hemos visto. Pues bien, a efectos de resolución *condition* es aquel pacto (*term*) cuyo incumplimiento por el deudor legitima al acreedor para resolver la relación obligatoria; por el contrario, si el pacto pertenece a la categoría de las *warranties*, su incumplimiento no permite resolver, sino sólo reclamar *damages*. [...] (ii) *Intermediate terms*. La distinción entre *conditions* y *warranties* no tiene en cuenta que el incumplimiento de un pacto esencial puede dar lugar a consecuencias irrelevantes y que el incumplimiento de un pacto *a priori* no esencial puede producir graves consecuencias para el acreedor. Además, la creciente complejidad de las relaciones contractuales dificulta extraordinariamente la calificación de un pacto simplemente como *condition* o *warranty*. Con el propósito de solventar estas dificultades surge el concepto de *intermediate* o *innominate term*, esto es, de aquel pacto que no es ni *condition* ni *warranty* y cuyo incumplimiento faculta para resolver sólo si es *sufficiently serious*. Por tanto, se trata de *terms* que pueden ser incumplidos de distintas maneras y con distinto alcance. Sólo cuando su incumplimiento suponga graves consecuencias para el acreedor, éste se encontrará facultado para resolver. En los demás casos, sólo podrá reclamar *damages*. Se diferencian de las *conditions* en que su incumplimiento no siempre faculta para resolver; y de las *warranties* en que, prima facie, el *remedy* del acreedor no se ve limitado a la indemnización por daños y perjuicios”. CLEMENTE MEORO (1998), pp. 260–262.

⁶² Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), p. 226.

⁶³ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 213–214.

⁶⁴ Con relación a la noción de frustración en el Derecho inglés, la tesis de la imposibilidad, que arranca en el Derecho romano (que sólo la aplicaba para las obligaciones de dar), se desarrolla en la pandectística alemana del siglo XIX. En este sentido, MOMMSEN habla de “imposibilidad de cumplimiento” (“*non impleat quia non potest*”). De ahí pasa al § 275 del *BGB*, aplicándose también a las obligaciones de hacer y es recogida por el Derecho escocés. Cfr.: S. SÁNCHEZ LORENZO, “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XX, 2005, p. 47.

⁶⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO (1998), pp. 238–214.

17. (h) Para la doctrina tradicional inglesa, toda vez que se incumplía una obligación accesoria, el contratante cumplidor estaba provisto del remedio de la resolución.⁶⁶

18. (i) Cuando ambos contratantes incumplen su obligación, cada parte puede pedir la resolución de la obligación.⁶⁷

19. (j) A partir del año 2000, los tribunales británicos se han inclinado a conceder una indemnización de perjuicios para reparar los daños no patrimoniales o morales.⁶⁸

V. Algunas conclusiones

20. La primera cuestión que merece ser destacada es la existencia de un cierto acercamiento, en lo que se refiere a los fundamentos del derecho de opción del acreedor y a la forma en que éste puede desplegar sus efectos, entre los sistemas jurídicos anglosajón y europeo continental. Principios como la frustración de las expectativas e intereses de los contratantes, la teoría de la presuposición, la base del negocio jurídico, entre otros, aparecen como vigas estructurales que tangencialmente tienen aplicación en todos esos ordenamientos jurídicos, marcando el camino, quizás, hacia la armonización y unificación del Derecho europeo de las obligaciones. El contacto entre el Derecho anglosajón y el sistema continental se plasma, *v. gr.*, en la posibilidad de ejercer unilateralmente la resolución judicial, incluso en Francia, en donde ésta no se encuentra regulada. Ahora bien, la pregunta que surge es como estas nuevas instituciones (provenientes del *common law*) podrían ser recepcionadas en el Derecho francés de las obligaciones, toda vez que en éste, existe una clara tensión entre los autores “causalistas”, que se apoyan en las nociones de justicia y equidad, afincadas desde el Derecho romano y los autores que abogan por la incorporación de nuevas instituciones, provenientes del sistema anglosajón, inspiradas en variables de carácter económico y en el principio de la eficiencia.

21. Creo que el Derecho europeo podría ser modernizado, sin renunciar a sus postulados fundamentales. Tal como lo ha hecho el Derecho italiano, que ha incorporado varias instituciones modernas de distintos sistemas jurídicos y las ha ajustado a su propia idiosincrasia e intereses.

22. Por último, en Chile la doctrina y la jurisprudencia debiesen tener presente algunas de las instituciones creadas por el *common law*, como, *v. gr.*, la mitigación del daño y la institución del *estoppel*.

⁶⁶ *Cfr.*: MOSCO (1962), pp. 55–56. En contra se ha pronunciado la doctrina alemana, pues, en general, los autores germanos sólo establecían que el contrato debía resolverse, cuando las partes quisieron otorgarle a la obligación accesoria, una cierta significación. *Cfr.*: MOSCO (1962), pp. 55–56.

⁶⁷ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO (1998), p. 184.

⁶⁸ *Cfr.*: RODRÍGUEZ–ROSADO (2013), p. 137.