

C-42

LA DIFERENCIA ENTRE "ESTAR OBLIGADO" Y "SER RESPONSABLE" EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

ENRIQUE BARROS BOURIE

Universidad de Chile

1. OBLIGACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

a) *Responsabilidad patrimonial en sentido amplio*

De la relación obligatoria surge el deber jurídico de cumplir con la prestación de dar, hacer o no hacer algo en beneficio del acreedor. El antecedente normativo de este deber puede ser cualquiera de las fuentes de las obligaciones. En este estudio se asumirá la perspectiva del contrato, que es con distancia el instrumento más versátil y eficaz para la creación de vínculos jurídicos privados. Por lo mismo, no debe extrañar que desde el Derecho Romano la relación obligatoria haya tenido como punto focal el contrato. En consecuencia, lo que se diga respecto de la obligación contractual resulta aplicable a las obligaciones de otras fuentes en la medida que su diferente naturaleza no justifique introducir distinciones.

De la promesa contractual del deudor o de la prestación efectuada por la contraparte en el caso de los contratos reales, se sigue el deber de cumplir lo prometido o de restituir lo recibido. Desde esta sola perspectiva el deber jurídico no se diferencia del deber moral, ni de las convenciones sociales que rigen una actividad. Lo peculiar del Derecho reside en que la relación obli-

gatoria encierra un deber jurídico del deudor que puede hacerse valer coactivamente sobre su *patrimonio*.

En un sentido amplio, la idea de *obligación* expresa el deber de realizar la prestación (deuda), mientras la *responsabilidad civil* expresa la potestad que el Derecho confiere al acreedor para actuar contra el patrimonio del deudor, porque "el crédito encierra un deber para el deudor y una responsabilidad para su patrimonio" (derecho a ejecutar la deuda)¹. En otras palabras, en su sentido más elemental, la *responsabilidad* expresa la garantía patrimonial que el deudor otorga al acreedor en razón de estar obligado. Si el deudor no cumple con su obligación, el deudor *responde* con todos sus bienes (Código Civil, artículo 2465), con el límite de los inembargables (Código Civil, artículos 2469 y 1618; Código de Procedimiento Civil, artículo 445). En su sentido más elemental, la responsabilidad civil del deudor se refiere a la potestad que el Derecho confiere a los acreedores para actuar sobre *todos* los bienes que el deudor posea al momento de ejercerse la acción².

¹ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones* (traducción W. Roces), Madrid: Reus, 1999 (sin referencia a edición original), p. 10; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München: Beck, 14ª edición, 1987, § 2 IV, p. 21.

² Algunos civilistas se rebelan contra esta relación analítica entre deuda y responsabilidad, argumentando que ello supone invertir el orden de los factores, porque el vínculo obligatorio se construye para que sea cumplido, de modo que no puede construirse la idea de deber jurídico a partir del supuesto del incumplimiento. La discusión parece infértil, porque el concepto de deuda ayuda a determinar positivamente el contenido de la prestación que el acreedor tiene derecho a esperar de su deudor; el de responsabilidad alude a que no puede haber una obligación jurídicamente perfecta si no puede ser hecha valer contra el patrimonio del deudor. Una reseña de la relación entre deuda y responsabilidad, con referencia a los orígenes de la distinción, en J. L. DE LOS MOZOS, "Concepto de obligación", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980, pp. 979 ss. (especialmente, pp. 986 ss.); en el Derecho chileno, con resultados análogos a los aquí propuestos, pero con referencia a las hipótesis de deuda sin responsabilidad (como en las obligaciones naturales) y de responsabilidad sin deuda (como en la fianza), el sutil análisis de D. PEÑAULLILLO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2003, pp. 75 ss.

En el caso de los contratos, esta acción patrimonial se dirige, ante todo, a la prestación en naturaleza de la deuda, tal cual ésta fue convenida; por eso, la principal acción que se sigue del incumplimiento contractual tiene por objeto lograr la satisfacción del interés representado por la obligación de primer grado, que es objeto de la relación contractual. A su vez, por cierto que esta idea genérica de responsabilidad patrimonial se extiende a la ejecución en naturaleza de todo tipo de obligaciones, cualquiera sea su fuente; entre ellas, también a la obligación indemnizatoria, cuyo objeto es la reparación de los perjuicios que se siguen del incumplimiento de la obligación contractual (de primer grado) o de la inobservancia de deberes generales de cuidado, en el caso de la responsabilidad extracontractual.

Sólo muy excepcionalmente el Derecho Civil se aleja de la estricta patrimonialidad de la relación obligatoria y autoriza al acreedor para actuar sobre la persona del deudor pertinaz, como dispone el artículo 1553 N° 1 del Código Civil, en relación con el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. Más allá de las justificadas dudas de constitucionalidad que afectan a estas normas, debe considerarse que el ordenamiento procesal otorga al tribunal la competencia para calificar la necesidad de la medida de apremio personal, porque el juez *puede* decretarlo, o bien sustituirla por multas; y, en todo caso, la ley permite al deudor evitar la prisión si rinde caución de que indemnizará al acreedor de todo perjuicio, de modo que también queda en su ámbito de decisión sustituir ese excepcional procedimiento de ejecución que recae en la persona del deudor por la responsabilidad patrimonial. A ello se agrega que si el deudor deviene insolvente, la ley le abre un camino para eludir el apremio personal³.

³ Como expresamente se refiere en el artículo 1619 del Código Civil y se infiere del artículo 71 de la Ley de Quiebras, la cesión de bienes y la declaración de quiebra ponen término a las acciones de los acreedores que tengan por objeto el apremio personal del deudor insolvente, de modo que el procedimiento tiene carácter estrictamente patrimonial (salvo que se inicie acción criminal, que es por completo independiente de la responsabilidad civil).

En consecuencia, salvo los casos excepcionales en que la ley autoriza para actuar sobre la persona del deudor, en ejercicio de una forma última de presión especialmente justificada (como ocurre típica y especialmente con las pensiones alimenticias)⁴, la obligación sólo puede hacerse valer sobre el patrimonio del deudor, dando así lugar a la responsabilidad civil en su sentido más general.

b) Responsabilidad civil en sentido estricto

Aunque el Derecho chileno reconoce tanto una acción para hacer valer en naturaleza la obligación contractual o legal, como acciones de responsabilidad civil que tienen por objeto la indemnización de los perjuicios que se siguen del incumplimiento de la obligación de primer grado, las sujeta a requisitos diferentes: mientras la pretensión de hacer valer coactivamente la obligación sólo puede ser enervada alegando la extinción o, genéricamente, la imposibilidad de cumplirla, la pretensión indemnizatoria está sujeta a condiciones adicionales de precedencia, pues generalmente supone que el incumplimiento sea un *acto ilícito*. En esto coinciden la responsabilidad patrimonial que resulta del incumplimiento contractual y la responsabilidad extracontractual, pues en ambos casos la acción tiene generalmente por antecedente la ilicitud del hecho del responsable.

La diferencia reside en que la responsabilidad civil en sentido estricto supone un juicio de valor respecto de la conducta del deudor, porque sólo tiene lugar la obligación indemnizatoria si el incumplimiento resulta atribuible a un hecho del cual el Derecho lo hace responsable. El criterio general de atribución de responsabilidad es que el deudor haya actuado con *culpa o dolo*.

Por lo general, el concepto de *responsabilidad* es usado en el Derecho de Obligaciones en este sentido más restringido, de modo que se dice que el deudor es civilmente responsable por el incumplimiento que le es

⁴ Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pensiones Alimenticias, artículo 14.

imputable de una obligación preexistente. En este sentido, la responsabilidad civil tiene por presupuesto el hecho ilícito, sea éste el incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) o de un deber general de cuidado (responsabilidad extracontractual).

En el caso del contrato y de las obligaciones cuasicontractuales y legales, la responsabilidad se presenta en dos grados: ante todo, como responsabilidad en sentido amplio, que tiene por objeto hacer valer en el patrimonio del deudor la obligación propiamente tal; en seguida, como responsabilidad civil en sentido estricto, que tiene por antecedente el incumplimiento de la obligación de primer grado, que resulta atribuible a culpa o dolo del deudor.

En esta distinción radica la diferencia fundamental entre la responsabilidad en sentido estricto que tiene por antecedente una obligación preexistente y la que nace de delitos o cuasidelitos civiles. Respecto de estos últimos no se plantea el primer nivel de responsabilidad, porque no existe un vínculo jurídico preexistente. Por lo mismo, salvo los casos excepcionales en que la ley o el contrato establecen responsabilidad por daños sin culpa, los supuestos de la acción que persigue el cumplimiento en naturaleza de la obligación son diferentes a los de la responsabilidad civil en sentido estricto. Para que proceda la pretensión de cumplimiento en naturaleza de la obligación de primer grado, basta que se prueben los requisitos de su existencia, esto es, el contrato, el enriquecimiento injusto o el acaecimiento del supuesto de hecho que da lugar a una obligación legal; en consecuencia, no es necesario juicio de valor alguno respecto de la conducta del deudor. Por el contrario, la acción de responsabilidad civil en sentido estricto exige que haya un ilícito que alternativamente puede ser el incumplimiento de la obligación contractual o un hecho culpable que causa daño.

De este modo, en materia contractual existe una diferencia entre la manera incondicional, carente de restricción o requisito, con que se impone al deudor la obligación de cumplir con la prestación de lo debido, por un lado,

y los requisitos de imputabilidad que el Derecho establece para que haya lugar a la responsabilidad civil que se sigue de ese incumplimiento, por el otro.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIÓN CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO CHILENO

a) *División del Derecho de Obligaciones atendiendo a la fuente*

A pesar de la antigua genealogía de la gran división de las obligaciones entre las que provienen del contrato y del delito⁵, la disciplina ha sido desarrollada sistemáticamente a partir del Derecho de los Contratos. El propio Gayo, luego de plantear la división atendiendo a la fuente, comienza de inmediato con el análisis de las obligaciones contractuales. Más claramente ello ocurre en Pothier, quien expone la idea de obligación a la luz de las obligaciones contractuales, para luego tratar en una breve sección, denominada "de las otras causas de las obligaciones", las obligaciones cuasicontractuales, cuasidelictuales y legales⁶.

El predominio del contrato en la tradición civilista desde el Derecho Romano es recogido por la codificación civil. El Código chileno, después de enumerar las fuentes de las obligaciones (artículo 1437), establece las reglas de formación del contrato (artículos 1438 y siguientes) y luego, bajo el epígrafe "Del efecto de las obligaciones", trata en verdad de los efectos de los contratos y, en especial, de la responsabilidad contractual (artículos 1545 y siguientes), limitando la responsabilidad por delitos y cuasidelitos a un breve título hacia el final del Libro IV⁷. No es extraño, entonces, que

⁵ GAYO, *Instituciones*, III 88.

⁶ R. J. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones* (traducción M. C. Cuevas de la edición francesa de 1828 a cargo de M. Dupin), Buenos Aires: Heliasta, 1978 (1761), 1ª Parte, Capítulo I secciones I y II; luego, en el Capítulo II, Pothier trata los efectos de las obligaciones atendiendo a las obligaciones contractuales.

⁷ El Código chileno sigue en la materia de cerca al francés (artículos 1101 y siguientes), que se aleja de la ordenación de Pothier, quien trató los efectos de las obligaciones luego de

el derecho de la responsabilidad extracontractual deba construirse con remisiones permanentes a las normas de responsabilidad contractual.

b) *La diferencia entre estar obligado y ser responsable en materia contractual*

A diferencia de los deberes extracontractuales de cuidado, la obligación contractual tiene siempre por antecedente la voluntad de obligarse por sutil y elemental que ésta sea, como ocurre en los contratos masivos y, en general, en aquellos donde la voluntad se muestra en meros contactos sociales típicos. ~~Allí radica la diferencia de inicio entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.~~

Pero más allá de la diferencia en el elemento volitivo del hecho que da lugar a la obligación, la responsabilidad contractual difiere lógicamente de la extracontractual en su estructura más esencial. En efecto, mientras, como se ha destacado, la responsabilidad contractual da lugar a una obligación de segundo grado, que tiene por antecedente el incumplimiento de otra obligación de primer grado que nace del contrato, en materia extracontractual la relación de responsabilidad civil no tiene por antecedente un vínculo obligatorio que la anteceda.

Por definición, el contrato genera obligaciones de dar, hacer o no hacer (artículo 1438), que, ante todo, dan acciones de cumplimiento en naturaleza de acuerdo con las reglas de ejecución forzada del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil. Sólo a condición de que esa obligación de primer grado no sea debidamente cumplida, surge la acción de responsabilidad contractual, que tiene por objeto obtener la indemnización de los daños derivados del incumplimiento total o parcial o del retardo en el cumplimiento.

desarrollar las fuentes. Una estructura semejante siguen los Códigos español y alemán, el más romanista de los códigos modernos. Esa estructura ha sido alterada en algunos de los principales códigos europeos del siglo XX; así, el Libro IV del Código italiano y el Libro VI del nuevo Código holandés, que desarrollan una parte general del Derecho de Obligaciones de modo independiente del contrato.

miento de esa obligación contractual. Ambas acciones están sujetas en nuestra tradición jurídica a requisitos de procedencia diferentes entre sí, pues la primera tiene por objeto hacer directamente un derecho que nace del contrato, mientras la segunda es propiamente una acción de responsabilidad en sentido estricto, cuyo éxito depende de requisitos legales diferentes y más estrictos.

c) Oscuridad sistemática en la doctrina general de las obligaciones de la distinción entre estar obligado y ser responsable

Debido a que la doctrina general de las obligaciones tiende a no diferenciar sistemáticamente la situación de "estar obligado a" y de "responsible de", se suelen generar malentendidos. De hecho, en el Código Civil están mezcladas las reglas relativas al cumplimiento de la obligación contractual de primer grado (artículos 1545, 1546, 1548, 1549, 1550, 1553, 1554 y 1555) con normas de responsabilidad contractual (artículos 1547, 1556, 1557, 1558 y 1559). De ello no se sigue, sin embargo, que no se trate de cuestiones diferentes, como se muestra de la comparación de las cargas probatorias del acreedor y las excepciones que puede oponer el deudor en un juicio que tiene por objeto el cumplimiento en naturaleza de una obligación de dar, hacer o no hacer, por un lado, y en un juicio de responsabilidad contractual, por el otro.

En la desatención de esta diferencia reside la debilidad estructural de la ingeniosa tesis de P. Rodríguez sobre la naturaleza y alcance de la obligación contractual; el autor somete a iguales criterios los momentos de la *obligación contractual* y de la *responsabilidad contractual*, negando la diferencia entre la obligación o deuda contractual, que puede ser hecha exigible en sus propios términos, y la obligación indemnizatoria, que exige un juicio de imputación que tiene por antecedente la culpa o el dolo y puede ser excusada alegando caso fortuito o diligencia⁸.

⁸ P. RODRÍGUEZ, *La obligación como deber de conducta típica. La teoría de la imprevisión en Chile*, Santiago de Chile: Salesianos, 1992, pp. 11 ss.

Lo anterior no impide que la diligencia sea tomada en cuenta para discernir si ciertas obligaciones se han cumplido correctamente; la distinción entre obligaciones de medios y de resultado atiende precisamente a esa peculiaridad de algunas obligaciones, especialmente de hacer, como ocurre usualmente con las obligaciones profesionales. Aunque no es este el lugar para discutir en detalle las características distintivas de las obligaciones de medios, conviene tener presente que éstas pueden ser objeto de una pretensión de cumplimiento en naturaleza si no ha mediado acto alguno de ejecución (como ocurrirá con el arquitecto que no ha entregado los planos convenidos o el abogado que no se ha hecho cargo del asunto encomendado); su especificidad se muestra recién cuando se discute, a efectos de dar por establecida la responsabilidad, si el deudor incurrió en negligencia al ejecutar esos actos de cumplimiento. Por eso, aun respecto de las obligaciones de medios, la valoración de la conducta del deudor, que es determinante para dar por establecida su responsabilidad, no es determinante para la procedencia de la acción de cumplimiento propiamente tal⁹.

d) Diferencias con la responsabilidad extracontractual

En materia extracontractual la obligación reparatoria tiene por antecedente el incumplimiento de un *deber general de cuidado* que ha causado daño al acreedor (de conformidad con el estatuto general de responsabilidad por negligencia) o, excepcionalmente, la mera causalidad entre el hecho del deudor y el daño (en la responsabilidad estricta). En uno y otro caso no existe una relación previa entre las partes, de modo que ningún vínculo obligacional antecede a la acción de responsabilidad.

⁹ L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, Madrid: Civitas, 4ª edición, 1993, p. 568. En verdad, la especificidad de la obligación de medios no radica en que se carezca a su respecto de una acción de cumplimiento en naturaleza, sino en las cuestiones probatorias que se plantean al momento de determinar el incumplimiento de los deberes de cuidado del deudor, a efectos de dar por establecidos los supuestos de su responsabilidad civil.

La diferencia con la responsabilidad contractual se muestra en la acción de reparación en naturaleza. También en sede extracontractual el Derecho Civil reconoce a la víctima acciones de reparación en naturaleza del daño sufrido, que materialmente presentan analogías con la acción de ejecución forzada de la obligación contractual. Con todo, mientras en sede contractual la acción ejecutiva no exige un incumplimiento culpable del deudor (en la medida que su objeto es cumplir lo debido), en sede extracontractual estas acciones tienen generalmente los requisitos de las acciones indemnizatorias, de modo que sólo proceden si el demandado ha incurrido en culpa, según las reglas generales de procedencia; que, en principio, son comunes a toda responsabilidad civil¹⁰.

e) Cumplimiento en naturaleza directo por el deudor o indirecto a costa del deudor

Las diferentes condiciones de ejercicio de la acción de cumplimiento en naturaleza y de la acción de responsabilidad contractual se muestran en las excepciones que pueden ser hechas valer, pero también en el contenido de la pretensión reconocida por el Derecho.

El acreedor posee una acción para obtener del deudor el cumplimiento en naturaleza de la obligación, sea ésta de dar, hacer o no hacer. Las acciones están desarrolladas en el Código Civil respecto de las obligaciones de hacer (artículo 1553) y de no hacer (artículo 1555) y en el Código de Procedimiento Civil respecto de las de dar (artículo 438), de las de hacer (artículos 536 y 543) y de no hacer (artículo 544).

La acción de cumplimiento en naturaleza se dirige a que *la prestación sea efectuada directamente por el deudor* si la obligación recae sobre una suma de dinero (caso en el cual la ejecución recae sobre bienes de valor suficiente para pagar la deuda y sus intereses), sobre un cuerpo cierto que se encuentra

¹⁰ Al respecto, E. BARROS, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2006, No 649.

en poder del deudor o si tiene por objeto que el deudor realice personalmente el hecho debido. Pero la acción también puede no tener por objeto que el obligado efectúe personalmente la prestación de lo debido, sino que *el deudor provea de fondos para que el acreedor pueda obtener de un tercero la satisfacción del interés* que le reporta el cumplimiento (como ocurre si se ejecuta una obligación de dar una cosa genérica o el acreedor opta por hacerse de los fondos necesarios para que la obligación de hacer sea ejecutada por un tercero)¹¹.

En definitiva, tanto respecto de las obligaciones de dar, como de las obligaciones de hacer, el Código de Procedimiento Civil otorga una acción para obtener la ejecución indirecta de la obligación por *equivalencia de valor*, esto es, que la ejecución se dirija a obtener la suma de dinero apreciada por el juez con auxilio de peritos (*litis estimatio*)¹², que resulta necesaria para que el acreedor pueda proveerse de cosas como las debidas (incluso si se trata de un cuerpo cierto que no esté en poder del deudor) o para que el hecho debido sea realizado por un tercero a costa del deudor (artículos 438 N.ºs. 2 y 3, respecto de las obligaciones de dar, y 536, respecto de las de hacer)¹³. Estas disposicio-

¹¹ Se asume en la materia una opción económica en la calificación del cumplimiento en naturaleza, que atiende a la satisfacción del interés primario del acreedor, sea mediante la prestación literal de lo debido o de su valor de mercado.

¹² El concepto romano de *litis estimatio* es equívoco, pues comprende el acto de valuación, la suma en que la prestación es evaluada y la condena a pagar una suma de dinero (M. KASER, *Römisches Privatrecht*, T. I, München: Beck, 2ª edición, 1971, p. 499); los tres elementos concurren en la valuación judicial que se realiza en el proceso ejecutivo.

¹³ Conviene tener presente la ambigüedad del concepto de *cumplimiento por equivalencia*. Ante todo, designa la *equivalencia de valor*, que permite al acreedor la satisfacción en naturaleza de su interés contractual; además, expresa la idea de *equivalencia patrimonial*, que compara la situación patrimonial en que queda el acreedor que es indemnizado con la que habría tenido si la obligación hubiese sido oportunamente cumplida. La primera compara la prestación con la suma que es necesaria para obtenerla de un tercero (por lo que típicamente pertenece al procedimiento de cumplimiento forzado de la obligación contractual); la segunda atiende a la equivalencia patrimonial, que es típica de la pretensión indemnizatoria, cuyo fundamento y medida es la pérdida económica sufrida por el deudor.

nes asumen que el interés del deudor generalmente no está dado por la prestación personal del deudor, porque existe un mercado de bienes y servicios donde se puede obtener el beneficio contractual que representa el crédito.

Lo peculiar de esta especie de subrogación real en el contenido de la obligación es que en nada altera los supuestos y requisitos de la ejecución en naturaleza por el deudor mismo (como ocurre si la cosa debida está en poder del deudor). En uno y otro caso basta al acreedor probar la relación obligatoria y al deudor le son admisibles las mismas excepciones. Por eso, esta pretensión se diferencia de la indemnizatoria no sólo en cuanto a su finalidad de satisfacer el interés primario del acreedor, sino también en sus requisitos, porque el demandado sólo puede oponer como excepciones de fondo la extinción de la obligación y, genéricamente, la de imposibilidad absoluta de cumplirla. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la acción indemnizatoria, el deudor no puede oponer las excepciones que persiguen simplemente excusar el incumplimiento por haber ocurrido un caso fortuito o por haberse producido a pesar de haber empleado el deudor la diligencia que le era exigible (sección siguiente)¹⁴.

El reconocimiento amplio de esta acción de cumplimiento en naturaleza, con independencia del juicio de reproche sobre la conducta del deudor, es una tendencia generalizada en la tradición del Derecho Ci-

vil¹⁵ y de instrumentos internacionales de Derecho uniforme¹⁶. Por el contrario, la regla inversa es dominante en el Derecho anglosajón, donde la tradición del *common law* desconoce una acción de cumplimiento específico de lo debido; en contraste, el deudor es responsable en términos estrictos, esto es, la responsabilidad contractual suele ser estricta¹⁷. De este modo, aunque las pretensiones reconocidas suelen ser distintas, la extensión de la protección del interés del acreedor es análoga en ambas tradiciones jurídicas¹⁸.

f) Concurso de acciones

El incumplimiento de una obligación da lugar a una pretensión de cumplimiento en naturaleza y a una obligación indemnizatoria. La primera,

¹⁵ K. ZWIEGERT y H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen: Mohr, 3ª edición, 1996, pp. 469, 472.

¹⁶ Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (D.O. 3.10.1990), artículo 46 Nº 1; Principios de *Unidroit* sobre Comercio Internacional, artículo 7.2.2; Principios de Derecho Europeo de los Contratos, artículos 9.101 y 9.102.

¹⁷ Tanto en materia de acciones, como en los presupuestos de su procedencia, se muestran las principales diferencias entre el sistema de acciones contractuales en la tradición del *common law* y del Derecho Civil. En la primera, tradicionalmente no se reconoció acción de cumplimiento en naturaleza y sólo el derecho de la *equity* las aceptó excepcionalmente, cuando la reparación indemnizatoria era tenida por inadecuada, lo que ocurría especialmente si la deuda consistía en la entrega de un inmueble. En contraste, sin embargo, existe una diferencia fundamental entre los presupuestos de la acción indemnizatoria bajo el *common law* y en la tradición del Derecho Civil, porque, por regla general, en aquél la responsabilidad contractual es estricta, esto es, no admite excusas de diligencia; esta excusa es admisible, con todo, en obligaciones que presenten analogías con las obligaciones contractuales que en la tradición del Derecho Civil son calificables como obligaciones de medios (supra párrafo 2 c). Sobre las acciones contractuales en el Derecho anglosajón, K. ZWIEGERT y H. KÖTZ, op. cit. [nota 15], pp. 477 ss. y G. H. T. RETTEL, *Frustration and Force Majeure*, London: Sweet & Maxwell, 1994, pp. 2 ss., en una perspectiva comparada; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, New York: Aspen, 4ª edición, 2004, pp. 739 ss., para el Derecho norteamericano; J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press, 27ª edición, 1998, pp. 595 ss., para el inglés.

¹⁸ La tendencia del Derecho uniforme de contratos es al reconocimiento de acciones de ejecución en naturaleza.

Un cuidadoso paralelo entre la tutela indemnizatoria y satisfactorio del crédito en R. VERDERA, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1995, especialmente pp. 42 ss. y 85 ss.

¹⁴ La doctrina francesa reconoce como medio de ejecución indirecta de la obligación la *astreinte*, especie de pena privada decretada por el juez, independiente de la indemnización de daños o perjuicios, y que se devenga por días o semanas, a discreción del juez, y que constituye un eficaz medio de presión para que el deudor se allane a cumplir; la *astreinte* fue en su momento un sustituto funcional del apremio personal y tuvo su origen en una práctica jurisprudencial de *lege ferenda* (F. TERRÉ, Ph. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris: Dalloz, 8ª edición, 1044). El sistema de medidas cautelares del Derecho chileno no conoce un instrumento semejante.

a su vez, puede tener por objeto, como se ha visto en el párrafo anterior, la prestación propiamente tal o una suma de dinero que permita al acreedor proveerse de una cosa o de un servicio como el debido. La indemnización de perjuicios, por su parte, tiene por finalidad reparar los daños que se siguen del incumplimiento, incluidos los costos incurridos por el acreedor para la celebración y ejecución del contrato y las expectativas de beneficios que razonablemente podía tener como resultado del cumplimiento oportuno y completo de la obligación.

En el caso de las *obligaciones de hacer*, el Código Civil otorga al acreedor una opción para demandar alternativamente estas tres prestaciones: que el deudor cumpla personalmente la obligación (para lo cual se concede la facultad de pedir apremios), que sea evaluado el costo de que la prestación sea ejecutada por un tercero o la indemnización de perjuicios. Las normas del ordenamiento procesal civil guardan exacta relación con esas pretensiones alternativas. De este modo, la ley reconoce un concurso alternativo de acciones, que puede devenir acumulativo en los casos en que la acción de cumplimiento en naturaleza es comparable con la indemnizatoria, como ocurre respecto de los daños que se siguen del retraso o del cumplimiento defectuoso.

En circunstancias que las *obligaciones de no hacer* son asimilables a las de hacer, con las debidas calificaciones, la pregunta acerca del concurso de acciones sólo queda abierta respecto de las *obligaciones de dar*. A falta de una norma como la del artículo 1553, la doctrina ha entendido que la acción de ejecución en naturaleza tiene en este caso el carácter de principal y la indemnizatoria es subsidiaria¹⁹. En consecuencia, el acreedor sólo puede demandar directamente la indemnización de perjuicios si entabla la acción

¹⁹ S. GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1959, p. 27; la subsidiariedad de la acción indemnizatoria, como acción secundaria respecto de la acción de ejecución forzada, es afirmada ya en L. CLARO, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, T. XI, Santiago de Chile: Nascimento, 1937, p. 691.

resolutoria, que tiene por fin precisamente extinguir el vínculo obligatorio (artículo 1489)²⁰.

3. EXONERACIÓN DEL CUMPLIMIENTO EN NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

a) *Exoneración de la obligación y de la responsabilidad*

En atención a sus diferentes supuestos, la exoneración del deudor de cumplir la obligación y la exoneración de la responsabilidad son dos cuestiones distintas. Si con frecuencia se confunden, se debe, en gran medida, a que el propio Código Civil asimila la pregunta por los efectos de *estar obligado a algo* con los que se siguen de *no haberse cumplido lo pactado*.

La exoneración de la obligación sólo puede resultar exitosa cuando no resulta posible exigir su cumplimiento en naturaleza, de acuerdo con las reglas del juicio ejecutivo. Por el contrario, la exoneración de la responsabilidad supone atacar los supuestos en que ésta se funda, como son el incumplimiento de la obligación de primer grado, que da lugar a la responsabilidad contractual, y que ese incumplimiento sea imputable a culpa o dolo del deudor.

En lo que sigue de esta comunicación, me referiré brevemente sólo a la primera pregunta, esto es, a los argumentos que resultan admisibles para que el deudor pueda exonerarse de su obligación contractual. La exoneración de la obligación plantea la pregunta acerca de cuándo el deudor s

²⁰ La evolución del Derecho Comparado en la materia tiende a reconocer una acción indemnizatoria *alternativa* a la de ejecución forzada, entregando al acreedor la decisión acerca de la manera como mejor queda cautelado su interés contractual: así, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (artículo 45 N° 1), los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (artículo 9.501), los Principios de *Unidroit* sobre Comercio Internacional, artículo 7.2.2, la reforma del Derecho alemán de Obligaciones de 2002 (BGB, artículo 280) y el nuevo Código holandés de Derecho Patrimonial artículo 6.74.1. Un análisis sistemático, histórico y comparado de la prelación entre distintos sistemas de protección del crédito en R. VERDERA, op. cit. [nota 13], pp. 95 s.

encuentra liberado de cumplir lo pactado. La exoneración de responsabilidad, en tanto, busca dar respuesta a la pregunta por las condiciones para que no habiéndose cumplido la obligación principal, el deudor quede eximido de la obligación indemnizatoria.

En circunstancias que la responsabilidad civil exige, por lo general, un juicio de valor acerca de las razones que provocaron el incumplimiento (caso fortuito o fuerza mayor) o acerca de la diligencia empleada por el deudor, las excusas son distintas y más extensas que las admisibles respecto de la pretensión de cumplimiento en naturaleza. Las normas relevantes son los artículos 1670 del Código Civil y 464 N°s. 9 al 17 y 534 del Código de Procedimiento Civil, respecto de las excusas para el cumplimiento de la obligación de primer grado²¹, y 1547 del Código Civil, respecto de las excusas que resultan admisibles en materia de responsabilidad contractual.

b) La imposibilidad como excusa general del cumplimiento en naturaleza

La imposibilidad como excusa del cumplimiento tiene antecedentes en el Derecho Romano, aunque no fue tratada sistemáticamente a propósito de las obligaciones contractuales. En el derecho de la codificación fue asumida por el BGB, que incluye una norma que posee un lugar estructural en el Derecho de Obligaciones, en cuya virtud se excluye la pretensión de cumplimiento en naturaleza de la obligación si la prestación es imposible para el deudor, así como para cualquier otra persona (artículo 275 I).

En el Derecho chileno, la materia no está sistemáticamente tratada. Siguiendo al Código francés y a las Partidas²², el Código Civil asume que

²¹ La regla está complementada por algunas disposiciones del Código Civil relativas a contratos en particular: así, el contrato de arrendamiento de cosas expira por la destrucción de la cosa arrendada (artículo 1950 N° 1); y la sociedad se extingue por la destrucción de la cosa puesta en común (artículo 2100).

²² El título sobre la pérdida de la cosa que se debe sigue de cerca a R. J. POTHIER, op. cit. [nota 6], N°s. 649 ss. y al Código francés, artículos 1302 ss. A. BELLO designa también como fuentes del artículo 1672 la Partida 5ª, L. 9, Tít. 14; L. 47 § final.

si la obligación es de especie o cuerpo cierto, se extingue si ella "perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe" (artículo 1670). Como ocurre en Pothier, en el Código Civil la imposibilidad como excusa del cumplimiento forzoso sólo tiene como trasfondo el modelo del contrato de compraventa que recae sobre una especie o cuerpo cierto.

La pérdida de la cosa que se debe no agota el tema, porque el problema de imposibilidad también se extiende a las obligaciones de hacer y, más excepcionalmente, a las de no hacer. Conviene recordar que la imposibilidad de cumplir una obligación sólo es tratada sistemáticamente por el Código Civil a propósito de los requisitos de formación del contrato. En las obligaciones de dar y de entregar se exige que la cosa exista o se espere que exista y que sea comerciable; en las de hacer y de no hacer, se requiere que la prestación sea física y moralmente posible (artículos 1460, 1461 y 1682). Pero el Código Civil no contiene respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer una regla sobre la imposibilidad sobreviniente, como ocurre con las reglas sobre pérdida del cuerpo cierto que se debe.

Sin embargo, se puede asumir que en todo tipo de obligaciones el deudor se mantiene obligado hasta que la obligación se extinga o su ejecución se haga imposible. Así lo dispone el artículo 534 del Código de Procedimiento Civil, que en esta materia es más sistemático que el Código Civil.

c) Pérdida de la cosa que se debe como forma de imposibilidad

Si se asume la perspectiva más general de las excusas admisibles respecto de todo tipo de obligaciones, la pérdida de la cosa que se debe es un caso especial de la extinción de las obligaciones por imposibilidad de cumplir lo convenido.

Sin embargo, aunque el acreedor no pueda hacerse de la cosa debida, porque ella no se encuentra en poder del deudor, tiene en principio una acción para reclamar ejecutivamente su valor (Código de Procedimiento

Civil, artículo 438 N° 2). Esta norma debe ser entendida en relación con la que otorga una excepción contra la demanda ejecutiva por "pérdida de la cosa debida, en conformidad a lo dispuesto en el Título XIX, Libro IV del CPC" (artículo 464 N° 15). Del juego de estas normas se infiere que corresponde al deudor la prueba de la pérdida de la cosa debida, si ésta es interpuesta como excepción que enerva el cumplimiento en naturaleza de la obligación. Si el deudor no logra probar ese hecho, la ley asume que la cosa subsiste en manos distintas a las del deudor (como puede ocurrir, por ejemplo, con la venta de cosa ajena que el deudor no ha logrado procurarse), y el acreedor tiene derecho a seguir adelante la ejecución; sólo que en este caso ella no recae directamente en la cosa debida, sino en bienes suficientes para que el acreedor se haga de su valor en dinero.

De lo anterior se puede inferir una regla probatoria de carácter general, que es plenamente consistente con el principio establecido por el artículo 1698: la carga de probar la imposibilidad de ejecución por pérdida del cuerpo cierto debido recae sobre el deudor, porque se trata de un caso de extinción de la obligación.

A su vez, la pretensión indemnizatoria que tiene por antecedente la pérdida de la cosa debida atribuible a culpa o dolo del deudor también tiene un cierto carácter satisfactorio del interés directo en la prestación, porque su objeto es el *precio* de la cosa, además de la indemnización de perjuicios (artículo 1672 I). De este modo, el Derecho vigente asume la ficción desarrollada por los juristas romanos de la república tardía de que el caso de imposibilidad imputable al deudor tiene por efecto una especie de *perpetuatio obligationis*, en cuya virtud se actúa como si la cosa existiera, de modo que el piso inferior de la reparación por el incumplimiento culpable está dado por el valor de la cosa debida²³. Con todo, esta acción no debe ser confundida con la pretensión de satisfacción en naturaleza por el valor del cuerpo cierto que

²³ M. KASSER, op. cit. [nota 12], p. 514.

no se encuentra en poder del deudor (Código de Procedimiento Civil, artículo 438 N° 2), de la cual el acreedor carece si el deudor prueba la pérdida de la cosa debida. Lo anterior no es trivial, porque a diferencia de esta pretensión, los supuestos de la acción reconocida por el artículo 1672 son los de la responsabilidad civil, esto es, sólo procede en caso que la pérdida de la cosa sea imputable al deudor²⁴.

d) La imposibilidad en las obligaciones de género

Desde el Derecho Romano se ha entendido que el género no perece, de modo que sólo en hipótesis muy inusuales puede operar la imposibilidad como causal de exoneración de la obligación²⁵. Ese podría ser el caso cuando el género, en virtud de la ley, sea declarado fuera del comercio; o cuando alguna catástrofe extermine un género específico. En atención a lo extraordinario de estas situaciones, el Derecho asume que el deudor siempre está en condiciones de observar lo pactado, pues por costoso que resulte puede proveerse el género debido, la obligación puede ser satisfecha en naturaleza. Más frecuentes suelen ser las hipótesis de mera imposibilidad temporal, las que sólo tienen el efecto de interrumpir la ejecución de la obligación por el tiempo que dure el impedimento.

Así se explica que la ejecución de una obligación de género recaiga en bienes del deudor necesarios para cubrir el valor del objeto de la obligación,

²⁴ En razón de las condiciones de procedencia establecidos por el artículo 1672, que son los de la responsabilidad contractual (como ocurría en el Derecho Romano), me parece que se frustra la tesis que extrema la objetivación de la pretensión por el precio de la cosa, asumiendo que es una acción de cumplimiento que regiría aunque la cosa debida haya perecido; además, la tesis tiene la dificultad sistemática de ser incompatible con la regla que establece la extinción de la obligación en caso de pérdida del cuerpo cierto debido; un desarrollo de esta tesis en J. BARAONA, op. cit. [nota 27], p. 159.

²⁵ Ya en el Derecho Romano clásico se asumió que las acciones para dar una cantidad de dinero (*certa pecunia*) y una cosa cierta en cuanto a su género no dejaban espacio para un incumplimiento admisible, porque la prestación era tenida siempre por posible (M. KASSER, op. cit. [nota 12], p. 513).

de manera que el acreedor se pueda proveer en el mercado de los bienes respectivos. En otras palabras, la ejecución en naturaleza de la obligación de género supone una evaluación de lo debido, con sus costos de adquisición y de transporte, si fuere el caso, y la ejecución recae sobre los bienes necesarios para que el acreedor se haga de la suma de dinero requerida.

e) *La imposibilidad objetiva y subjetiva en las obligaciones de hacer*

El artículo 534 del Código de Procedimiento Civil dispone, respecto de las obligaciones de hacer, que además de las excepciones que el deudor puede oponer en el juicio ejecutivo por obligaciones de dar, "podrá oponer el deudor la de *imposibilidad absoluta* para la ejecución actual de la obra debida"²⁶. Mientras la obligación no devenga en imposible, el deudor se ve obligado a observar la prestación a que se obligó. Por tanto, el acreedor dispone de acciones para exigir su cumplimiento forzado, sea directamente por el deudor, o por un tercero por cuenta de éste.

En general, la prestación debida deviene imposible sólo si no puede ser ejecutada por el acreedor ni por un tercero. La norma del artículo 536 del Código de Procedimiento Civil, en correspondencia con el artículo 1553 del Código Civil, deja entregada al acreedor la apreciación de si la prestación puede ser ejecutada por un tercero a costa del deudor. En consecuencia, es primeramente al acreedor a quien corresponde decidir si en el juicio respectivo solicitará la evaluación de lo que cuesta encargar a un tercero la prestación de lo debido.

De este modo el acreedor podrá, en principio, ejercer esta acción destinada a obtener la satisfacción en naturaleza del interés en la obligación aunque el deudor esté sujeto a una *imposibilidad subjetiva*, que sólo pesa

sobre el deudor mismo. En esta situación, el deudor puede encomendar su realización a un tercero, lo que puede ser difícil o costoso, pero no imposible. Por eso, por regla general, sólo es relevante la imposibilidad objetiva, que afecta a cualquiera persona y no sólo personalmente al deudor²⁷, como ocurre con la obligación de construir en un terreno, en circunstancias que luego son negados al constructor los permisos administrativos necesarios para realizar las obras.

Sin embargo, la imposibilidad que afecta sólo al deudor puede extinguir la obligación si al contratar se ha tenido en consideración su particular actividad (aunque ésta pueda ser prestada por un tercero). En este caso, no sólo la ejecución del contrato, sino también la ejecución de la prestación debida es *intuitu personae* desde el punto de vista pasivo. De la interpretación del contrato (sea porque así se expresa, o porque implícitamente se entiende) se infiere que la prestación debe ser ejecutada precisamente por el deudor, de modo que si éste se imposibilita no puede ser requerido para que la prestación sea ejecutada por un tercero a su costa, aunque ello sea económicamente viable atendido el interés del acreedor.

El Derecho Civil reconoce esta imposibilidad subjetiva, que generalmente deriva de la muerte o de la incapacidad, como una forma de terminación de diversos contratos que envuelven obligaciones de hacer. Es el caso de los artículos 2005, respecto del contrato de construcción de obra material; 2103 y 2106, para la sociedad; y 2163 N°s. 4, 5, 6 y 7, respecto del

²⁷ M. KASSER, op. cit. [nota 12], p. 514, hace referencia a Digesto 30, 53, 4 y 30, 71, 3 (Ulpiano) y 32, 14, 2 (Gayo) para concluir que la mera imposibilidad subjetiva no afecta por lo general la exigibilidad de la obligación; los textos se refieren a la imposibilidad en que puede encontrarse el heredero de satisfacer personalmente la carga de pagar un legado; en el BGB se reconoce la excusa de imposibilidad "en la medida que la prestación sea imposible para el deudor como para cualquier otro" (artículo 275 I); sobre el carácter objetivo de la excusa de imposibilidad, J. BARAONA, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura objetiva", en *Revista Chilena de Derecho* 24 (1997), p. 152.

²⁶ La idea de imposibilidad absoluta también aparece al tratar la formación del contrato; sólo si la prestación es por completo imposible se entiende que carece de objeto, de modo que la mera imposibilidad relativa o dificultad no impide que el deudor contraiga una obligación perfectamente válida (L. CLARO, op. cit. [nota 19], pp. 262 ss.).

mandato. En general, puede decirse que la incapacidad subjetiva extingue la obligación de hacer cuando el deudor no contrae en abstracto la obligación de realizar por sí o por un tercero una prestación (como suele ocurrir con los deudores organizados como empresas), sino se entiende obligado a hacerlo el mismo (como es el caso, por lo general, de las obligaciones referidas al trabajo personal), en cuyo caso el acreedor no puede exigir, en caso de imposibilidad de su deudor, que la cumpla un tercero a su costa.

Finalmente, conviene tener presente la *diferencia entre imposibilidad e insolvencia*. Esta última se manifiesta cuando los acreedores no encuentran bienes suficientes del deudor para hacer valer sus créditos. La insolvencia sólo produce consecuentemente la extinción de las obligaciones del deudor cuando se produce el sobreesimiento del fallido en el procedimiento de quiebra (Ley de Quiebras, artículo 165) o la liberación del deudor insolvente que ha hecho cesión de bienes (Ley de Quiebras, artículo 254, en relación con el artículo 1619 del Código Civil). Por el contrario, la imposibilidad produce la extinción de la obligación en naturaleza, de modo que ella necesariamente opera antes de la ejecución. La diferencia se muestra si la imposibilidad es imputable al deudor, caso en el cual el crédito indemnizatorio concurrirá con los demás que se hagan valer contra el deudor en quiebra o a cuyo respecto se haya abierto concurso de acreedores. La insolvencia no constituye, en consecuencia, un caso de imposibilidad subjetiva, sino una restricción inherente a la responsabilidad patrimonial.

4. TIPOS DE IMPOSIBILIDAD

a) *Imposibilidad total y parcial*

En las obligaciones de especie o cuerpo cierto, la imposibilidad es parcial, cuando la cosa no se destruye, pero sufre un deterioro. El principio se encuentra consagrado en el artículo 1486 II y III del Código Civil. Estas normas están establecidas en el título referido a las condiciones, pero nada

impide que se apliquen por *analogía iuris* a las obligaciones en general. En virtud de estas reglas la imposibilidad parcial, dada por el deterioro de la cosa, no extingue la obligación de entregarla, porque "si la cosa existe al tiempo de cumplirse la obligación, se debe en el estado en que se encuentre (...)"; por el contrario, la obligación se tiene por extinguida si la cosa sufre un daño que la inutiliza para cumplir su función económica, natural o la perseguida por el acreedor, porque en ese caso se tiene a la cosa por destruida.

El deudor debe cumplir la obligación en cuanto le sea posible, entregando la cosa deteriorada, pero los riesgos los asume el acreedor, porque ante cualquier deterioro, no tiene derecho a que se le rebaje el precio (artículo 1486 II), salvo que el deterioro de la cosa sea consecuencia de la actuación culpable del deudor. Cabe notar que a efectos de responsabilidad contractual, el deterioro se presume culpable, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1672 y 1547 III del Código Civil.

La imposibilidad parcial es tenida por total si conduce a que la prestación o la cosa ya no sean aptas para satisfacer el fin económico de la obligación. Esta regla tiene importancia en los contratos bilaterales, en los que la obligación se extingue si ha devenido totalmente imposible. Pero en el Derecho chileno, la distinción entre deterioro, por un lado, y destrucción, por el otro, no tiene gran relevancia, porque en uno y otro caso el Derecho impone los riesgos al acreedor.

Más relevante es la distinción entre imposibilidad parcial e imposibilidad total en las obligaciones de hacer, porque a su respecto todo indica que los riesgos deben quedar radicados en quien sufre la imposibilidad, de modo que el deudor sólo tiene derecho a recibir una contraprestación por lo que haya efectivamente ejecutado. Es el principio establecido por la ley respecto de la obra material que se hace parcialmente imposible por muerte del artífice, de acuerdo con la regla del artículo 2005, que puede ser extendida por analogía a otras situaciones de imposibilidad parcial en materias de servicios profesionales u otras prestaciones de hacer.

Una pregunta especial plantean las acciones de cumplimiento en naturaleza en casos de cumplimiento parcial o imperfecto de la obligación. No hay duda que si el incumplimiento parcial o imperfecto es imputable al deudor, el acreedor tiene una bien fundada pretensión indemnizatoria (artículo 1556). Menos clara es la respuesta respecto de la acción de cumplimiento en naturaleza, cuyo objeto es que se complete o corrija la prestación por el propio deudor o a su costa. En verdad, no hay impedimento para reconocer al acreedor una pretensión dirigida a que se complete o corrija el pago de lo debido o para que un tercero lo haga a su costa. La sentencia en tales casos se ejecuta de acuerdo con las reglas generales de la obligación de dar o de hacer, según sea el caso²⁸.

b) Imposibilidad transitoria y permanente

Como se ha adelantado, la imposibilidad transitoria sólo suspende el cumplimiento de la obligación, de modo que en cuanto cese el impedimento, la obligación se hace exigible. La regla del artículo 534 del Código de Procedimiento Civil señala con toda precisión que la excepción oponible en el respectivo juicio ejecutivo es la de imposibilidad para la ejecución *actual* de la obra debida. La misma regla debe entenderse aplicable a las obligaciones de dar, en la medida que un impedimento transitorio imposibilite o dificulte su cumplimiento.

Sin embargo, debe considerarse que la norma del artículo 1486 III es aplicable, por analogía, a una imposibilidad transitoria, cuando el atraso en la ejecución de la prestación priva al acreedor del beneficio económico perseguido, de manera que la obligación, en este caso, se entiende irrevocablemente imposible y, por lo tanto, extinguida. En otras palabras, la imposibilidad

²⁸ Sobre el incumplimiento parcial y defectuoso, véase en esta misma obra la interesante comunicación de A. R. VIDAL, *La pretensión de cumplimiento específico y la responsabilidad por incumplimiento*, con referencias a la Ley N° 19.496, sobre Protección al Consumidor (artículos 19 y 20) y a la Convención de Viena sobre Compra y Venta Internacional de Mercaderías (artículos 25, 45 y 46).

sibilidad transitoria deviene en definitiva, cuando el tiempo es un elemento esencial para que la obligación pueda tenerse por cumplida.

c) Imposibilidad física, jurídica y moral

Los casos de *imposibilidad física* son los más evidentes: la cosa se ha destruido o la conducta debida no se puede realizar por el deudor ni por un tercero. El caso más típico de *imposibilidad jurídica* ocurre si la prestación deviene ilícita; por ejemplo, debido a la promulgación de una ley que prohíbe esa conducta; o si la cosa debida es incautada por orden judicial; o si la prestación requiere de una autorización administrativa que es denegada.

Existen, además, otras situaciones de *imposibilidad moral*, a las que las doctrinas alemana y española han dado el nombre genérico de "inexigibilidad moral", que se suscitan cuando el cumplimiento es físicamente posible, pero requiere del sacrificio de ciertos bienes del deudor que son irrenunciables, como la salud y la vida; o cuando a una profesional que debe efectuar una prestación personalmente se le ha muerto un hijo, lo que justifica que dentro de un término razonable sólo se haga cargo de enfrentar esa tragedia. Salvo estos casos extremos de imposibilidad moral, la imposibilidad no puede ser confundida con el mero incremento de la dificultad, como se verá en la siguiente sección²⁹.

5. LÍMITES DEL CONCEPTO JURÍDICO DE IMPOSIBILIDAD

a) La dificultad no es una excusa equivalente a la imposibilidad

El Derecho de Obligaciones observa un formalismo que conviene respetar. La acción para demandar el cumplimiento de una obligación sólo puede ser enervada en razón de la imposibilidad, que, en verdad, opera como un modo general de extinguir las obligaciones sin que el acreedor obtenga el beneficio esperado con el contrato. De ello se sigue que quien se obliga a algo asume el riesgo de la dificultad y los mayores costos en que puede

²⁹ Una ordenación de los diversos tipos de imposibilidad en V. EMMERICH, en *Münchener Kommentar zur BGB*, München: Beck, 2ª edición, 1985, artículo 275, §§ 4 ss.

incurrir y, mientras el cumplimiento sea posible, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, por oneroso que éste haya devenido. Por eso, el principio contractual más clásico es que la obligación debe cumplirse del modo que fue convenida mientras ello no sea absolutamente imposible, como expresa el artículo 534 del Código de Procedimiento Civil.

La regla que niega al deudor la excusa de gravamen excesivo o de dificultad mayor a la previsible, en tanto la ejecución sea posible, tiene diversas justificaciones. Hay, ante todo, razones de texto; en particular el artículo 1545 del Código Civil. También está justificada por razones de justicia contractual, en razón de la promesa que envuelve el contrato y de la confianza que ella genera en el acreedor. Esta es también la principal razón económica para sustentar un fuerte formalismo en las condiciones de exigibilidad del contrato, porque esta manera de mirar el contrato es condición para que el acreedor pueda incluir la conducta de los demás en los propios planes futuros. Las reglas que restringen las excusas admisibles al deudor son un requisito para que contratos cuyas prestaciones son diferidas en el tiempo puedan cumplir su función de arbitrar convencionalmente y *ex ante* los riesgos que plantea la incertidumbre del futuro.

b) Imposibilidad práctica

En el Derecho Comparado de los Contratos no sólo se conoce la imposibilidad física o moral (incluyendo en ésta la jurídica), sino también hipótesis de imposibilidad práctica, entendiendo por tal aquella en que la ejecución en naturaleza de la obligación resulta físicamente posible, pero inexecutable al deudor porque le supone un esfuerzo carente de toda racionalidad³⁰. Es lo que ocurre si la cosa arrendada sufre un severo deterioro, que no justifica económicamente su reparación, de modo que ésta significa un costo exorbitante mayor que el interés del arrendatario en gozarla conforme

³⁰ D. LOOSSCHEDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln: Heymanns, 2003, pp. 185 ss. En el Derecho alemán, este tipo de imposibilidad fue tradicionalmente denominada

al contrato³¹. Las meras alteraciones de precios en el mercado no dan lugar a imposibilidad en el sentido que aquí se analiza (como tampoco lo son para dar lugar a revisión del contrato), en atención a la naturaleza eminentemente especulativa de los contratos de larga duración o de ejecución diferida (que es donde el problema se presenta)³².

En definitiva, el concepto jurídico de imposibilidad de cumplimiento puede no ser exactamente igual al puramente naturalista, en la medida que

imposibilidad económica (D. MEDICUS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München: Beck, 13ª edición, 2003, p. 181), cuya excepcionalidad se muestra en el caso más recurrentemente citado como ejemplo, que afecta al vendedor de un anillo que se ha perdido con el barco que lo transportaba: aunque pueda ser rescatado reflotando el barco, carece de tal modo de sentido económico hacerlo, que el cumplimiento en naturaleza se tiene por imposible; análogamente en los Principios de *Unidroit* sobre Comercio Internacional, artículo 7.2.2 b, donde el comentario doctrinal pone el caso del barco que encalla a consecuencias de una tormenta y cuyo reflotaje significa un costo sustancialmente mayor al petróleo que transporta; y en el *Restatement of the Law of Contracts (second)* norteamericano § 261, que tiene por descargada la responsabilidad contractual estricta que rige en ese ordenamiento si la prestación ha llegado a ser prácticamente imposible (*impracticable*) en atención a circunstancias que no pueden ser tenidas por pertenecientes a la esfera de riesgo del deudor, con la expresa reserva de que "el simple aumento de la dificultad o del costo debido a causas tales como aumentos de salarios, de precios de materias primas o de los costos de construcción, a menos que superen por completo el rango de lo normal, no se tiene por imposibilidad práctica" (§ 261, comentario d); en análogo sentido, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 79 N° 1. La reforma de 2002 ha introducido al BGB una regla sobre imposibilidad práctica que atiende a la desproporción grosera entre el esfuerzo que para el deudor significa el cumplimiento en naturaleza y el beneficio que de él se sigue para el acreedor (artículo 275 II). Es interesante como esta regla se relaciona en sus efectos con dos derechos que el BGB otorga al acreedor: ante todo, el derecho a solicitar directamente indemnización de perjuicios, si la imposibilidad práctica es imputable al deudor y, en segundo lugar, con el derecho de retractación resolutoria (artículo 275 IV, en relación con los artículos 280, 283, 285 y 326).

³¹ Ejemplo tomado de PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München: Beck, 62ª edición, 2003, § 275, párrafo 27 (comentario de H. Heinrichs).

³² Así ocurre en el Derecho norteamericano (G. H. TREITEL, op. cit. [nota 17], p. 254), a diferencia del inglés que no ha elaborado una doctrina de la *impracticability* (idem, p. 258).

a aquél le sea atribuido un elemento normativo subyacente. Eso explica que en algunos ordenamientos la imposibilidad se extienda a una dificultad tal que resulte abusivo exigir del deudor el cumplimiento en naturaleza directa o en sentido estricto. La mejor manera de entender esta imposibilidad práctica es de la mano del concepto de clausura del abuso de derecho: si el beneficio que obtiene el acreedor del cumplimiento en naturaleza es sustancialmente inferior al costo que la prestación significa para el deudor, éste puede excusarse por imposibilidad de satisfacción directa de la prestación y el acreedor tiene derecho a solicitar la resolución del contrato o una satisfacción en naturaleza indirecta, equivalente al valor de mercado de la prestación³³.

Por otra parte, en la perspectiva del Derecho Comparado de los Contratos conviene tener presente en materia de imposibilidad práctica que esta

³³ La cercanía con el abuso de derecho se muestra en que la imposibilidad práctica sólo atiende secundariamente al deudor, porque su foco es el interés del acreedor: sólo si se puede satisfacer debidamente su interés por otros medios menos gravosos, el Derecho autoriza para que el deudor sea oído (D. LOOSCHELDERS, op. cit. [Nota 33], p. 186). Debe tenerse presente que en el Derecho Comparado el reconocimiento de esta imposibilidad práctica se asocia al reconocimiento de condiciones de ejercicio de la acción resolutoria muy diferentes a las sostenidas tradicionalmente por la doctrina chilena; en particular, no parece compatible con la exigencia de que esa acción sólo puede ser ejercida si el incumplimiento es imputable al deudor y, en cierto sentido, con la limitación de que el deudor pueda enervar la acción pagando hasta la citación para oír sentencia en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda, lo que supone la confusión de atribuir un efecto sustantivo a la norma procesal del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil; sobre esta importante revisión en materia de acciones del acreedor, D. PEÑAILLO, op. cit. [Nota 2], pp. 392 ss. En el Derecho chileno, S. GATICA, op. cit. [Nota 19], pp. 29 ss., siguiendo a Giorgi, asume una posición análoga en cuanto a la necesidad de que la aceptación de imposibilidad práctica se entienda conexa con pretensiones que no dejen al acreedor en posición desmejorada: el autor entiende que si el cumplimiento directo en naturaleza de la obligación es físicamente posible, pero de tal manera gravoso para el deudor que resulta en una verdadera iniquidad, se le debe autorizar para el cumplimiento mediante una prestación equivalente al valor de la prestación. Pareciera que esa iniquidad se muestra en la desproporción grosera entre el beneficio esperado por el acreedor y el costo de realizar la prestación, como ocurre en el BGB (supra nota 31). Este es el mismo criterio económico y de justicia correctiva que inspira la norma del artículo 1555 III.

doctrina corregida de la imposibilidad está usualmente acompañada de remedios alternativos eficaces, que aún desconoce nuestro Derecho de Obligaciones, como son la retractación resolutoria mediante un acto potestativo de configuración (en oposición a la resolución por sentencia judicial dictada en juicio ordinario) y la opción que se otorga al acreedor de ejercer directamente la acción indemnizatoria³⁴. Este conjunto de pretensiones y remedios contractuales del Derecho Comparado contemporáneo no pertenece a la materia de este artículo; sin embargo, deben tenerse presente las dificultades sistemáticas que supone la adopción aislada de reglas (como las relativas a imposibilidad práctica), que en otros ordenamientos jurídicos han resultado de una revisión sistemática de los entorpecimientos y excusas que pueden afectar el derecho del acreedor a exigir que se cumpla en naturaleza la prestación que le es debida.

c) Revisión del contrato por excesiva onerosidad que sobreviene y excepciones del deudor a la acción de cumplimiento

Distinta a la excusa de imposibilidad práctica es la doctrina que permite, bajo circunstancias más bien extremas, la revisión del contrato por excesiva onerosidad que sobreviene luego de haberse convenido³⁵. El fin de esta doctrina es establecer un correctivo a la relación contractual considerada en su conjunto, asumiendo que el contrato ha sido acordado bajo supuestos implícitos que han dejado de ser efectivos. Es conocido que esta doctrina supone invocar el principio de buena fe contractual a efectos de interpretar la relación obligatoria a la luz de los supuestos que llevaron a

³⁴ Como ocurre con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, artículos 9.301 (que reconoce el derecho de resolución por acto potestativo del acreedor) y 9.501 (que otorga al acreedor una acción indemnizatoria principal, que, en principio, sólo puede ser exonerada por fuerza mayor).

³⁵ Sobre esta diferencia, C. BANFI, "Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en el Derecho Privado Comparado", en *Revista Chilena de Derecho Privado F. Fueyo* 6 (2006), p. 38.

convenirla, de modo que no puede ser invocada como una excusa del cumplimiento de una obligación, a menos que los propios contratantes hayan acordado causales específicas. Por eso, las doctrinas de la *imprevisión*, de la *base del negocio jurídico*, de la *frustration*, del *hardship* y, en general, todas las que intentan establecer correctivos en la estructura de contratos, en razón de hechos que sobrevienen alterando sustancialmente la distribución de los riesgos contractuales, no se relacionan con las acciones que el acreedor puede interponer y con los derechos que puede ejercer, sino con la pretensión del deudor de que sea revisada toda la relación obligatoria.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

a) *Algunas conclusiones respecto de la exoneración de la obligación*

De lo expresado se sigue que a menos que el cumplimiento sea imposible, el acreedor siempre tendrá acción para el cumplimiento en naturaleza de la obligación, sea directamente del deudor mismo o indirectamente a su cargo. Para ello basta al actor mostrar los hechos que constituyen el antecedente normativo de la obligación (artículo 1698); en el caso de la obligación contractual, deberá probar la existencia del contrato que da lugar a la obligación cuyo cumplimiento en naturaleza se reclama. Por consiguiente, la acción es concedida con independencia de todo juicio de reproche respecto de la conducta del deudor, porque éste responde, en el sentido más general, de modo incondicionado por el cumplimiento de su obligación.

Esa ejecución es imposible cuando se da un evento de imposibilidad. A su vez, esta excusa de imposibilidad requiere de prueba del deudor, de acuerdo con el principio de que a éste corresponde la prueba de los hechos que dan lugar a la extinción de la obligación (artículo 1698).

Por otra parte, salvo que el acreedor de una obligación de hacer opte por la alternativa que le abre el N° 3 del artículo 1553, que le autoriza para demandar directamente indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento, el acreedor sólo dispone de la acción para exigir el cumplimiento en

naturaleza de la obligación. Esta regla se infiere del conjunto de disposiciones sobre incumplimiento contractual de obligaciones de dar. Si el acreedor quiere demandar perjuicios, el acreedor contractual debe atacar primeramente el vínculo obligatorio, para lo cual el Derecho Civil le otorga la acción resolutoria (artículo 1489).

Finalmente, conviene tener presente que el incumplimiento de la obligación es un antecedente de la responsabilidad contractual, aunque se deba a imposibilidad, porque del incumplimiento se sigue precisamente la responsabilidad del obligado, a menos que logre probar que aquel es atribuible a una causa extraña o que ha ocurrido a pesar de haber empleado la diligencia debida en la ejecución de la prestación. En otras palabras, si bien la imposibilidad extingue la obligación de primer grado, deja abierta las puertas para la acción de segundo grado, porque a falta de prueba en contrario se la debe tener por imputable al deudor³⁶.

b) *Alcance de este estudio*

Es importante advertir que en este trabajo me he limitado a analizar la exoneración del cumplimiento de la obligación, lo que constituye un tema distinto de la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación. Así, puede ocurrir que un deudor quede exonerado de cumplir la obligación contractual que sobre él recae y, al mismo tiempo, sea responsable por los perjuicios que ha ocasionado su incumplimiento (como ocurre si la imposibilidad de ejecución en naturaleza le es imputable). Lo más esencial de esta distinción radica en que la acción dirigida al cumplimiento de la

³⁶ La construcción moderna de la excusa de imposibilidad sobrevinida se debe esencialmente a la ciencia jurídica alemana del siglo XIX y fue recogida por el Código de 1900 (BGB). Luego de la reforma estructural al Derecho de Obligaciones del BGB en 2002, la imposibilidad sigue siendo en ese ordenamiento una forma general de liberación de una obligación y, al mismo tiempo, antecedente de la responsabilidad civil que se sigue del incumplimiento, en la medida que sea atribuible a culpa o dolo del deudor (artículos 275, 280, 283); una referencia a la adopción por la doctrina italiana de comienzos del siglo pasado en BARAONA, op. cit. [nota 27], pp. 152 ss.

obligación está sujeta a condiciones menos estrictas que la pretensión indemnizatoria. En consecuencia, la exoneración de la obligación es más dificultosa que la exoneración de la responsabilidad.

Genéricamente la exoneración del cumplimiento en naturaleza de la obligación sólo puede tener éxito alegando la imposibilidad absoluta y objetiva de la ejecución. Aún así, queda abierta la pregunta por las acciones y demás remedios que el Derecho confiere al acreedor que ve insatisfecho su crédito. En atención a que en el Derecho chileno la resolución y la reparación indemnizatoria están sujetas a requisitos sustantivos y procesales que resultan muy exigentes en una perspectiva comparada, es inevitable que los derechos del acreedor queden protegidos más primordialmente que en otros ordenamientos por la acción de ejecución en naturaleza del interés contractual, sea que se dirija a que el propio deudor realice la prestación debida, sea que ese fin se persiga indirectamente, por la vía de obtener una cantidad de dinero que permita al acreedor recurrir al mercado para satisfacer su interés patrimonial directo.

c) Algunos desafíos dogmáticos pendientes

Este breve estudio de la pretensión de cumplimiento en naturaleza de la obligación contractual da algunas luces acerca de los desafíos que tiene por delante la doctrina chilena del contrato. Aún está pendiente la tarea de asumir la tendencia del Derecho Comparado contemporáneo a efectuar una revisión sistemática de las acciones y remedios que cautelan la posición jurídica del acreedor, buscando un adecuado equilibrio que evite situaciones de abuso respecto del deudor. Para efectos de esa revisión sistemática, en este estudio se ha intentado mostrar que es especialmente importante perseverar en la distinción característica de la tradición del Derecho Civil, que distingue entre las excusas que son admisibles cuando se pretende el cumplimiento de la obligación y las que lo son en el juicio de responsabilidad contractual.

LA VOLUNTAD VIRTUAL DERIVADA DE LA "NATURALEZA" DEL CONTRATO DETERMINADA POR SU CAUSA

ALBERTO LYON PUELMA

Pontificia Universidad Católica de Chile

1. QUÉ ES LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO:

EL PAPEL DE LA BUENA FE Y LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 1546 del Código Civil dice en su primera parte que los contratos deben ejecutarse y cumplirse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre se entienden pertenecerle. Es importante tener presente que la disposición citada no establece que los contratos obligan a todo lo que emana de la buena fe, sino que por exigirlo la buena fe obligan a todo lo que emana de la naturaleza de la obligación, lo que es muy distinto.

En efecto, la buena fe es un concepto que no puede definirse a priori, pues se manifiesta según las circunstancias y, por lo tanto, es una actitud del ser humano en función a algo que se espera de él. Lo que se espera de él por parte del orden jurídico es una actitud de constante respeto y consideración a la dignidad de los otros como fin en sí mismo y no como un medio del que se puede disponer para fines egoístas. Llevado este concepto al contrato, significa entonces una actitud activa de colaboración mediante conductas positivas y negativas tendentes a la obtención de