

EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CON OBJETO FUNGIBLE
Y LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR AFECTADO
UNA RELECTURA DE LAS DISPOSICIONES DEL “CÓDIGO CIVIL” SOBRE INCUMPLIMIENTO

ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho dispositivo, en particular el de las obligaciones, contiene una ordenación objetivada de los intereses de las partes que debiese ofrecer soluciones adecuadas a los problemas del tráfico¹. No puede pretenderse que los preceptos del libro IV de *Código Civil* – como cualquiera otra norma legal– estén exentos de defectos y contradicciones y, menos todavía, que no presenten vacíos. La capacidad de Andrés Bello para anticiparse y prever todos los problemas y dificultades que pudieren afectar el normal desenvolvimiento de una relación jurídico obligatoria – al igual que la de cualquier operador del tráfico– era limitada. Es tarea de la dogmática jurídica corregir tales defectos o contradicciones e integrar los vacíos; ella debe ir más allá del texto legal.

El modelo de obligación del legislador para construir la teoría general de las obligaciones, es el de las obligaciones unilaterales de dar un cuerpo cierto o una cosa específica, que era el que se avenía perfectamente, no sólo con las condiciones de tráfico imperantes en la época de la promulgación del *Código Civil*, sino también con la tradición del Derecho romano. No es que omitiera la regulación de las otras obligaciones (genéricas y de hacer), ella es escasa.

A lo anterior se suma que en el libro IV se echa en falta una ordenación sistemática de la responsabilidad civil y en general de sus consecuencias; sólo hay unas normas dispersas, generales y especiales, sobre el incumplimiento de las obligaciones y sus consecuencias, que

* El presente trabajo recoge parte de los resultados de la ejecución del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1030352, cuyo investigador responsable es el autor

¹ Apartándose de la concepción voluntarista clásica de la norma dispositiva, en la doctrina española se sostiene que las normas dispositivas no están dadas únicamente para el auxilio de descuidados y desmemoriados – supletorias y adivinatorias de las voluntades de las partes– sino que son un modelo de ordenación, en el que el legislador ha ponderado cuidadosamente la condición normal de los intereses de las partes, teniendo, por consiguiente una función de ordenación objetiva de la reglamentación contractual. De Castro afirma que debe reaccionarse contra esta estrecha y simplista consideración de este derecho. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil en España*, p. 117. En este mismo sentido: MORALES MORENO, Antonio Manuel, s. v. *Derecho positivo*, en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, 1995), II, p. 2.279.

han sido objeto de una rígida y abstracta exégesis doctrinal, que no atiende al ámbito en el que ellas se desenvuelven: el tráfico jurídico.

Las condiciones del tráfico hoy día han cambiado, hay un mercado abierto que se expande cada día más. En él cada vez escasean más las obligaciones específicas y abundan las obligaciones que tienen un objeto fungible, tanto de dar como de hacer.

El modelo de obligación del legislador, las disposiciones del libro IV y esta actitud doctrinal explican la falta de un sistema funcional de responsabilidad, inclusive para las obligaciones con objeto específico.

No se pretende promover la modificación del libro IV, sino hacer un llamado de atención para que la dogmática del Derecho civil reinterprete las disposiciones relevantes –generales y especiales– y construya un sistema funcional a las actuales exigencias del tráfico jurídico en el que se proyecta².

En el Derecho europeo de las obligaciones se vive con distinta intensidad un proceso de adecuación de las disposiciones de los antiguos códigos civiles sobre obligaciones y contratos a las vigentes condiciones del tráfico. Esta adecuación tiene como modelo el Derecho de la *Convención* de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, que es ley de la República y, seguidamente, los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* (PECL.)³ y los *Principios de Unidroit* sobre contratos comerciales internacionales (*Principios Unidroit*)⁴. A la cabeza del nuevo Derecho de la contratación, como se le denomina, se hallan estos tres ordenamientos, uno con fuerza de ley y los otros de aplicación convencional.

A lo anterior se suma la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (99/44/CEE) que desplaza para esta clase de compraventas el tradicional sistema de las acciones edilicias por uno más amplio, el de la falta de conformidad de la cosa⁵. La

² En la doctrina nacional el profesor Peñailillo Arévalo después de constatar las nuevas condiciones de tráfico en contraste a las que tuvo a la vista nuestro codificador expresa lo que sigue: “Con esto ya se ha venido proponiendo que los profundos cambios en los presupuestos económicos deben reflejarse en esta disciplina (el Derecho de las obligaciones), lo que conduce a que deba reformularse la teoría general de las obligaciones. De constituir una generalización de los datos obtenidos a partir de obligaciones pecuniarias y de transferencia de cosas específicas, debe pasar a una teoría fundada en (o que, al menos, considere) los criterios nacidos del tráfico en masa y de una economía en que los servicios la constituyen en importante grado”. PEÑAILLLO ARÉVALO, Daniel, *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, 2003), pp. 40-41.

³ Lando, Ole, *Principles of European Contract Law* (Boston, 2000), I-II; DÍEZ-PICAZO, Luis - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho europeo de contratos* (Madrid, 2002). Estos principios carecen de fuerza vinculante directa, deben incorporarse al contrato por un acuerdo entre las partes o por aplicación de las prácticas establecidas anteriormente por ellas mismas o de los usos del tráfico (elementos de interpretación integradora del contrato). En el artículo 1101 de los *Principios* se lee: “*Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos*”.

⁴ Aprobados en el mes de mayo de 1994 por el Consejo de Gobierno de Unidroit y cuya última versión fue aprobada el año 2005. Los Principios de Unidroit, los comentarios a sus artículos y jurisprudencia que los ha aplicado, se encuentran en el sitio <http://www.unilex.info>. Estos principios, al igual que los PECL., carecen de fuerza vinculante directa, deben incorporarse al contrato por un acuerdo entre las partes o por aplicación de las prácticas establecidas anteriormente por ellas mismas o de los usos del tráfico (elementos de interpretación integradora del contrato). En el preámbulo de los *Principios* se lee: “*Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos*”.

⁵ Aunque debe reconocerse que hasta antes de la Directiva ya en materia de protección del consumidor de bienes los remedios por el incumplimiento contractual del proveedor se alejaban de los tradicionales de la compraventa civil. Así en España la *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, de 19 de julio de 1984, contemplaba los remedios disponibles para el consumidor en caso de producto defectuoso. Véase: FENOY PICÓN, Nieves, *El sistema de protección del comprador* (Madrid, 2006), pp. 347-364.

ordenación es prácticamente idéntica a la de la *Convención* de Viena para la falta de conformidad de las mercaderías y sus efectos⁶.

En el Derecho interno comparado, el año 2002 se modificó sustancialmente el BGB alemán, modificación a la que se denominó la “gran solución”⁷. En el caso del Derecho civil español, sin una reforma legislativa, primero la doctrina de los autores⁸ y después los Tribunales, han adaptado a las actuales condiciones del tráfico las normas de Derecho civil sobre obligaciones y contratos del *Código Civil*, similares y en algunos casos idénticas a las del *Código Civil* chileno⁹. Recientemente en España se publicó una Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del *Código Civil* en materia de contrato de compraventa, elaborada por miembros de la Comisión General de Codificación que persigue avanzar en el proceso de modernización del Derecho de las obligaciones¹⁰.

La regulación de la *Convención* de Viena resulta plenamente apropiada para los contratos entre vendedores profesionales y consumidores; y entre particulares. Muestra de ello es el mismo BGB, modificado, la Propuesta de Anteproyecto de Modificación del *Código Civil* español en materia de compraventa; y los PECL., que son de aplicación general a todo contrato cuando así las partes lo han acordado.

El presente trabajo consta de tres partes y unas conclusiones. En la primera me referiré al modelo de obligación del *Código Civil* y a su repercusión en materia de efectos anormales de las obligaciones. En la segunda, daré cuenta de actual modelo de obligación de acuerdo a las condiciones del tráfico imperantes. Y en la tercera, describiré las principales consecuencias que

⁶ En Alemania, junto con incorporarse la Directiva, la reforma al BGB, modifica el régimen general de la compraventa acogiendo el régimen de la falta de conformidad para toda compraventa. En todo caso, la reforma no se limita a la compraventa, sino también al Derecho general de las obligaciones y del incumplimiento de las mismas, cualquiera sea su fuente. En el Derecho español, la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, incorpora al Derecho español la comentada Directiva europea, derogando el artículo 11.2 y 3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios española. Sobre la Ley 23/2003 y el régimen por falta de conformidad que ella instaura, véase: FENOY PICÓN, Nieves, cit.

⁷ ALBIEZ DORMÁN, Klaus Jochen, *Un nuevo Derecho de las obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, en *Anuario de Derecho Civil* 55 (2002) 3, pp. 1.133-1.227; y en *La modernización del Derecho de las obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado*, en *Revista de Derecho Privado* (2002), pp. 187 ss.; INFANTE RUIZ, Francisco, *Apuntes sobre la Reforma alemana sobre el Derecho de las Obligaciones: la necesidad de modernización del Derecho de las obligaciones y la gran solución*, en *Revista de Derecho patrimonial* 8 (2002), pp. 152 ss.; LAMARCA MARQUÈS, Albert, *La modernización del Derecho alemán de las obligaciones: la reforma de BGB*, en *Indret* 2 (2001), disponible en www.indret.com; EBERS, Martin, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002*, en *Anuario de Derecho Civil* 56 (2003) 4, pp. 1.575-1.608.

⁸ Van en esta dirección: Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Introducción. Teoría General del contrato, y Las relaciones obligatorias* (5ª edición, Madrid, 1996), I-II; *Los incumplimientos resolutorios* (Pamplona, 2005); MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación de Código Civil al Derecho europeo de la compraventa*, en *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa* (Girona, 2003), pp. 109-149; *La conformidad según la Directiva*, en *Garantías en la venta de bienes de consumo/ Les garanties dans la vente de biens de consommation* (Santiago de Compostela, 2004), pp. 39-60; *El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor*, en *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert: Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit* (Paris, 2005), p. 261-270; *Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa*, en *Anuario de Derecho Civil* 56 (2003) 4, pp. 1609 a 1651; FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)* (Madrid, 1996); *Sentencia de 10 de julio de 2003*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 68 (2005), p. 536; *El sistema de protección del comprador*, cit. (n. 5); PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, en *Anuario de Derecho Civil* 44 (1991) 3, pp. 1019-1091; *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil* 46 (Madrid, 1993) 4, pp. 1719-1745; SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución de contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio* (Madrid, 2004).

⁹ Por ello estimo plenamente justificado el recurso a la doctrina española para interpretar las disposiciones contenidas en nuestro *Código Civil*.

¹⁰ *Boletín del Ministerio de Justicia*. (Madrid, 2005), pp. 2.076-2.091.

se siguen de adoptar este último modelo en el ámbito de la protección del interés del acreedor y de la responsabilidad civil por incumplimiento.

II. EL MODELO DE OBLIGACIÓN DEL “CÓDIGO CIVIL” CHILENO

1. Regulación de las obligaciones en el “Código Civil”.

El *Código* prevé una teoría general de las obligaciones con una marcada influencia de las Instituciones de Justiniano, pero por sobre todo del *Traité des obligations* de Pothier¹¹ que Bello usó¹².

Esta teoría general coincide con la de la estipulación romana o, más precisamente, de la obligación y acción civil que de ella nacen¹³. Ella disciplina, en general, las obligaciones unilaterales, abstractas o desvinculadas de su causa¹⁴. Las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas no cuentan con una regulación específica y general¹⁵, lo que se advierte en que en el *Código* los remedios conectados al incumplimiento son los propios de las primeras obligaciones: la acción de cumplimiento¹⁶ y la indemnización, dejando de lado a los llamados efectos sinalagmáticos¹⁷. El problema –y es ello lo que justifica este trabajo– es que esta construcción es insuficiente desde que las normas generales que ella verdaderamente contiene, sobre todo en materia de efectos del incumplimiento, como se verá, son extraordinariamente esquemáticas e insuficientes. Ellas no consideran el fenómeno de la obligación en toda su magnitud, ni menos el de su incumplimiento.

2. El modelo de las obligaciones específicas.

En la teoría general de las obligaciones –a pesar de la existencia de normas que de modo programático declaran, sin distinción, que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1460 CC.)– todo el peso descansa en las obligaciones de dar y dentro de ellas, no en todas, sino en las de dar una especie o cuerpo cierto y, también, por qué no decirlo, en las dinerarias. Nuestro *Código* dedica una escasa atención a las obligaciones de dar cosas

¹¹ POTHIER, Robert, *Traité des Obligations* (edición Bugnet, Paris, 1824).

¹² Don Andrés Bello reproduce en el libro IV de *Código Civil* –al regular las obligaciones en general y los contratos– la teoría general del mencionado tratado. Existe una sustancial identidad entre ambos. Bello fue más fiel a Pothier que al *Code Civil*, cuerpo legal que no contiene un libro IV como el de nuestro *Código*.

¹³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho romano privado* (Santiago, 1996), II, pp. 16-17, resalta la influencia de la estipulación romana en el Derecho civil moderno, al expresar: “La *estipulatio* ha sido un *unicum* en toda la historia del Derecho y una de las más altas manifestaciones del genio jurídico del pueblo romano y de sus juristas. Su formalismo estricto, unido a su simplicidad, lo mismo que al carácter unilateral que tenía, permitió a los juristas estudiar el fenómeno obligacional y el negocio jurídico en estado puro, por así decirlo, y descubrir sus reglas más íntimas”. Y agrega: “De ella deriva, por generalización y abstracción, la moderna teoría del acto jurídico y de las obligaciones”.

¹⁴ Como afirma DÍEZ-PICAZO, Luis, *El Derecho de obligaciones en la codificación civil española*, en *Centenario del Código Civil* (Madrid, 1989), I, p. 715-716, refiriéndose al *Código Civil* español –afirmación válida para el nuestro –: “En el *Código*, la idea de obligación designa un vínculo o situación en que se encuentran dos personas, de las cuales una es titular de un derecho a exigir una prestación de dar, hacer o no hacer y la otra se encuentra sometida al deber jurídico de llevarla a cabo. Esta idea simplificada de obligación como vínculo unidireccional –al que se ha llamado en ocasiones obligación simple– tiene su origen en el hecho de que históricamente la teoría general de las obligaciones se construye a partir de las obligaciones nacidas de la *stipulatio* [...]”. En esta misma dirección: FENOY PICÓN, Nieves, *Sentencia de 10 de julio de 2003*, cit. (n. 8), p. 549; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código Civil al Derecho europeo*, cit. (n. 8), p. 1.615.

¹⁵ FENOY PICÓN, Nieves, cit., ibid.

¹⁶ El artículo 1552 CC. prevé en general la excepción de contrato no cumplido, sin embargo ella no se la considera al estudiar el fenómeno de la responsabilidad civil por incumplimiento.

¹⁷ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código Civil al Derecho europeo*, cit. (n. 8), p. 1.615.

genéricas¹⁸ y a las de hacer. A las primeras un título que consta de tres preceptos y a las segundas dos o tres disposiciones dispersas de carácter general y otras particulares con ocasión de ciertos contratos típicos¹⁹.

Si se une esta observación a la idea anterior, el *Código* regula preferentemente las obligaciones unilaterales de dar una especie o cuerpo cierto.

Cuál es la razón que explica que Bello –al igual que los codificadores de su entorno– prestara especial atención a esta clase de obligación y no a todas. Por un lado, él fue muy fiel a las fuentes de Derecho romano²⁰ y, por otro, consideró las condiciones del tráfico reinantes en la época del *Código* y da reglas que ofrecieran soluciones adecuadas a ellas.

En ese tiempo imperaba una economía agraria y fabril de grupos reducidos de mediana envergadura, en ella cada operador era autárquico y el intercambio aparecía como un fenómeno excepcional, que tenía por objeto preferentemente productos de la agricultura y ganadería. Por esta razón gran parte de las obligaciones típicas que llegan al *Código* se encuentran constituidas por formas de intercambio de elementos vinculados con ellas (predios, animales, grano, trigo, etcétera) y algunas formas claramente diferenciadas de servicios (arrendamiento de servicios inmateriales, contrato de obra y mandato)²¹. Los operadores del tráfico eran limitados y en muchas ocasiones únicos; las cosas aún objetivamente fungibles o sustituibles, no lo eran subjetivamente²². Las distancias constituían un verdadero obstáculo para el desenvolvimiento de las operaciones del tráfico, y eran la causa de mercados muy reducidos, limitados e incluso, en muchas áreas, inexistentes. Los bienes eran pocos y prácticamente no había fuentes alternativas. El esquema del tráfico era distinto al actual²³.

3. *Algunas de las consecuencias de adoptar este modelo de obligación en el plano del incumplimiento.*

¿Qué consecuencias se siguen de la adopción de este modelo de obligación?

El libro IV principia con las fuentes de las obligaciones y se detiene en aquella que estima la más importante, el contrato. Sin embargo, pese a que da reglas sobre la validez de los contratos y algunas relativas a sus efectos, como la de los artículos 1545, 1546, 1556, 1557 y 1558 CC.; las restantes disposiciones regulan a una obligación desvinculada de su fuente, relacionada con la idea de la *stipulatio* creadora de una obligación civil unilateral.

Ello explica primero, como se ha señalado, que al acreedor afectado por el incumplimiento el *Código Civil* le reconozca dos únicos remedios, la ejecución forzada o pretensión de cumplimiento –aunque no explícitamente– y la de indemnización de daños²⁴; y, segundo, por

¹⁸ En la doctrina española, ORTI VALLEJO, Antonio, *La protección del comprador* (Granada, 1987), p. 260, refiriéndose a la escasa regulación de estas obligaciones y a la falta de atención por parte de la doctrina, expresa: “la venta genérica es la gran olvidada por los civilistas”.

¹⁹ En este sentido: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Las obligaciones*, cit. (n. 2), p. 40

²⁰ En el Derecho romano las obligaciones genéricas eran residuales (comercio de granos o vinos, por ejemplo) y a ellas les era inaplicable el modelo de la *emptio venditio*. La vinculación entre el vendedor y comprador de géneros operaba por las estipulaciones cruzadas mutuamente: véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, cit. (n. 13), p. 126.

²¹ Así se recoge en: Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos, Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), pp. 55-56.

²² Ya se explicará el sentido que se atribuye a las obligaciones con objeto fungible.

²³ En la doctrina nacional, recientemente, así lo reconoce PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 40-41, quien expresa: “El Derecho de las obligaciones estaba concebido sobre esquemas de una economía agraria y fabril de mediana envergadura y pequeño comercio. Por ello, las más atendidas son las obligaciones de dar cosas específicas (de especie o cuerpo cierto) y pecuniarias. Las obligaciones de género constituyen la excepción y las normas son escasas. Se ignora el tráfico de bienes en masa y es muy insuficiente el tratamiento de las obligaciones de hacer, cuya aplicación en la práctica se hace cada vez más frecuente”.

²⁴ MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho civil. De las obligaciones* (4ª edición, Santiago, 1963), pp. 200-201, expresa: “Los efectos de las obligaciones son, sustancialmente, el conjunto de medios que la ley pone a

qué nuestro *Código* no contiene una teoría general de las obligaciones sinalagmáticas (ex artículo 1438 CC.), ni menos de los efectos de su incumplimiento, salvo la disposición aislada del artículo 1552 que confiere la excepción de contrato no cumplido²⁵.

La facultad resolutoria no está reconocida en sede de efectos de las obligaciones, sino en la regulación de las obligaciones condicionales, como efecto de una condición resolutoria tácita ex artículo 1489 CC. El *Código* regula el riesgo de la prestación en las obligaciones unilaterales de dar una especie o cuerpo cierto²⁶ o un género²⁷, sin dar una regla general para el problema del riesgo de la contraprestación (teoría de los riesgos). Ella se induce con carácter general de la regulación de contratos particulares²⁸.

En este libro se regulan las distintas clases de obligaciones y sus medios de extinción, con especial énfasis en el modo normal, el pago, materia a la que dedica un considerable número de disposiciones. Se le concibe como una *solutio* que libera al deudor frente al acreedor. El interés se centra en la posición del deudor, quien debe ejecutar la obligación bajo todos los respectos en conformidad al tenor de ella²⁹. Si ello ocurre, el deudor se libera porque el pago disolvió el vínculo jurídico de la obligación. El principio de la identidad del pago no considera la noción misma de contrato y ni menos la necesaria interpretación e integración normativa del mismo para valorar correctamente si el deudor ha observado, o no, lo prometido al acreedor. Se echa en falta la conexión de este principio con las disposiciones que fijan los efectos de contrato, como son los artículos 1545 y 1546 CC.³⁰, y más aún con las referidas al incumplimiento de las obligaciones. La aislada consideración de la norma impide apreciar que la no prestación de lo debido –cualquiera sea su manifestación, importancia y causa– constituye un incumplimiento y que abre paso a los efectos que le son propios³¹. Ineludiblemente, las normas del pago deben leerse conjuntamente con aquellas sobre incumplimiento y sus efectos.

El esquematismo del codificador y la influencia de Pothier han colocado en la penumbra el grave problema de la responsabilidad contractual y, en general, explican la falta de una regulación satisfactoria del incumplimiento y sus efectos³². No hay en el *Código* una regulación de la responsabilidad civil contractual como la del título 35º de su libro IV, sobre

disposición del acreedor para obtener el cumplimiento íntegro y oportuno”. Entre esos medios considera un derecho principal para obtener el cumplimiento, un derecho secundario y supletorio para obtener por equivalencia la prestación que se le debe; y un conjunto de derechos encaminados a mantener el patrimonio de deudor.

²⁵ No corren igual suerte las obligaciones sinalagmáticas particulares, como las nacidas de la compraventa y del arrendamiento. En las regulaciones especiales se vincula a la resolución con el incumplimiento (artículos 1826, 1873, 1925 y 1926 CC.).

²⁶ Debiendo conectar el artículo 1549 con el artículo 1550. El primero impone al deudor de una especie o cuerpo cierto la obligación de conservarla; y el segundo, en concordancia con el primero, asigna al acreedor el riesgo de pérdida o deterioro de la especie o cuerpo cierto que se debe.

²⁷ El artículo 1510 da una regla para el riesgo de la prestación de las obligaciones genéricas, poniendo de cargo del deudor el riesgo de pérdida o deterioro por caso fortuito o fuerza mayor.

²⁸ La solución al problema del riesgo de la contraprestación en materia de compraventa y arrendamiento se halla en los artículos 1820, 1950 y 2014 CC.

²⁹ Según los artículos 1568 y 1569 CC., el pago es la prestación de lo que se debe y obliga al deudor a ejecutar dicha prestación bajo todos los respectos bajo el tenor de la obligación.

³⁰ Para un estudio de la determinación del contenido del contrato y sus efectos, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La noción de construcción de la regla contractual en el Derecho civil de los contratos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2000), pp. 229-255.

³¹ Excepcionalmente en nuestra doctrina, Abeliuk relaciona el incumplimiento contractual con las normas de pago, afirmando que hay incumplimiento cuando falta íntegramente el pago o se infringe alguno de sus requisitos. Para el autor el incumplimiento es un no pago. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (3ª edición, Santiago, 1993), II, p. 654

³² Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *El Derecho de obligaciones en la codificación civil española*, cit. (n. 14), p. 717.

responsabilidad por delito o cuasidelito civil, ni mucho menos de los remedios de que dispone el acreedor afectado; y la doctrina tradicional frente a esta laguna ha construido un sistema de efectos del incumplimiento –al que se le denomina efectos anormales de las obligaciones– articulado a partir de la infracción de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto en dos modalidades: retardo e imposibilidad, sea por culpa del deudor o caso fortuito (mora o pérdida de la cosa que se debe). De lo anterior se sigue principalmente:

a) A pesar de la tipología amplia de incumplimiento prevista por los artículos 1556, 1558 y 1489 CC., comprensiva de cualquiera desviación del programa de prestación (no prestación, prestación tardía, prestación defectuosa o imperfecta); dos son los supuestos relevantes: la falta de cumplimiento por imposibilidad, sea o no imputable al deudor, y el cumplimiento retardado³³. El cumplimiento imperfecto o defectuoso pasa prácticamente desapercibido³⁴. Se echa en falta un concepto amplio de incumplimiento y su directa relación con los remedios disponibles para el acreedor³⁵.

b) Los efectos del incumplimiento son las pretensiones de cumplimiento forzoso o específico y de indemnización de daños, quedando fuera la resolución³⁶. A la facultad resolutoria, como se sabe, se la estudia a propósito de las obligaciones condicionales, en particular, de la condición resolutoria tácita envuelta en todo contrato bilateral (artículo 1489 CC.). Estos efectos se articulan a partir del incumplimiento, al menos, culpable del deudor³⁷. Incluso, la doctrina al tratar la resolución añade como un requisito adicional –no previsto por la regla general del artículo 1489– la culpa o dolo del deudor³⁸. Los efectos del incumplimiento son considerados exclusivamente como sanciones para el deudor incumplidor y no como medios para la satisfacción del interés del acreedor afectado³⁹. La culpa es un fantasma que

³³ ALESSANDRI R., Arturo - SOMARRIVA U., Manuel - VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones* (2ª edición, Santiago, 2004), II, pp. 251-252 y 264, afirman: “El vocablo incumplimiento se usa en sentido lato y en otro estricto. En sentido lato significa tanto retraso en la obligación, o incumplimiento temporal, cuanto incumplimiento propio y verdadero, o incumplimiento definitivo de la misma. En sentido estricto sólo significa el incumplimiento definitivo de la obligación”. En la misma dirección, ya ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones* (2ª edición, Santiago, 1988), p. 63.

³⁴ La doctrina restringe el cumplimiento imperfecto a una de sus manifestaciones, el de cumplimiento parcial. Así: ALESSANDRI R. - SOMARRIVA U. - VODANOVIC H., cit. (n. 33), pp. 257 y 264; MEZA BARROS, cit. (n. 24), p. 257; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (cit. n. 31), II, p. 671. Aunque este último autor emplea la expresión cumplimiento parcial, sin embargo, incluye dentro del mismo la entrega de una cosa deteriorada. En nuestra doctrina reconociendo esta clase de incumplimiento y la importancia de su consideración en materia de indemnización de daños: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*, en *Revista Chilena de Derecho* 24 (Santiago, 1997) 1, p. 166.

³⁵ Se aleja de esta línea FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3ª edición, actualizada por G. Figueroa, Santiago, 2004) p. , quien trata el incumplimiento –aunque no se coincide con su concepción– relacionándolo con los derechos o medios de que dispone el acreedor afectado por dicho incumplimiento, incluyendo a la ejecución forzosa, a la indemnización de daños y a la facultad resolutoria.

³⁶ ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 31), II, p. 656, considera excepcionalmente entre los efectos del incumplimiento a la facultad resolutoria y a la excepción de contrato no cumplido, cuando la fuente de la obligación es un contrato bilateral.

³⁷ Por todos: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, De las obligaciones* (reedición Santiago, 1992), XII, 2, pp. 555-556, p. 497 (para la ejecución forzosa); y p. 554 (para la indemnización de daños); ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 31), II, pp. 654-656;

³⁸ Recientemente: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, cit. (n. 2), p. 411. En la misma dirección, entre otros: CLARO SOLAR, Luis (reedición Santiago, 1992), X, 1, p. 184; MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, cit. (n. 24), p. 96; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte General* (2ª edición, Santiago, 2005), II, p. 564. El profesor Peñailillo llega a afirmar que el desvincular la resolución de la culpa del deudor es contrario a la buena fe objetiva, por aplicación del artículo 1546 CC.

³⁹ En general: FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n. 35), p. 256. El autor define el incumplimiento como “aquella situación antijurídica que se produce, cuando por la actividad culpable de obligado a realizar la prestación, no

ronda el incumplimiento, considerándosele el presupuesto necesario para la puesta en marcha de todos sus efectos. Como se verá, la culpa cumple un cometido bien específico en esta materia.

c) La regla de atribución de responsabilidad por daños es la culpa o, lo que es más correcto, la omisión de la diligencia debida según el artículo 1547 CC.⁴⁰. Este precepto, en consonancia con el artículo 44, prevé la gradación de la culpa que se resuelve en que en materia contractual no todo deudor está sujeto a la misma responsabilidad en caso de incumplimiento. La diligencia es un elemento de la naturaleza de toda obligación contractual⁴¹, sea de medio o de resultado⁴², de manera que todo deudor al obligarse a una prestación compromete un cierto grado de diligencia en su ejecución y si no cumple quiere decir que no empleó el cuidado que le imponía el contrato⁴³.

No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria⁴⁴ limita la exoneración de responsabilidad a los casos de imposibilidad de ejecución por caso fortuito, confundiendo la exoneración de responsabilidad por caso fortuito y la extinción de las obligaciones por imposibilidad⁴⁵. Equivocadamente, los problemas de exoneración se resuelven aplicando reglas sobre el riesgo de la prestación. Así se explica el esfuerzo desplegado para definir cuál es la función de la diligencia exigible presente en toda obligación y el efecto que produce la prueba de haberse empleado por el deudor. Hay quienes estiman que la sola prueba de la diligencia exigible, o la ausencia de culpa, es causa suficiente para liberar al deudor de responsabilidad⁴⁶.

d) Seguidamente, las obligaciones genéricas quedan fuera del ámbito de la exoneración y ello, a mi juicio, por una inexacta interpretación del artículo 1510 CC. que recoge la regla de que el género nunca perece. Digo inexacta porque ella no es una regla de atribución, sino de

queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta”. En esta misma dirección, considerando al incumplimiento un hecho injusto o ilícito: ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 31), II, p. 656. Para la indemnización de daños: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual* (Santiago, 2003), p. 142

⁴⁰ CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 37), pp. 497-546, estudia detenidamente el precepto del artículo 1547 como regla de atribución de responsabilidad y de exoneración de la misma, con énfasis en la prestación de culpa que el precepto establece. Para el autor, la responsabilidad por daños encuentra su límite en el caso fortuito y a éste lo identifica con un supuesto de imposibilidad. No obstante lo anterior, cabe consignar que el jurista al tratar el caso fortuito como causa de exención de responsabilidad si bien encuentra su fundamento en el adagio que “nadie está obligado a lo imposible”, hay ciertos pasajes de su obra que dejan entrever el concepto relativo del caso fortuito contractual que lo alejaría de una imposibilidad absoluta.

⁴¹ Cfr. CLARO SOLAR, Luis, cit., p. 517.

⁴² En contra: PIZARRO WILSON, Carlos, *La fuerza mayor como defensa de deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile*, en *Gaceta Jurídica* 288 (2004), p. 11. Para el profesor Pizarro Wilson la diligencia en las obligaciones no cumple cometido alguno, afirmando que en ellas la responsabilidad se funda en la causalidad y no en la culpabilidad. El ámbito propio de la diligencia exigible sería el de las obligaciones de medio.

⁴³ Se conectan dos disposiciones contenidas en el artículo 1547, claves en materia de indemnización de daños: a) la que asigna al deudor la carga de probar el empleo de la diligencia debida; y b) la que pone de cargo del acreedor la prueba del caso fortuito o de fuerza mayor. No hay una presunción de culpa, simplemente se aplican las reglas acerca de la prueba de las obligaciones y su extinción (artículo 1698 CC.).

⁴⁴ Ya me referiré a esa doctrina al explicar la función atribuida al caso fortuito.

⁴⁵ ALESSANDRI R. - SOMARRIVA U. - VODANOVIC H., *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 33), pp. 280 y 282; ALESSANDRI R., *Teoría de las Obligaciones*, cit. (n. 33), p. 82; ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 31), II, pp. 691-692. En contra: BARAONA GONZÁLEZ, cit. (n. 34), pp. 175-176. Sin perjuicio que no se comparte el concepto de caso fortuito que ofrece el autor, sí tiene el mérito de reconocer que el caso fortuito produce eficacia de exoneración de responsabilidad, diversa de la extintiva de la obligación por pérdida de la cosa que se debe. Indirectamente, RODRÍGUEZ GREZ, cit. (n. 39), pp. 181-182.

⁴⁶ Así lo entiende: ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 31), II, p. 694.

riesgo de la prestación⁴⁷. Quiere decir que mientras subsistan individuos del género, el deudor responde en todo caso por el incumplimiento, sin importar si su causa fue un hecho imprevisible e irresistible (ex artículo 45 CC.). El único límite que reconocería esta responsabilidad sería la imposibilidad de la prestación por la pérdida de todos los individuos del género. Ello se estrella directamente contra las disposiciones generales de los artículos 1547 y 1558 que excluyen la responsabilidad civil cuando el incumplimiento que irroga los daños tiene su causa en un caso fortuito o de fuerza mayor. Estas disposiciones no hacen distinción ni exclusión alguna.

e) La regla de la *perpetuatio obligationis* consagrada en el *Código*, entre otras disposiciones⁴⁸, en el artículo 1672, inciso primero, ordena que si la obligación torna imposible por culpa o el hecho del deudor, éste sigue igualmente obligado, ahora al precio de la cosa y a la indemnización de los daños por la mora. Conforme a esta regla el acreedor debería primero intentar el cumplimiento forzoso de la obligación y subsidiariamente, para el caso que sea imposible, podría pedir la indemnización de daños concretada en el valor del objeto de la obligación imposible de ejecutar. Surge la interrogante: ¿impone esta norma realmente este camino al acreedor? El acreedor dispone de un remedio primario, la ejecución forzosa de la obligación y sólo si éste es imposible, puede pedir la indemnización denominada compensatoria⁴⁹. Para la indemnización por la mora, denominada moratoria, la regla varía, el acreedor puede reclamarla directamente con el carácter de principal, pero siempre complementando la pretensión de cumplimiento forzoso o de indemnización compensatoria.

f) A partir de la regla anterior y debido a que se consideran como supuestos relevantes, o la falta de cumplimiento, o el retardo, la doctrina establece una rígida división de la indemnización de daños, diferenciando dos clases: la compensatoria y moratoria⁵⁰. La primera cubre el valor de la prestación y la segunda los daños derivados de la falta del oportuno cumplimiento. Quiere decir que pese a la amplitud de los artículos 1556 y 1558 CC.⁵¹, la indemnización excluiría otros daños distintos del valor de la prestación y que no sean consecuencia del retardo. Siendo así ¿qué ocurre con el lucro cesante derivado no del retardo sino del cumplimiento imperfecto o el daño emergente diverso al valor o menor valor de la prestación?⁵². El artículo 1556 al delimitar el daño contractual comprende todo daño –daño emergente y lucro cesante– que sea consecuencia del incumplimiento en cualquiera de sus

⁴⁷ Me explico, el artículo 1510 CC. consagra la regla de que la obligación genérica no se extingue por la pérdida fortuita de las cosas que componen el género, mientras subsista alguna de ellas; otra cosa es definir qué ocurre con la responsabilidad del deudor frente a su acreedor cuando acaece la pérdida fortuita de las cosas genéricas que ha destinado al cumplimiento de la obligación, partiendo de la base de la subsistencia de la obligación

⁴⁸ Entre otros, los artículos 1486 (obligaciones condicionales); 1504, inciso primero (obligaciones alternativas); 1506 (obligaciones facultativas); 1521 (obligaciones solidarias); 1526 N° 3 y 1533, inciso segundo (obligaciones indivisibles).

⁴⁹ Así CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 37), pp. 554-556; ALESSANDRI R., cit. (n. 33), p. 63; MEZA BARROS, cit. (n. 24), p. 200; ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 31), II, pp. 656 y 670-672. Recientemente en la Jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2002, en *Gaceta Jurídica* 262 (2002), p. 92.

⁵⁰ Por todos: ALESSANDRI R. - SOMARRIVA U. - VODANOVIC H., cit. (n. 33), p. 257. Para los autores la indemnización de los daños que proviene de la falta de cumplimiento o cumplimiento imperfecto (cumplimiento parcial) se denomina compensatoria y la que proviene del cumplimiento tardío, moratoria.

⁵¹ Disposiciones que incluyen, dentro de la indemnización, todo daño patrimonial –daño emergente o lucro cesante– que sea una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, cualquiera sea la modalidad de éste –falta de cumplimiento, cumplimiento tardío o imperfecto– que haya sido previsible al tiempo del contrato.

⁵² Baraona González crítica esta distinción al no permitir comprender dentro de estas categorías daños que puede producir el incumplimiento de contrato. El autor afirma que los perjuicios complementarios que van más allá del *id quod interest* no se limitan a los daños moratorios. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, cit. (n. 34), pp. 156 - 162.

manifestaciones y que será objeto de indemnización si cumplen con la exigencia de la previsibilidad del artículo 1558. Se suma a lo anterior, que a esta exigencia no se le asigna la importancia que realmente tiene en materia de indemnización de daños⁵³, sólo se la considera para los efectos de diferenciar los daños previstos de los imprevistos y para fundar la idea que el dolo constituye una causa de agravamiento de la responsabilidad contractual⁵⁴.

g) Finalmente, al deudor se le reconoce un verdadero derecho a cumplir la obligación, aun cuando haya incurrido en incumplimiento. Este derecho unido a la necesidad de declaración judicial de la resolución del contrato y a un argumento de carácter procesal, el del artículo 310 del *Código* de procedimiento civil, sirven para sostener que el deudor incumplidor de un contrato bilateral puede enervar la acción resolutoria de artículo 1489 CC. pagando la obligación incumplida, debiendo el acreedor aceptar dicho pago en tanto libera al deudor de su deber de prestación⁵⁵. Esta interpretación no toma en cuenta ni la función de los remedios por incumplimiento, ni menos el concepto y finalidad de la facultad resolutoria de que es titular el acreedor afectado. Volveremos sobre el punto.

III. LAS ACTUALES CONDICIONES DEL TRÁFICO Y EL MODELO DE OBLIGACIÓN RELEVANTE

1. *Las actuales condiciones del tráfico.*

Las condiciones del tráfico han cambiado y el Derecho de las obligaciones y de la responsabilidad por incumplimiento debe ajustarse a ellas. Hoy día el tráfico tiene por objeto bienes en masa constitutivos de géneros cada vez más diversificados; y, también, lo son nuevos servicios determinantes para pasar del sector industrial al sector terciario de los servicios⁵⁶. Estos bienes y servicios son por regla general fungibles⁵⁷. No quiere decir que las obligaciones con objeto específico hayan desaparecido, ellas subsisten; sin embargo, son cada vez más escasas.

⁵³ En la doctrina chilena, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral* (Santiago, 2000), II, pp. 493-582, reconoce la importancia de esta regla en cuanto ella permite delimitar el ámbito de protección del contrato y resolver acerca de lo que las partes debieron prever al tiempo de contrato como posible consecuencia de su incumplimiento. La autora estudia detenidamente la regla de la previsibilidad tanto en el Derecho civil, como en el common law y lo hace a objeto de justificar la indemnización del daño moral en sede contractual. Véase el trabajo más antiguo de GATICA PACHECO, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato* (Santiago, 1959), pp. 116-142.

⁵⁴ Véase: MEZA BARROS, *De las obligaciones*, cit. (n. 24), pp. 310 y 312;

⁵⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, cit. (n. 38), p. 565, expresa: “La resolución no sólo es facultativa u opcional para el acreedor demandante, también lo es para el deudor demandado. Este puede neutralizar la acción resolutoria, ejecutando la prestación debida durante la secuela del pleito. Para que la resolución no tenga lugar basta con que el deudor cumpla tardíamente y oponga la excepción (llamada por algunos anómala) de pago efectivo de la deuda, en la oportunidad que indica el artículo 310 del Código de procedimiento civil”. Con la misma opinión, ya CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno. De las obligaciones* (Santiago, 1992), V, p. 187; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, cit. (n. 33), pp. 199-200; ALESSANDRI R. - SOMARRIVA U. - VODANOVIC H., cit. (n. 33), p. 275; MEZA BARROS, cit. (n. 24), p. 99; ABELIUK MANASEVICH, René, cit. (n. 31), Ii, p. 421. En contra: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n. 2), p. 417. El autor afirma que una cosa es que la resolución opere por sentencia judicial y otra es la opción que el propio artículo 1489 CC. reconoce al cumplidor y no al incumplidor. Presentada que sea la demanda no le está permitido al deudor cumplir. También: RAMOS PAZOS, Ramón, *De las obligaciones* (Santiago, 2005), pp.173-175.

⁵⁶ Describe esta transformación de las condiciones: SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto, *La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato*, en *Anuario de Derecho Civil* 57 (2004) 3, pp. 1147-1186.

⁵⁷ Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos, Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), p. 292. El autor se refiere a las obligaciones de dar.

Hay un desajuste entre el fenómeno del tráfico actual y las normas dispositivas del *Código Civil* en materia de obligaciones y la interpretación que de ellas se ha hecho, siendo recomendable revisar los planteamientos de la teoría general de las obligaciones y de los efectos del incumplimiento. No se propone una modificación legal, sino sencillamente una relectura de las normas relevantes que dé respuesta adecuada a las exigencias de ese tráfico⁵⁸. A partir de los preceptos que conforman el régimen legal general sobre los efectos de las obligaciones y de principios inducidos de preceptos especiales aislados, todos del libro IV, pueden sentarse las bases para la construcción de un sistema coherente y funcional que solucione los problemas a que da lugar el incumplimiento y sus efectos, cualquiera sea la obligación incumplida: de dar una cosa específica o genérica, y de hacer o no hacer.

A mi modo de ver las cosas, a estos efectos, el modelo relevante no es el de las obligaciones de dar una cosa específica, sino el de las obligaciones de dar una cosa genérica y de hacer, o con objeto fungible. Las escasas disposiciones diseminadas en el *Código* sobre estas obligaciones y las generales sobre los efectos del incumplimiento, permiten aproximarse a la responsabilidad civil y, en general, a los remedios por incumplimiento, desde una perspectiva mucho más funcional y apropiada pudiendo alcanzar un sistema lo suficientemente versátil para dar respuesta a todos los problemas del tráfico sin importar la clase de obligación concernida.

De esta perspectiva el contrato deja de ser sólo un instrumento de creación de derechos y obligaciones (concepto técnico jurídico) sino que se considera, sobretodo, un mecanismo para regular, organizar y alcanzar la satisfacción del interés de las partes (concepto realista)⁵⁹. El contrato así concebido cumple una función económica: la satisfacción del interés de los contratantes, dibujado a partir del fin o propósito práctico que determinó su celebración y que se alcanza con la fiel y oportuna realización del programa de prestación. Este fin o propósito equivale a la causa ocasional del artículo 1467 CC. e interesa en la medida que las partes lo hayan incorporado expresa o tácitamente al contrato.

El acento está en la protección del interés del acreedor y es el deudor quien debe realizar lo suficiente (*satisfacere*) y sólo si lo realiza se le libera del vínculo que nace del contrato. Según esta idea la *solutio* sería una consecuencia inmediata de la *satisfactio* y ella presupone la satisfacción del interés del acreedor conforme el contrato.

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, *El Derecho de obligaciones en la codificación civil española*, cit. (n. 14), p. 717, refiriéndose a la misma cuestión dentro del Derecho civil español de las obligaciones, afirma: “creo firmemente que cualquier reforma que hoy se acometiera no mejoraría el Código y creo que éste conserva intacta su potencialidad para regular las situaciones y los problemas que una sociedad industrial avanzada pueda plantear”. En un sentido similar EL MISMO, *Fundamentos, Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), p. 56.

⁵⁹ El negocio jurídico es para De Castro: “la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos”. Agrega el autor: “El negocio despliega sus efectos creando una situación que el Derecho valora como originada y reglada por la voluntad que como particulares declaran una o más personas y especialmente conforme al resultado que con ella se busca y se va a conseguir”. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (reimpresión, Madrid, 1997), p. 33. MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico)*, en *Anuario de Derecho Civil* 36 (1983) 4, pp. 1529-1530, desarrollando el pensamiento de De Castro, afirma: “[...] ese enfoque realista (del negocio jurídico) es el único que puede permitir rescatar al propio concepto de negocio jurídico de los peligros de una excesiva abstracción. Ese es precisamente, el logro de Federico de Castro: salvar tan precioso legado del pensamiento jurídico moderno haciendo de él un concepto útil, en lugar de un divertido pasatiempo dialéctico de ingeniosos teóricos del Derecho, olvidados de la primordial función de éste”. Y agrega: “se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio”.

La obligación contractual, entonces, es un medio para la satisfacción del interés del acreedor, la que viene garantizada por el contrato⁶⁰. Si el deudor no hace lo que debe para la concreción de dicha satisfacción, incumple el contrato, con independencia de las consecuencias que de ellos se sigan, las que dependen de si ha intervenido, o no, un caso fortuito o de fuerza mayor; de la entidad del incumplimiento; de la ulterior posibilidad de satisfacción in natura, etcétera.

2. *Explicación del actual modelo de obligación: la obligación con objeto fungible.*

Como se ha anticipado, hoy día el modelo de obligación es el de las obligaciones con objeto fungible, siendo una cuestión previa definir qué se entiende por tal obligación.

La obligación fungible lo puede ser con relación a la cosa o actividad objeto de la misma y su calificación atiende a su función económica dentro del tráfico jurídico; en ellas el interés del acreedor queda satisfecho con cualquier objeto o actividad que coincida con el programa de prestación prometida al constituirse la relación obligatoria⁶¹. En este orden de ideas el carácter fungible del objeto de una obligación denota la sustituibilidad o intercambiabilidad recíproca de la cosa o la actividad de cuya entrega o realización depende la satisfacción del interés del acreedor; que tendrá lugar cuando dicha cosa o actividad reúna las características descritas *in abstracto* inicialmente.

Entonces, una obligación será fungible cuando su objeto sea recíprocamente sustituible o intercambiable por otro, sin lesionar la efectiva satisfacción del interés del acreedor. La posibilidad de satisfacción no es única, sino hay tantas como las disponibles en el tráfico. Correlativamente, la obligación será una con objeto no fungible, o específico, cuando la posibilidad de satisfacción del interés del acreedor sea única: sólo esa cosa determinada o la actividad que despliegue el deudor será idónea para este fin.

Las obligaciones con objeto fungible envuelven a las de dar genéricas⁶² y a las de hacer no personalísimas o fungibles⁶³. En este trabajo denominaré a ambas obligaciones con objeto fungible.

⁶⁰ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El Derecho a la reparación*, cit. (n. 8), pp. 266-267. El profesor, siguiendo a la doctrina alemana, afirma que la relación obligatoria se concibe tanto como un orden de deberes de conducta del deudor, como orientada hacia el resultado de la prestación, esto es, la realización de interés del acreedor; y añade que la exigencia de consecución de un resultado afecta, también, al concepto de cumplimiento y prestación. En último término la prestación consiste en la realización del interés de acreedor.

⁶¹ No se emplea la expresión en el sentido –criticable por lo demás– que se emplea en el Código en materia de derechos reales al definir las cosas corporales muebles fungibles (artículo 575 CC.)

⁶² Refiriéndose a las obligaciones genéricas, a su carácter fungible y a su particular régimen normativo: DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos, Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), pp. 291-294; y FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, cit. (n. 8), pp. 26 ss. *Claro Solar, Explicaciones*, cit. (n. 37), p. 347, afirma que en las obligaciones de género cada uno de los individuos comprendidos en el género, del cual hay que sacar una cosa debida, está *in facultate solutionis*, pero no *in obligatione*. Consecuentemente, en la obligación de género, según el artículo 1509, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género con tal que sea de una calidad a lo menos mediana.

⁶³ El mismo DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit. p. 292, de un extremo, extiende la clase de obligaciones genéricas a las obligaciones de hacer; y, de otro, distingue dos tipos de obligaciones de hacer, las fungibles y las infungibles, utilizando como criterio la circunstancia de si el interés del acreedor queda satisfecho cuando la actividad sea llevada a cabo en su favor, quienes quieran que sean las personas que la realicen, o si el interés del acreedor sólo pueda quedar satisfecho por la persona que realice la actividad comprometida, que ha de ser el propio deudor (ibíd. p. 244). En la doctrina nacional, Abeliuk emplea la expresión de obligación de hacer fungible para referirse a aquellas obligaciones de hacer cuyo objeto puede realizarse por otra persona en lugar del deudor. ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 31), II, p. 661.

Cabe precisar que en el tráfico es posible hallar obligaciones específicas cuyo objeto recaer en una cosa fungible. Me detendré sobre el particular.

Por regla general, las obligaciones específicas recaen sobre una cosa única e irremplazable, en términos tales que el acreedor sólo con ella, y no con otra, alcanza la satisfacción de su interés. Por ejemplo, la obligación de dar una determinada pintura de un artista del siglo XIX. Si la cosa perece, la ejecución de la obligación torna imposible y se llega, o al efecto extintivo de la obligación por pérdida de la cosa debida (artículo 1670 CC.); o al efecto de la *perpetuatio obligationis*: el deudor queda obligado al valor de la cosa, más la indemnización de los daños subsecuentes (artículo 1672 CC.).

Con todo, puede suceder que una obligación se configure como específica, al recaer sobre una cosa determinada; sin embargo, sea en realidad fungible si se atiende a la común intención de las partes (artículo 1560 CC.)⁶⁴. Aquí el carácter específico de la obligación viene fijado no por el carácter único e irremplazable de la cosa, sino por su grado de especificidad en el contrato. Así, piénsese en el caso de la obligación de entregar un televisor pantalla plana de LCD de 32 pulgadas con tecnología “High definition”, o en aquella obligación cuyo objeto es dar un vehículo de segunda mano, placa X, de tales y cuales características. El objeto de estas obligaciones si bien ha sido caracterizado al punto de aparecer como específico, en verdad es fungible (cosa específica, pero de carácter fungible). De ello se sigue que el deudor, en la realización de la prestación debida, puede perfectamente cumplir dando otra especie que reúna las mismas características que la fijadas en el contrato y, por consiguiente, sea igualmente idónea para la satisfacción del interés del acreedor; y, al mismo tiempo, el acreedor tiene derecho a esperar que cuando esa precisa cosa perezca o no sea posible su entrega, el deudor entregue otra igualmente idónea. En el primer caso, el acreedor puede esperar que el deudor cumpla, en la hipótesis del televisor, dando uno de idénticas características y especificaciones técnicas, sin importar la marca o el diseño; lo que sí interesa es que la cosa tenga para el acreedor la misma utilidad que hubiese tenido la cosa originalmente pactada. Estas obligaciones se presentan como obligaciones específicas, empero, considerando la común voluntad de las partes, pasan a ser de objeto fungible. Ahora bien, si hay una clara voluntad de las partes en orden a que la obligación de dar se cumple sólo con esa cosa y no con otra, en tanto la consideración de esa cosa y sus características fueron las que determinaron la voluntad contractual, allí no habrá nada que discutir, se estará a lo querido por las partes, a la ley del contrato del artículo 1545 CC. En todo caso, se trata de un problema de interpretación de la voluntad contractual.

En lo que concierne a las obligaciones de hacer, éstas por regla general son fungibles y ello significa que –como se ha explicado arriba– el interés del acreedor se satisface con la actividad prometida inicialmente, sin importar la persona que la ejecute. La fungibilidad de esta clase de obligaciones viene dada, primero que todo, por un criterio subjetivo, la voluntad de las partes; y sólo a falta de ella, se recurre a criterios objetivos que ordenan considerar, entre otras cosas, la naturaleza del negocio y las circunstancias relevantes del caso. El carácter fungible del objeto

⁶⁴ Así se recoge en: SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, en AGUIRRE ZAMORANO, Pío José (editor), *La compraventa. Ley de garantías* (Madrid, 2005), p. 84; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M^a Dolores, *Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués*, en *Revista de Derecho Privado* (2005), pp. 80-81; FENOY PICÓN, Nieves, *Sentencia de 10 de julio de 2003*, cit. (n. 8), p. 544; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El derecho a la reparación*, cit. (n. 8), p. 269.

de depende primeramente del tratamiento que las partes le han dado (criterio subjetivo)⁶⁵ y a falta de éste de cómo la cosa o el hecho es considerada en el tráfico o en el comercio (criterio objetivo).

El *Código Civil* reconoce implícitamente el carácter fungible de las obligaciones de hacer, al ser en ellas, en principio, indiferente para el interés del acreedor la persona que las ejecute. Así, según el artículo 1455, por regla general, el error en la persona no vicia el consentimiento. Se suma a lo anterior, el artículo 1553 que confiere al acreedor afectado por el incumplimiento la opción de pedir al juez que le autorice para que un tercero realice la actividad prometida a costa del deudor.

Conviene ilustrar lo dicho acerca de las obligaciones de hacer con un supuesto.

Una empresa, Tecna —que actúa en el tráfico como servicio técnico autorizado de una marca de computadores— se obliga a favor de Propter a reemplazar las tarjetas de memoria de sus equipos e instalar unos programas informáticos. Aquí la prestación prometida por Tecna es de carácter fungible y ello se traduce en que si no la ejecuta en tiempo y forma debidos —incluso por una causa no imputable: caso fortuito o de fuerza mayor— igualmente sigue obligado frente a Propter, quien tiene derecho a exigirle su cumplimiento, siéndole indiferente que lo haga Tecna o un tercero, siempre que lo debido se ejecute con arreglo a la prestación inicial.

En las obligaciones de hacer fungible la imposibilidad del deudor para ejecutar el hecho debido no extingue la obligación, salvo que sobrevenga la objetiva y absoluta imposibilidad de ejecución del hecho mismo, siendo necesaria la distinción según ella sobrevino por causa imputable o no al deudor según el artículo 1547 CC.. En el primer caso, la obligación subsiste, pero cambia de objeto (artículo 1672 *Código Civil*); en segundo, se extingue irrevocablemente. Por ejemplo, se trata de un hecho que puede ejecutar cualquiera persona, pero pertenece a una actividad cuyo ejercicio se ha prohibido por resolución administrativa, imprevisible al tiempo de la celebración del contrato (*ex* artículo 45 CC.). Cabe precisar que si bien en el *Código Civil* no está regulada la imposibilidad sobrevenida de esta clase de obligaciones, el artículo 534 del *Código de Procedimiento Civil* prevé como excepción la imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida.

La excepción está representada por las obligaciones de hacer personalísimas. En ellas la consideración de la persona del deudor es esencial en términos tales que sólo su actividad es apta para la satisfacción del interés del acreedor. Ello explica que el inciso segundo del artículo 1572 requiera para estas obligaciones la voluntad del acreedor para que sea ejecutada por un tercero⁶⁶.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN CON OBJETO FUNGIBLE Y LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR

⁶⁵ No es extraño encontrar en la práctica contractual cláusulas sobre obligaciones de hacer naturalmente fungibles en las que el acreedor, bien se reserva la facultad de aprobar a un eventual delegado; bien prohíbe la delegación o la subcontratación.

⁶⁶ La redacción de este precepto y su conexión con el artículo 1553 CC. plantea la siguiente interrogante: ¿es renunciable el carácter personalísimo de la obligación de hacer?. Si este carácter cede en beneficio exclusivo del acreedor, podría estimarse renunciable y el propio artículo 1553 permitiría esta conclusión desde que reconoce la opción al acreedor, sin distinguir la naturaleza de la obligación. Sin reflexionar mayormente, creo que esta interpretación sólo podría sostenerse cuando aparezca inequívocamente que el carácter personalísimo de la obligación cede exclusivamente en beneficio del acreedor. En cambio, cuando resulte involucrado el interés del deudor no cabría la opción del artículo 1553 y en caso de incumplimiento procedería, o la ejecución in natura o la indemnización de daños, con el límite de la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor.

Como lo he venido planteando, el sistema de responsabilidad y de los efectos del incumplimiento en general construido a partir del modelo de Andrés Bello, aparte de su rigidez y carácter abstracto no da respuesta a todos los problemas que se suscitan en el ámbito del incumplimiento y sus efectos; o, en ocasiones, la respuesta proporcionada no resulta apropiada para todas las operaciones del tráfico.

Se intentará una relectura de las disposiciones sobre incumplimiento y sus efectos a partir de las particularidades del modelo de las obligaciones con objeto fungible, describiendo en general cómo debiesen desenvolverse los mecanismos de protección del interés del acreedor afectado. Las disposiciones, aunque escasas, sobre esta clase obligaciones, interpretadas en conexión con las generales sobre los efectos de incumplimiento, ofrecen respuestas que resulatara lo suficientemente amplias como para dar una adecuada salida a los problemas de insatisfacción del interés de acreedor, sin tomar en cuenta concretamente la clase de obligación incumplida: de objeto fungible o específico. En todo caso, no puede desconocerse que hay ciertas normas en el *Código Civil* que son de inevitable aplicación a las obligaciones específicas y que aunque no parezcan apropiadas no es posible prescindir de ellas.

En esta relectura se tomarán en cuenta los modelos del nuevo Derecho de los contratos, como lo son la *Convención* de Viena, los PECL., los *Principios Unidroit*, la Directiva N° 44 de 1999 sobre ventas de consumo y la experiencia del Derecho civil español, en el que sin una reforma legal y con una base legal casi idéntica a la nuestra, ha construido un sistema bastante funcional.

Ineludiblemente, debo comenzar ofreciendo un concepto de obligación, de cumplimiento e incumplimiento. Después, me referiré a la protección de interés de acreedor afectado por el incumplimiento a través de los distintos remedios, con énfasis en sus aspectos más relevantes y caracterizadores.

1. *Obligación, cumplimiento e incumplimiento.*

a) Como fluye de lo que hasta aquí se ha dicho, en las obligaciones con objeto fungible el deudor se obliga a desplegar toda la actividad que sea necesaria para alcanzar el fin último de todo contrato: la satisfacción del interés del acreedor, dibujado a partir del propósito práctico incorporado a la regla contractual. En cambio, en las específicas el deudor más bien compromete una determinada actividad; sobre él pesan unos deberes de conducta bien delimitados y acotados.

En el Derecho civil español la doctrina se ha planteado cuál es el verdadero alcance de la obligación y su objeto y para ello se ha puesto el acento en el interés de acreedor y su ulterior satisfacción. Para Díez-Picazo la prestación puede entenderse en dos sentidos: i) como comportamiento efectivo del deudor que se confunde con el propio cumplimiento de la obligación; y ii) como plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira que sea realidad en un momento posterior. Para el jurista este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación y no la cosa o el hecho sobre la que recae; plan o proyecto que en su ejecución se integra por la diligencia que, de un lado, sirve para determinar pormenorizadamente su contenido y, de otro, impone al deudor una serie de deberes accesorios que tienen por objeto la actividad previa necesaria para promover o impulsar la prestación y la satisfacción del interés del acreedor. El autor, en definitiva, antepone el deber ser –el comportamiento comprometido por el deudor– antes que la conducta efectiva, la cosa o el hecho⁶⁷. Esta concepción sobre el objeto de la obligación le

⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos. Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), pp. 236-237.

permite la construcción de un concepto amplio de incumplimiento que se identifica con cualquiera desviación respecto del plan o proyecto ideal e inicial⁶⁸.

Recientemente Morales Moreno, al estudiar el principio de la conformidad consagrado en la *Convención* de Viena y en la Directiva (1999/44) y la adaptación del *Código Civil* español a ese principio en materia de compraventas, explica que en la obligación genérica (de objeto fungible en la terminología aquí empleada) el objeto es siempre el correspondiente al género, es decir, el que debe ser. En la específica, en cambio, se pueden contraponer dos maneras distintas de entender el objeto. Según una, el objeto es el objeto real, tal como es, con independencia de que tenga o no las cualidades que conforme el contrato debieren tener. Según la otra, el objeto de la obligación no es el objeto real, tal cual es, sino el objeto ideal previsto por las partes; es decir, el objeto real con todas las cualidades que conforme el contrato debe tener. Este modo de entender el objeto, agrega el autor, es aplicable, tanto a obligaciones específicas, como genéricas: el objeto de la obligación es entregar una cosa conforme al contrato. Concluye diciendo que el objeto no es la cosa tal es, sino tal como deber ser y ello hace que pierda sentido la diferenciación entre el régimen de la obligación específica y el de la obligación genérica en lo que a él le interesa, la conformidad de la cosa. La distinción entre objeto real e ideal permite al autor ofrecer un concepto amplio de incumplimiento comprensivo de todos los defectos de la prestación (cuantitativos y cualitativos).

Si bien ni Díez-Picazo, ni Morales Moreno afirman que esta manera de concebir el objeto de la obligación coincide con el objeto de las obligaciones de dar y hacer fungibles, su forma de entender la obligación y su objeto calzan perfectamente con lo que hasta aquí se ha explicado sobre el modelo de estas últimas obligaciones.

En las obligaciones con objeto fungible será el juez quien apreciará, al resolver el conflicto en torno a su cumplimiento o incumplimiento, la suficiencia o no de la actividad desplegada por el deudor en la ejecución de su prestación y para ello deberá, como primera cosa, interpretar e integrar la regla contractual y así determinar cuál es el objeto de la obligación, qué es aquello que prometió el deudor (deber ser); y, después, considerará la diligencia exigible al deudor conforme dicha regla. La diligencia que compromete el deudor en el cumplimiento corresponde a su función promotora del cumplimiento y es intrínseca a la prestación debida (elemento de la naturaleza ex artículo 1444 CC.) y tiene respecto de ella un carácter instrumental⁶⁹. La diligencia, desde esta perspectiva, consiste en toda la actividad necesaria para que la prestación –considerada inicialmente como proyecto ideal– se convierta en una realidad. En las obligaciones específicas igualmente el deudor debe emplear esta diligencia promotora, sin embargo, el deber de prestación del deudor, como se ha dicho, está más acotado. Si la cosa perece o pasa a manos de tercero o si el deudor de una obligación de hacer personalísima está impedido de ejecutar el hecho prometido o si es prohibido por la ley, no hay nada más que hacer, o la obligación se extingue, si concurren los requisitos de la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor (artículo 1670 CC.); o ella subsiste, pero cambia de objeto, al producirse la *perpetuatio obligationis* (artículo 1672 CC.).

b) El concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el

⁶⁸ *Ibíd*, pp. 567-570.

⁶⁹ La distinción entre estas dos funciones de la diligencia se recoge de: BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna, 1987), pp. 169-212. La diligencia prestación sirve para dotar de contenido y determinar una prestación, generalmente de hacer, identificada con una referencia de carácter genérico. La diligencia promotora, en cambio, corresponde a una función que es intrínseca a la prestación debida y tiene respecto de ella un carácter instrumental. Corresponde a la actividad necesaria para que la prestación, contemplada inicialmente como proyecto, pueda convertirse en realidad.

dato ideal (lo prometido) y el dato real (lo ejecutado por el deudor); y la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor⁷⁰. Pantaleón Prieto define el incumplimiento de obligación como desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no, imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso⁷¹. Por su parte, Morales Moreno considera más útil manejar el concepto de insatisfacción de interés negocial, para comprender mejor y entender en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio⁷².

En el *Código Civil* no existe una definición general de incumplimiento, ella se induce a contrario sensu de las normas sobre la fuerza obligatoria del contrato (artículo 1545 CC.) y del medio de extinción de las obligaciones el pago (artículos 1567 y concordantes). Desde el ángulo del pago de las obligaciones el esquema cambia si la prestación de lo debido (artículo 1567) se lee como la realización de lo suficiente, según la regla contractual, para la satisfacción del interés del acreedor. De este modo la *solutio* del deudor (efecto liberatorio del pago) queda condicionada a la *satisfactio* del acreedor. Si el deudor no hace lo suficiente no hay *solutio* y ello justifica el tránsito desde efectos normales de las obligaciones a los anormales cuyo presupuesto básico es el incumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones.

En su sentido más amplio se confunde con la no realización de la prestación o, en otros términos, con cualquiera desviación del programa, o plan ideal de prestación inicialmente acordado por las partes.

Puede ocurrir que el deudor haya desplegado alguna actividad, sin embargo, como ella no es conforme al plan, no le libera frente a su acreedor y sigue vinculado para con él. Ese pago imperfecto no extingue la obligación y sujeta al deudor incumplidor a responsabilidad o si se quiere al ejercicio de los remedios de que dispone el acreedor por el incumplimiento.

El citado artículo 1569, en su inciso 2º, prescribe lapidariamente que el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida. En las obligaciones con objeto fungible la identidad de la cosa o del hecho (objeto de la prestación) resulta de la concurrencia de las características que las partes acordaron que debía tener, teniendo en cuenta que en ellas la satisfacción del interés del acreedor no queda restringida a una cosa o hecho determinado. Hay varias cosas o hechos aptos para la satisfacción de dicho interés, pudiendo el deudor cumplir dando una cosa o ejecutando un hecho aunque no coincida plenamente con el programa inicial de prestación, sin

⁷⁰ Este concepto amplio y objetivo de incumplimiento lo recoge la Convención de Viena, que en sus artículos 45 y 61 articula el sistema de responsabilidad a partir del hecho objetivo del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del deudor (vendedor/comprador), poniendo a disposición del acreedor afectado, en principio, cualquiera de los remedios que tales preceptos establecen, incumplimiento que incluso podría estar amparado por una excusa de exoneración (artículo 79 (5) CV.). El artículo 1301 de los PECL. contiene una definición del incumplimiento como hecho objetivo al disponer que éste “denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”. Sobre el alcance de este concepto y su relación con sistema de remedios de los Principios, véase: DÍEZ-PICAZO, Luis - ROCA TRÍAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio Manuel, cit. (n. 3), pp. 321-324.

⁷¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, s. v. *Incumplimiento (Derecho civil)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, 1995), II, pp. 3.507-3.508. En este mismo sentido: CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos* (Madrid, 2001), pp. 109-114. La autora entiende que hay incumplimiento siempre que la prestación no se ejecute conforme a lo pactado sin juicio de reprochabilidad al deudor.

⁷² MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El propósito práctico y la idea de negocio jurídico*, cit. (n. 59), p. 530. San Miguel Pradera apunta que existe incumplimiento cuando no se obtiene un determinado nivel de satisfacción de interés del acreedor (que es el que se entiende el deudor garantiza). SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, cit. (n. 8), p. 123.

embargo igualmente satisface el interés del acreedor⁷³. Esa falta de coincidencia constituye una forma de incumplimiento y, por consiguiente, abre paso a todos sus efectos. El acreedor deberá conservar la prestación si ella es igualmente idónea para la satisfacción de su interés, sin perjuicio de su derecho a reclamar la indemnización de daños o incluso la reparación de la prestación. Sin embargo, si se obsta definitivamente la realización del interés del acreedor, el acreedor podría, bien resolver el contrato *ex* artículo 1489 CC., bien exigir la sustitución de la prestación, siempre que sea procedente. Si el acreedor rechaza infundadamente la prestación, resolviendo el contrato o exigiendo otras en su reemplazo, será él mismo, en su calidad de deudor, quien habrá incumplido el contrato, quedando sujeto a la consiguiente responsabilidad y otros efectos.

La regla de la identidad del pago se mantiene igual, sólo se le da una lectura diversa. En las obligaciones con objeto fungible la identidad de la cosa o hecho viene determinada por su idoneidad para la satisfacción del interés de acreedor; de manera que el rechazo de una prestación que no coincida plenamente debe justificarse precisamente en que su objeto no es apto para dicha satisfacción, o lo que es igual que al acreedor se le está entregando una cosa distinta de la debida, sin que a él se le pueda obligar a recibirla, ni aún a pretexto de que sea de igual o mayor.

Con el objeto de ilustrar lo que hasta aquí se ha afirmado me permito proponer el siguiente caso hipotético.

En una compraventa entre una empresa –dedicada al armado de computadores y su posterior venta en el mercado– (en adelante el comprador) y una importadora de partes y piezas necesarias para ese fin (en adelante el vendedor), se conviene la entrega de placas madres, memorias, tarjetas de sonido y otros componentes, con designación de marca y especificaciones técnicas. El cumplimiento del vendedor se ve afectado por la falta de su proveedor extranjero y es previsible que si espera el resultado de las gestiones extrajudiciales de cobro no ejecutará oportunamente el contrato. En esas circunstancias, el vendedor –actuando su deber de diligencia promotora del cumplimiento– celebra un negocio de reemplazo con otro proveedor cuyo giro es la venta de partes y piezas de computadores de las mismas especificaciones que las prometidas, pero de una marca que no goza del mismo prestigio en el mercado que la originalmente pactada. Resulta entonces que las mercaderías son igualmente idóneas para el interés del comprador, pero no coinciden plenamente con el programa inicial de prestación y seguramente ello afectará el precio final de las mercaderías que comercializará el comprador.

Aquí se trata de una obligación que las partes configuran como específica, sin embargo de acuerdo a la regla contractual, la obligación verdaderamente es de objeto fungible. Por ello, el vendedor cumple entregando las mercaderías de reemplazo, aunque lo hace imperfectamente. El acreedor debe aceptar el cumplimiento, no obstante su derecho a indemnización del menor valor de las mercaderías y el lucro cesante que él experimente en la venta final.

Si las mercaderías de reemplazo no reúnen las especificaciones técnicas, el comprador legítimamente podría rechazarlas, solicitando otras en su reemplazo o resolviendo el contrato, todo ello con indemnización de daños.

El legislador protege equilibradamente el interés del acreedor frente a los incumplimientos del deudor. Los principios de la conservación de contrato y de la buena fe objetiva del artículo 1546 CC. obligan al acreedor a aceptar y conservar una prestación defectuosa o no conforme, a

⁷³ Así se infiere: SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, cit. (n. 64), p. 84. El autor se refiere a las cosas infungibles determinadas genéricamente y admite la falta de coincidencia entre lo acordado y la prestación realizada por el deudor.

menos que el incumplimiento sea grave habida cuenta su interés contractual. En este último caso, podrá resolver el contrato o rechazar la prestación y exigir su sustitución.

¿Cuándo el defecto es importante o grave? Lo es cuando hace desaparecer para el acreedor la utilidad del contrato, sin perjuicio de que subsista o no su interés en conseguir la realización de la prestación⁷⁴ o bien le priva de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del mismo con tal que ese resultado haya sido previsible al tiempo de la celebración del contrato⁷⁵. Más adelante, cuando me refiera a la resolución por incumplimiento, se verá si esta noción de incumplimiento importante o grave tiene acogida, o no, en nuestro *Código*.

Para resolver sobre si el acreedor tiene derecho a rechazar, o no, la prestación, o bien está obligado a conservarla porque ella satisface, aunque no plenamente, su interés contractual, primero que todo deberá considerarse la regla contractual concreta –a lo querido por las partes– y ello presupone la interpretación de la declaración de voluntad. De ello resultará si la prestación ejecutada –la cosa o el hecho– coincide con el objeto ideal. Si de la regla contractual aparece que el acreedor busca que la cosa o el hecho reúnan una determinada característica o tenga una cualidad específica, y no otra, el asunto está zanjado: si no tiene esa característica o cualidad, el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación, pudiendo invocar para el ello el artículo 1569 o bien directamente el artículo 1489 CC.

Como puede apreciarse los problemas de falta de coincidencia entre el objeto ideal y el real deben tratarse como problemas de incumplimiento y como tales producen los efectos que le son propios.

Se pone de relieve una modalidad de incumplimiento más bien preterida por nuestra doctrina y jurisprudencia, la del cumplimiento defectuoso o imperfecto, que sin duda es la más compleja frente a la solución de los conflictos entre partes. Hay una actividad desplegada por el deudor, sin embargo ella no coincide con el programa inicial dibujado por el operador jurídico al interpretar el contrato. En cambio, cuando no hay cumplimiento, los únicos problemas que surgen están referidos a la posibilidad del cumplimiento posterior y a la idoneidad de ese cumplimiento para satisfacer el interés del acreedor. Esta falta de atención muy probablemente obedezca al modelo de obligación relevante, el de las obligaciones de dar específicas, en el que los cumplimientos defectuosos tienden a identificarse con los vicios redhibitorios. Es necesario precisar que la noción de cumplimiento defectuoso es más amplia que la de vicio redhibitorio, al comprender toda falta de coincidencia entre la conducta efectivamente desplegada y la idealmente proyectada al contratar⁷⁶. Los vicios ocultos tienen un ámbito más limitado que el cumplimiento defectuoso; se aplican a las obligaciones dar una especie o cuerpo cierto, discutiéndose en el Derecho comparado si alcanzan, o no, a las genéricas⁷⁷. De esta forma,

⁷⁴ Idea que se extrae del artículo 1926 CC. en materia de incumplimiento del arrendador

⁷⁵ Sobre la noción de incumplimiento esencial o resolutorio me referiré más abajo.

⁷⁶ Así se recoge: ALVAREZ VEGA, María Isabel, *Régimen jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en el Derecho europeo*, en ESPIAU ESPIAU, Santiago - VAQUER ALOY, Antoni (editores), *Bases de un Derecho contractual europeo o Bases of a European Contract Law* (Valencia, 2003), pp. 328-329.

⁷⁷ En el Derecho civil español se discute sobre la aplicación de las acciones edilicias a las obligaciones genéricas. Orti Vallejo, considera que a la compraventa genérica se aplican las acciones generales de incumplimiento y a las específicas las de saneamiento. Según el autor el vendedor en esta clase de compraventa está obligado a entregar una cosa con las cualidades de género pactado, sin importar si ha mediado, o no, la especificación de la obligación. ORTI VALLEJO, Antonio, cit. (n. 17), pp. 84 y 267. Para Navas Navarro en la compraventa genérica la entrega de una cosa con anomalías cualitativas supone un incumplimiento del vendedor, con lo que hay que aplicar las acciones generales derivadas de incumplimiento; en cambio, si la compraventa es específica, no procede aplicar el régimen del incumplimiento, sino que el del saneamiento por vicios ocultos. NAVAS NAVARRO, Susana, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar* (Madrid, 2004), pp. 104, 109-111, 240-241, 245-246. En esta misma dirección: DE

toda anomalía cualitativa de la prestación que no caiga en el ámbito de los vicios ocultos constituye cumplimiento defectuoso y produce los efectos generales del incumplimiento.

En los vicios ocultos, el deudor incumple la obligación de garantía que sobre él pesa. Si bien hay entrega, la cosa objeto de la misma no presta la utilidad presupuesta por las partes al contratar (artículo 1858 CC.). La particularidad de los vicios viene dada por los efectos que éstos producen. El legislador establece un régimen especial de responsabilidad, reconociéndole al acreedor afectado los llamados remedios o acciones edilicias (rebaja de precio y resolución de contrato *ex* artículo 1860 CC.), marginando a los efectos generales de todo incumplimiento, salvo el de la indemnización de daños si el deudor celebró el contrato de mala fe (artículo 1861 CC.).

Nuestro *Código Civil* reconoce esta clase de incumplimiento en su artículo 1556 para el remedio de la indemnización de daños e indirectamente en el artículo 1489 que en términos generales se refiere a la no ejecución de lo pactado, abarcando toda clase de incumplimiento.

Una reciente sentencia de la Corte Suprema⁷⁸ recoge implícitamente un concepto amplio de incumplimiento que comprende a los vicios redhibitorios como una clase de cumplimiento imperfecto que produce unos efectos especiales distintos de los generales de todo incumplimiento, calificando la acción redhibitoria como resolutoria especial por incumplimiento de contrato. Según el sentenciador no hay vicio oculto, sino un cumplimiento imperfecto que produce los efectos generales de todo incumplimiento, cuando el vendedor no entrega la cosa realmente vendida, sino otra que no reúne los requerimientos del comprador. El vendedor entregó un *aliud pro alio* y con ello cumple, pero lo hace imperfectamente, infringiendo la regla de artículo 1828 que le obliga a la entrega de lo que reza el contrato. En el caso, entrega al comprador sal en una concentración distinta a la requerida por el comprador (sal nitrificada en una concentración de 0,8% y el vendedor entregó sal de cura en una concentración cercana al 8,0%). Apoyado en ese incumplimiento el comprador demandó la resolución del contrato por incumplimiento, más la indemnización de daños conforme el artículo 1489 CC. y, subsidiariamente, la rescisión de contrato por vicio redhibitorio. El Tribunal resuelve que la sanción que debe aplicarse al vendedor por entregar una cosa distinta a la debida que no sirve para el objeto que buscaba el comprador es la resolución por incumplimiento, considerando que el incumplimiento reúne la exigencias del artículo 1489 CC., dando lugar, además, a la indemnización de daños.

Esta modalidad de incumplimiento permite apreciar el fenómeno del incumplimiento en toda su dimensión y la construcción de un sistema de responsabilidad adecuado para la protección del acreedor afectado, al que me referiré en el apartado que sigue.

2. Efectos del incumplimiento. Protección del acreedor afectado por el incumplimiento.

VERDA Y BEAMONTE, Ramón, *Saneamiento por vicios ocultos, Las acciones edilicias*, en *Revista de Derecho Patrimonial* 12 (Navarra, 2004), pp. 226-227. Con una opinión diversa la profesora Fenoy Picón expresa que para la compraventa genérica es usual afirmar que, mientras ella tenga dicha condición, es procedente aplicar las acciones generales de incumplimiento, sin embargo la especificación de la compraventa genérica produce un cambio de régimen jurídico, consistente en que no cabe aplicar el incumplimiento, sino el saneamiento. FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad*, cit. (n. 8), pp. 93-105. Haciendo esta misma distinción: Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos. Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), p. 297; SÁNCHEZ CALERO, Francisco J., cit. (n. 68), pp. 656-660.

⁷⁸ Sentencia de 27 de julio de 2005 dictada en recurso N° 5320/ 2003, disponible en www.lexisnexus.cl, indicador N° 32452. Un reciente y valioso comentario a esta sentencia y que el autor muy amablemente me facilitara: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Falta de conformidad, vicios redhibitorios e incumplimiento. Corte Suprema, 07 de julio de 2005*, en *Revista de Derecho Privado* (Santiago, 2006) 1 (en prensa).

Se ha explicado que el solo incumplimiento del deudor es suficiente para poner a disposición del acreedor unas medidas de protección que genéricamente he llamado remedios por incumplimiento⁷⁹ y éstos son aquellas acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente y cuyo objeto es la realización de su interés en la prestación afectado por dicho incumplimiento. Me refiero a los denominados efectos anormales de las obligaciones o derechos y acciones por incumplimiento, pero ahora referidos a toda clase de obligación, tanto unilaterales como sinalagmáticas.

Se trata de una responsabilidad en sentido amplio, sinónima de un conjunto de consecuencias que se siguen del incumplimiento del deudor y que debe soportar por ese mismo hecho, a la que más propiamente conviene denominar sistema de remedios por el incumplimiento. La responsabilidad civil en su sentido restringido se identifica con uno de estos remedios, la indemnización de daños^{80 81}.

Tradicionalmente estos efectos se asocian y limitan al cumplimiento específico o ejecución *in natura* y la indemnización de daños (compensatoria y moratoria); a la resolución se la estudia en materia de condiciones resolutorias o de los efectos particulares de los contratos bilaterales. A la cabeza de cualquiera de estos efectos está la culpa que es el elemento esencial que permite hilvanarlos. Como se ha expresado, la culpa juega su papel en materia de efectos del incumplimiento, pero limitadamente y no con relación a todos sus efectos. Hoy día se avanza poco a poco a una suerte de objetivación de la responsabilidad civil contractual, circunscribiendo el rol de la culpa, en su expresión negativa (caso fortuito o de fuerza mayor), a la indemnización de daños⁸².

En realidad, el elemento que permite articular los remedios es el hecho objetivo del incumplimiento, que pone a disposición del acreedor un abanico de medidas de protección. El

⁷⁹ La expresión remedios proviene del Common Law y se definen como aquellos medios por los cuales se ejecuta un derecho o se evita, compensa o indemniza su violación. CAMPBELL, Henry, *Black's Law Dictionary* (6ª edición, St. Paul, Minn, 1990), p. 1.294.

⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, cit. (n. 8), p. 3.922, empleado la expresión en su sentido restringido, expresa: “Es uno de los remedios (la responsabilidad civil contractual) –junto a la pretensión de cumplimiento (artículos 1096 I -II, 1098, 1099 CCesp.; artículos 924.I, 926 LECesp.), la resolución por incumplimiento (artículo 1124 CCesp.), y la atribución del *commodum representationis* (artículo 1186 CCesp.)– con los que cuenta el acreedor frente al incumplimiento de deudor. Se caracteriza frente a los restantes porque requiere que la falta de cumplimiento haya causado daño al acreedor y sea subjetivamente imputable al deudor”.

⁸¹ Sobre la distinción entre la responsabilidad civil en sentido estricto y el sistema de remedios por el incumplimiento en la compraventa internacional, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir de artículo 79 de la Convención de Viena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 18 (Valdivia, 2005) 1, pp. 71 -74.

⁸² Así se recoge en: DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos. Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), p. 575. “La pregunta por la imputación no es necesaria en relación con las restantes medidas de protección del derecho de crédito (de la indemnización). Para poner en juego la acción o reclamación de cumplimiento, el problema de la responsabilidad contractual queda por completo al margen. Igualmente, para poner en marcha los mecanismos de defensa en el caso de relaciones obligatorias de carácter sinalagmático, como son la resolución o la excepción de incumplimiento contractual”. Cfr. SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, cit. (n. 8), pp. 123-124. En el nuevo Derecho de la contratación se prescinde de la culpa y del modelo de conducta de la persona diligencia. La responsabilidad por incumplimiento actúa objetivamente y el modelo de conducta es el de la persona razonable. El deudor se exonera por impedimentos ajenos a su esfera de control y su eficacia se extiende al remedio de los daños, sin perjuicio de la incidencia por rebote que puede tener sobre el cumplimiento específico. Con relación a la *Convención de Viena*, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional*, cit. (n. 78).

acento está en la protección de su interés y no en la idea de sanción al deudor, ajena al derecho del incumplimiento, salvo en el caso del dolo del deudor del artículo 1558 CC.⁸³

Entre los remedios o medidas de protección del interés del acreedor⁸⁴ se hallan el cumplimiento específico o ejecución forzada en sus distintas modalidades; la indemnización de daños, la resolución por inejecución y el *commodum representationis* en supuestos de imposibilidad⁸⁵. Todos estos remedios tienen como elemento común el incumplimiento, pero cada uno descansa en un supuesto de hecho distinto, que actúa como un genuino filtro. La procedencia de uno de cualesquiera de estos remedios depende del particular reparto de riesgos efectuado por las partes o de aquél que hace la ley dispositiva. La opción de ejercitar uno u otro remedio pertenece al acreedor, quien la ejercerá según mejor convenga a su interés afectado por el incumplimiento⁸⁶. Después del incumplimiento, que rompe el orden normal de las cosas (los contratos se celebran para cumplirse), es el acreedor quien debe decidir sobre el o los remedios de que hará uso para la realización de su interés, sin más límites que los provenientes de los supuestos específicos de cada remedio.

En lo que resta del presente trabajo me referiré a los aspectos que considero más interesantes de los tres remedios tradicionales: el cumplimiento específico, la resolución por incumplimiento y la indemnización de daños.

3. La pretensión de cumplimiento específico.

⁸³ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El propósito práctico y la idea de negocio jurídico*, cit. (n. 59), p. 1.538, explica que entender unitariamente el problema de los remedios disponibles frente al incumplimiento presenta una doble ventaja: en primer lugar, permite adecuar todos los remedios al interés concreto que ha quedado insatisfecho, y, en segundo lugar, pone en conexión a todos los remedios, aunque cada uno de ellos conserve su propia identidad e independencia como resultado de la autonomía de su supuesto de hecho. En la misma dirección, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.721, afirma que: “la primera premisa de un Derecho del incumplimiento congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda la desviación de programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso.

⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), pp. 1.728 y 1.737, habla de “medios de tutela frente al incumplimiento de que dispone el acreedor” y entre ellos considera: a) pretensión de cumplimiento, incluyendo la reparación de los vicios o defectos, la sustitución del objeto y cualquiera otra forma de corrección de la prestación defectuosa; b) remedios sinalagmáticos: resolución por incumplimiento, reducción del precio y la *exceptio inadimpleti contractus*; y c) los remedios indemnizatorios; d) la pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenida por el deudor a costa del acreedor; y e) el *commodum representationis* en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable a una de las partes; remedio incompatible con la resolución, no así con la indemnización de daños. En esta misma dirección: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual* (Madrid, 1996); y, recientemente, SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, cit. (n. 8), p. 126; FENOY PICÓN, Nieves, *Sentencia de 10 de julio de 2003*, cit. (n. 8).

⁸⁵ El *commodum representationis* es un remedio en virtud del cual el acreedor ante la imposibilidad de cumplimiento específico, incluso por una causa no imputable al deudor, puede reclamarle la cesión de todos los derechos y acciones que tuviese en contra de terceros en razón del objeto de la prestación debida. Esta cesión no opera de pleno Derecho, sino que es menester que el acreedor la exija al deudor como una pretensión en el juicio respectivo, idéntica a la de indemnización, resolución o cumplimiento. En nuestro Derecho civil es posible construir este remedio a partir de las disposiciones de los artículos 1677 y 1590, ambos del *Código Civil*. El reconocimiento de este remedio al acreedor presupone que cuando opera la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, la extinción afecta a la obligación, no así a la relación contractual, que subsiste, a menos que se ejerza la acción resolutoria. Véase: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), pp. 1.021 y 1.022; SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, cit. (n. 9), pp. 151-161.

⁸⁶ Reconociendo esta opción entendida como un verdadero poder de decisión del acreedor enfrentado a un abanico de remedios disponibles: Díez-Picazo, Luis, cit. (n. 8), p. 674; Díez-Picazo GIMÉNEZ, Gema, cit. (n. 84), pp. 393-394; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.043.

El primer remedio de que dispone el acreedor afectado por el incumplimiento es la pretensión de cumplimiento y ella conduce a un pago de la obligación no voluntario, sino a instancia de la autoridad judicial. Esta pretensión es la facultad o acción de que es titular el acreedor por el mero hecho de incumplimiento, cuyo objeto es la realización in natura de su interés en la prestación⁸⁷. En nuestra doctrina se echa en falta el tratamiento sustantivo de este remedio⁸⁸, ella se limita a vincularlo con el derecho de garantía general del artículo 2465 y seguidamente examina las normas procesales contenidas en el *Código* de procedimiento civil⁸⁹. Ello tiene su explicación en que el *Código Civil*, al igual que los de su entorno, carece de una regulación de este remedio; sólo se cuentan dos disposiciones que directamente y de modo general reconocen este derecho al acreedor, la primera la del artículo 1553 referida a las obligaciones de hacer; y la segunda, la del artículo 1489 que le reconoce la opción entre la resolución y el cumplimiento específico. No se prevén normas sustantivas que establezcan los requisitos y condiciones de la pretensión y su relación con los restantes remedios del acreedor⁹⁰. El *Código de Procedimiento Civil*, en cambio, regula en detalle los procedimientos de ejecución forzosa de las obligaciones da dar, hacer y no hacer.

La realización en naturaleza del interés del acreedor se logra exigiendo al deudor, o el despliegue de la conducta prometida en la prestación que no tuvo lugar, o la corrección de aquella prestación no conforme al contrato. El acreedor insiste en el cumplimiento del deudor.

Este remedio si bien se articula a partir del incumplimiento, como todos, tiene su propio supuesto que le diferencia de los demás, sin perjuicio que este último se aproxima, sin llegar a identificarse, con el de la indemnización de daños. La pretensión de cumplimiento actúa con independencia de si ha habido culpa o no de parte del deudor. En principio, sólo importa que el incumplimiento se haya producido y que el cumplimiento ulterior sea objetivamente posible⁹¹. En principio porque aunque todavía posible el cumplimiento, la ley procesal

⁸⁷ El acento está en la posición del acreedor más que en la ejecución misma que toma en cuenta más bien la posición del deudor.

⁸⁸ En la doctrina del Derecho civil español se destacan dos trabajos sobre el cumplimiento específico. VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones* (Bologna, 1995); y, recientemente, MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria: límites de su ejercicio y naturaleza de las medidas de ejecución de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en libro *Homenaje al profesor Manuel Amorós* (pendiente de publicación) y que su autor amablemente me facilitó.

⁸⁹ Véase por todos: FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n. 35), pp. 269-292.

⁹⁰ Esta situación no se condice con el papel primordial que se le asigna por la doctrina a este remedio, que es el principal de que dispone el acreedor. En otros ordenamientos, como el de la Convención de Viena, se regula especialmente este remedio. Los artículos 45 y 61 reconocen este derecho o pretensión al acreedor afectado y los artículos 46 y 62 disponen sobre su procedencia, previendo la facultad del acreedor de otorgar un plazo suplementario de duración razonable al deudor incumplidor para que cumpla o corrija su cumplimiento defectuoso (artículos 47 y 63 de la CV.). En el caso de la falta de conformidad el artículo 46, en sus párrafos 2 y 3 establecen los requisitos de procedencia de dos modalidades de este remedio, la pretensión de reparación y de sustitución de las mercaderías.

⁹¹ En esta orientación CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario artículo 1101, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* 15 (Madrid, 1989) 1, pp. 1.088 a 1.124, sostiene: “Hay que empezar afirmando la radical diferencia entre la acción de cumplimiento y la acción de indemnización del daño de incumplimiento. Entre otras cosas, y ésta es la razón fundamental, porque la acción de cumplimiento correcto de los artículos 1096-1099 del *Código Civil* está basada en el hecho objetivo del material incumplimiento, sin exigir criterio alguno de imputación del mismo al deudor. El deudor que incumple puede ser constreñido al cumplimiento, sea o no simultáneamente responsable de los daños”. En la misma dirección, VERDERA SERVER, cit. (n. 88), p. 138-139, explica que: “Es cuando menos sorprendente que la actuación del derecho de crédito del acreedor exija la culpa del deudor: la (in)imputabilidad se requiere a otros efectos (resarcimiento y/o exoneración), pero en ningún lugar se prevé su concurso en el cumplimiento de la prestación”. Finalmente, PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.729, apunta que la pretensión de cumplimiento “ha de continuar siendo un

renuncia a la realización *in natura*, abriendo paso a una por equivalencia. Ello podría permitir afirmar que el límite de esta pretensión está en su impracticabilidad por imposibilidad o norma procesal.

En cuanto a la culpa, ella no integra el supuesto del remedio, sin embargo la falta imputabilidad puede afectarle, sea privando al acreedor del remedio porque la obligación se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida no imputable; o suspendiendo su ejercicio mientras subsista el caso fortuito causante del incumplimiento. El caso fortuito afecta la titularidad del remedio o su ejercicio. En el primer caso porque la obligación se extinguió, en el segundo porque su exigibilidad se halla en suspenso. La prescindencia del criterio de la culpa se aprecia mejor en los cumplimientos imperfectos. En ellos no interesa la causa del defecto o falta de conformidad (culpa o caso fortuito); siempre el acreedor tendrá a su disposición las pretensiones de sustitución o reparación si concurren sus requisitos de procedencia⁹². Sobre la procedencia de estos remedios en nuestro ordenamiento me referiré más abajo.

A continuación abordaré dos aspectos, a mi juicio de interés para desvelar el régimen de este remedio: a) la articulación del cumplimiento según la obligación sea de objeto fungible o específico; y b) las modalidades que puede asumir el cumplimiento específico en caso de cumplimiento imperfecto.

a) La pretensión de cumplimiento en las obligaciones con objeto fungible y específico. La pretensión de cumplimiento se comporta de diversa forma según cuál sea el objeto de la obligación. Si el objeto es fungible, la posibilidad de satisfacción no se agota ni en una cosa determinada, ni en la conducta del deudor; en cambio, si es específico, sólo la cosa o hecho prometidos servirán para satisfacer *in natura* el interés del acreedor y no otras.

i) Las obligaciones con objeto fungible. Como se ha explicado, el contrato asegura un resultado, la satisfacción del interés de acreedor. El acreedor inserto en un mercado, más o menos diversificado, contrata con un tercero, trasladándole el riesgo de satisfacción de su interés. En estas obligaciones, entonces, si el deudor incumple, el acreedor no está obligado a hacer uso de la pretensión de cumplimiento, sino que puede optar entre ella o la indemnización del daño intrínseco que cubre el valor o el menor valor de la prestación; o la resolución del contrato si procede. Si el punto de partida es el real interés de acreedor en la prestación su satisfacción puede obtenerse no sólo del deudor, sino también de otros operadores del tráfico, no es razonable imponer al acreedor que insista en el cumplimiento del deudor incumplidor, en quien muy probablemente ya no confía como antes; más aún si el sistema procesal de ejecución de las obligaciones no le garantiza que por medio de sus procedimientos de ejecución obtendrá el cumplimiento *in natura*. Al acreedor se le debe reconocer la opción arriba descrita, más el derecho a la indemnización de los daños extrínsecos, los que van más allá del valor de la prestación. Seguir uno u otro camino no es indiferente.

Así por ejemplo, si los precios en el mercado han experimentado un alza, al acreedor le interesará la indemnización del actual valor de la prestación. Si para la prestación no existe un mercado muy apropiado o éste es escaso, el interés será insistir en el cumplimiento específico.

remedio independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor y la causación o no de daño al acreedor”.

⁹² Así, por ejemplo, en los vicios redhibitorios que son una clase de cumplimiento específico regulado especialmente, sus efectos, sea la acción resolutoria (rescisoria), sea la rebaja de precio, actúan objetivamente, al margen de la culpa y el dolo del vendedor. A esto podría decirse que fuera de ese caso, el artículo 1590 en materia de pago, prevé el caso de la entrega de una cosa con deterioros, atribuyendo responsabilidad al deudor sólo cuando ha habido culpa de su parte o de sus dependientes. Esta solución es una concreción de la regla del riesgo de la prestación del artículo 1550 del *Código Civil*, aplicable, eso sí, sólo a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto y no a las restantes.

Si los precios han bajado notablemente y el incumplimiento es esencial, al acreedor le convendrá resolver el contrato y obtener la restitución del precio. El interés del acreedor determinará el diseño de su estrategia frente al incumplimiento.

En el caso de las obligaciones de dar cosas genéricas no hay una norma que reconozca la opción, sin embargo ella fluye lógicamente del régimen de ejecución de esta clase de obligaciones que renuncia desde ya a la ejecución *in natura*⁹³ y de la doctrina de Claro Solar que reconoce al acreedor la facultad de procurarse en el mercado las cosas del género y demandar al deudor la indemnización de daños⁹⁴. Para las obligaciones de hacer, en cambio, hay norma expresa, la del artículo 1553 CC. que la reconoce la opción al acreedor⁹⁵ y agrega una modalidad de ejecución *in natura*, que se autorice al acreedor para mandar a ejecutar la prestación a expensas de deudor incumplidor (artículo 1553 N° 2)⁹⁶. En el caso de las obligaciones de no hacer, la regla es que sólo procede la indemnización de daños (artículo 1555)

El artículo 1489 CC. aparentemente se opondría a esta opción amplia del acreedor. A pesar que la regla del artículo 1489 pareciera estar limitada a las obligaciones de dar una cosa específica, ella se aplica a toda clase de obligaciones sinalagmáticas. Y si ella es una con objeto fungible, el alcance de la regla sobre los efectos del incumplimiento dependerá del régimen

⁹³ El artículo 235, N° 4, de *Código de Procedimiento Civil*, regula el procedimiento de ejecución de las obligaciones de dar un género determinado, ordenando que se proceda conforme las reglas de la ejecución de las obligaciones dinerarias, esto es aquellas que imponen la dación de una suma de dinero (artículo 235 N° 3 del *Código de Procedimiento Civil*). La opción para esta clase de obligaciones es en realidad teórica, pues en el terreno práctico más bien se confunde con la indemnización de daños.

⁹⁴ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones*, cit. (n. 37), p. 556, explica que cuando se trata de obligaciones de dar individuos de un género determinado, al acreedor se le reconoce directamente el derecho a la indemnización de daños. Si en esta clase de obligaciones el acreedor lo pide podrá ser autorizado para procurarse la cosa de género a expensas del deudor; y si se trata de mercaderías que tengan un curso cierto, es decir, fungibles, basta que se dé al acreedor la indemnización de daños y perjuicios que represente la diferencia entre el precio de la compra y el curso de los objetos adquiridos el día fijado para la entrega.

⁹⁵ Reconociendo la opción que el artículo 1553 reconoce al acreedor frente el incumplimiento de una obligación de hacer, admitiendo la acumulación de la indemnización de daños por el valor de la prestación y aquellos que derivan de la mora, véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 3 de agosto de 2000, www.lexisnexis.cl, indicador N° 22153. El considerando 15° de la sentencia declara: “*Que de acuerdo con el artículo 1553 del Código Civil, el acreedor de una obligación de hacer no está obligado a solicitar principalmente el cumplimiento del contrato y accesorialmente la indemnización de perjuicios sino que puede solicitar a su elección principalmente la ejecución forzada de la obligación o solicitar la indemnización de perjuicios. En consecuencia, la indemnización de perjuicios compensatorios que emana de la obligación de hacer es principal*”

⁹⁶ Esta disposición debe leerse conjuntamente con las normas que da el Código de procedimiento civil para la ejecución de las obligaciones hacer, del título 2° del libro III (artículos 530 y siguientes). Se distingue según sea el objeto de la obligación, la suscripción de un documento (artículo 532) o la ejecución de una obra material (artículos 533 y siguientes). En lo que concierne a la obra material, la norma procesal limitaría la opción de acreedor según el artículo 1553 del *Código Civil*. Así se infiere del artículo 536. En efecto, según la disposición, el acreedor sólo puede solicitar que se le autorice para llevar a cabo la obra por medio de un tercero y expensas de deudor, cuando el deudor se niegue a cumplir el mandamiento ejecutivo o la sentencia si las excepciones que opuso fueron rechazadas; o bien, cuando principiando las obras, las abandona. Habría una jerarquía entre los numerales 1 y 2 de artículo 1553, desde que el acreedor no podría optar libremente entre uno y otro. Tanto es así que el artículo 533 dispone que el mandamiento de ejecución debe contener, en primer lugar, la orden de requerir al deudor para que cumpla la obligación (N° 1). Esta lectura apegada al tenor literal de los preceptos podría oponerse al interés de acreedor cuando éste haya perdido la confianza en el deudor por su conducta en la ejecución de la obligación y simplemente no desee insistir en su cumplimiento *in natura*. En estos casos, como la norma limitaría su opción para que la obligación la ejecute un tercero, sólo le quedaría demandar directamente la indemnización de daños conforme el numeral 3 del artículo 1553, opción que no se vería afectada por la norma procesal, pese al tenor del precepto de artículo 542 del código procesal. Así lo reconoce: ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 31), p.

particular a que esté sometida. En ellas el acreedor afectado puede ejercer la facultad resolutoria, ahora en lugar de la pretensión de cumplimiento específico; o de indemnización del valor de la prestación, no obstante el derecho a la reparación de los daños extrínsecos. Podría objetarse esta interpretación diciendo que el artículo 1553 CC. ya ha fijado los efectos de su incumplimiento y en ellos no tiene cabida la resolución por inejecución. Sin embargo, ello no sería acertado, pues el régimen del incumplimiento de obligaciones de hacer bilaterales sólo resulta de la conjugación de las dos disposiciones comentadas.

Hasta ahora me he referido a las obligaciones con objeto fungible ¿qué suerte corre la pretensión de cumplimiento en las obligaciones específicas?

ii) Las obligaciones con objeto específico. Como se sabe, en estas obligaciones la posibilidad de satisfacción de interés de acreedor es única; el objeto de la obligación es esa especie o cuerpo cierto o la actividad de la persona del deudor. Si se considera que el contrato protege por sobre todo la satisfacción in natura del interés del acreedor, no podría reconocerse a este último la opción entre el cumplimiento y la indemnización. Sólo si el cumplimiento específico no es objetivamente posible⁹⁷, se abriría paso la indemnización de daños en su sentido más amplio, comprensiva de los daños intrínsecos y extrínsecos *ex* artículo 1558 CC. Desde esta perspectiva, para estas obligaciones los remedios estarían ordenados jerárquicamente, distinguiéndose un remedio primario de otro secundario. Sin embargo, no existe norma en el *Código* que establezca esta ordenación⁹⁸, más aún –como se dijo– hay normas que reconocen la opción al acreedor. Ello ha dado pie a algunos autores nacionales para sostener que el acreedor puede perfectamente optar entre un remedio y otro⁹⁹. Son dos las disposiciones que reconocen la opción. Como se sabe, el artículo 1553 reconoce expresamente la opción para las obligaciones de hacer. Y para las obligaciones de dar, si en ellas se pacta una cláusula penal, el artículo 1537 dispone que una vez constituido en mora el deudor, el acreedor puede optar libremente entre el cumplimiento y la indemnización convencional.

A mi juicio, atendido que no hay norma expresa que zanje la cuestión; que la objetiva posibilidad no garantiza al acreedor la satisfacción in natura de su interés, pues la ley procesal renuncia a ella antes; y que conforme el régimen procesal pareciera que la opción de cumplir in

⁹⁷ Reconociendo el límite de la pretensión de cumplimiento específico en la imposibilidad absoluta de cumplir, véase sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, del 26 de septiembre de 1995, www.lexisnexis.cl indicador N° 21.490. El fallo se pronuncia sobre el incumplimiento de un contrato de promesa y la pretensión de cumplimiento forzoso del acreedor afectado, la que es rechazada por la imposibilidad de cumplimiento desde que el promitente vendedor ya había vendido y transferido el inmueble objeto del contrato a un tercero. Se declara que el rechazo de la demanda de cumplimiento era sin perjuicios de las acciones para la defensa de sus derechos. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 1 de diciembre de 1993, no da lugar al cumplimiento específico consistente en alzar una hipoteca constituida sobre el inmueble comprado a favor de un tercero; declarándose que ese cumplimiento no es posible y que en su lugar el comprador deberá pedir la resolución del contrato.

⁹⁸ Esta ordenación se infiere de las normas sobre pérdida de la cosa debida al disponer sobre los efectos de la imposibilidad sobrevenida de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto (artículos 1670 y 1672 CC.). Tales efectos dependen de si la imposibilidad fue imputable, o no, al deudor. Si es imputable, como será la regla para el Código, la obligación subsiste, pero cambia de objeto, la indemnización de daños (valor de la prestación y daños por la mora). Aquí se incurre en un error pues el artículo 1672 no impone al acreedor ejercitar primeramente el remedio del cumplimiento específico, sino que le priva de este remedio en razón de la objetiva imposibilidad, reconociéndole como remedio único el de la indemnización de daños, al que se puede sumar, por el artículo 1489, el de la resolución.

⁹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho civil, III: De las Obligaciones* (Santiago, 1941), pp. 179-180, se inclinan por la opción del acreedor, apoyándose en lo siguiente: i) el artículo 1553 constituye una manifestación de una regla general; ii) siempre la mora trae aparejado el derecho a demandar la indemnización de daños; y iii) el artículo 1537 viene a confirmar la regla general.

natura pertenece más bien al deudor incumplidor, no puedo sino inclinarme por reconocer la opción del acreedor, entre la indemnización de daños y el cumplimiento. El incumplimiento permite el tránsito desde la obligación a la responsabilidad y ésta, en sentido, amplio comprende un abanico de remedios entre los cuales el acreedor puede optar¹⁰⁰.

b) Cumplimiento específico en caso de cumplimiento defectuoso. Hasta ahora me he referido a la pretensión de cumplimiento específico en casos de falta de cumplimiento. La pregunta que surge es ¿es procedente esta pretensión en supuestos de cumplimiento defectuoso?. Y en caso de serlo ¿qué modalidad ella adoptaría?. En el Derecho chileno especial y en el Derecho comparado, ella es aceptada y asume una doble modalidad, cada una sujeta a su propio régimen jurídico: la pretensión de reparación y la de sustitución de la prestación defectuosa o no conforme. Al acreedor afectado se le reconoce el derecho a pedir al deudor, o la corrección o reparación de la prestación o su sustitución por otra conforme al contrato.

En nuestro *Código Civil* no hay una norma general que reconozca al acreedor ninguna de estas pretensiones, en cambio sí hay algunas que permitirían concluir que para esta clase de incumplimientos el legislador optó por reconocer al acreedor el derecho a pedir la indemnización de daños o del menor valor de la prestación, quedando obligado a conservar la prestación defectuosa o no conforme, a menos que el defecto o falta de conformidad sean tan graves como para autorizar el ejercicio de la facultad resolutoria. Así resulta de las reglas sobre el pago de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto (artículo 1590 CC.) y las que imponen al vendedor la obligación de saneamiento de los vicios ocultos o redhibitorios (artículos 1860 y concordantes). Los remedios disponibles para estos casos de incumplimiento son, la indemnización de daños y la resolución (deterioros); o la acción estimatoria y la resolución (vicios redhibitorios).

Con relación a las obligaciones de hacer el artículo 2002 de *Código*, en materia de contrato de obra, prevé un caso de cumplimiento defectuoso o imperfecto (“no haberse ejecutado debidamente”) y reconoce al acreedor, si la alegación suya fuera fundada, la opción entre la indemnización de daños y la sustitución de la prestación (“hacerla de nuevo”). Si al acreedor se le autoriza a lo más –que es la sustitución de la obra– estaría autorizado para lo menos, que es la reparación o corrección. Esta norma, junto con la del artículo 1553, podrían servir de fundamento para las pretensiones de sustitución y reparación cuando la prestación de hacer no haya sido ejecutada debidamente.

En los regímenes especiales de compraventa se reconoce al acreedor afectado por un cumplimiento defectuoso el derecho a pedir la sustitución o reparación del producto o mercadería. Me refiero a la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos del consumidor y a la *Convención* de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Tienen en común estos dos ordenamientos que regulan compraventas que por regla general recaen sobre cosas genéricas o fungibles.

i) Compraventa de consumo. El párrafo 5° rubricado “*Responsabilidad por incumplimiento*” de la ley N° 19.496 reconoce al consumidor –que es el acreedor de la compraventa de consumo– en caso de incumplimiento del proveedor– que es el deudor– una serie de remedios tendientes a la efectiva realización de su interés afectado. i) Si el incumplimiento consiste en que la cantidad o el contenido neto del producto sean inferiores al indicado en el empaque o envase, el acreedor

¹⁰⁰ Recientemente, PIZARRO WILSON, Carlos, *Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 3 (Santiago, Universidad Diego Portales, 2006), pp. 247-249. El profesor Pizarro apoya la libre opción del acreedor en el principio de la fuerza obligatoria del contrato y, en último término, en la protección del interés del acreedor y afirma: “Este principio, el de la fuerza obligatoria, no debe entenderse como la necesidad de cumplir el contrato, sino que frente al incumplimiento, el acreedor debe escoger la sanción más adecuada para satisfacer su interés al momento de celebrar el contrato”.

tiene derecho a exigir la reposición del producto y, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro producto o por la devolución de precio pagado en exceso. Al acreedor se le priva del derecho a la indemnización de daños (artículo 19 de la Ley N° 19.496).

ii) Si el proveedor incurre en cualquiera de los incumplimientos que prevé el artículo 20 de la Ley N° 19.496, el consumidor tiene derecho, aparte de la indemnización de daños, a la reparación gratuita del producto o –previo la restitución del bien no conforme– a su sustitución o a la devolución del precio. Si el precepto se lee en clave de responsabilidad civil o de remedios por incumplimiento, es correcto afirmar que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico del contrato, que puede asumir una de dos modalidades: reparación gratuita o sustitución del bien; pudiendo alternativamente resolver el contrato (restitución de bien y devolución del precio) y, en cualquier caso, reclamar la indemnización de los daños.

ii) Compraventa internacional. La *Convención* de Viena incluye dentro de las obligaciones del vendedor la entrega de las mercaderías conformes al contrato. El artículo 35 dispone sobre la conformidad de las mercaderías cuando las partes no lo han acordado, estableciendo criterios legales de conformidad que permiten por vía de exclusión llegar a un concepto de falta de conformidad¹⁰¹. En lo que ahora interesa, la *Convención* en su artículo 45 reconoce una serie de remedios al comprador en caso que el vendedor incumpla cualquiera de sus obligaciones, y el artículo 46 regula el cumplimiento específico cuando el incumplimiento consista en la falta de conformidad (artículo 46 (2) y (3) CV.). Conforme esta última disposición, el comprador tiene derecho a pedir la reparación de las mercaderías cuando ello sea razonable según las circunstancias del caso o a pedir su sustitución si la falta de conformidad constituye incumplimiento esencial *ex* artículo 25 CV. En ambos casos el comprador debe comunicar al vendedor que hará uso de cualquiera de estas pretensiones cuando denuncie la falta de conformidad (*ex* artículo 39 CV) o dentro de un plazo razonable desde ese último momento.

iii) ¿Qué ocurre en las compraventas civiles y mercantiles y en general en las restantes obligaciones de dar (específicas o genéricas)?.

En la doctrina española desde hace algunos años se ha intentado justificar la procedencia de estos remedios para los cumplimientos defectuosos¹⁰² y hoy día por la incorporación de la Directiva 44/1999 al ordenamiento español por la ley 23/2003, que adopta el sistema de la *Convención* de Viena sólo para las compraventas de consumo y no para todas las compraventas, como sí ocurre en el BGB con la reforma del 2002, que uniforma todo el Derecho de la compraventa en materia de falta de conformidad¹⁰³. Los españoles discuten si es posible hacer encajar estas modalidades del cumplimiento específico en el sistema de responsabilidad de *Código Civil* español sin necesidad de una reforma legal. Muy sintéticamente, distinguen según la compraventa sea específica o genérica y si el vendedor, a parte de vender la cosa, la ha

¹⁰¹ Para un estudio de la reparación y sustitución de las mercaderías en Viena, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo, *Los efectos particulares de la falta de conformidad de las mercaderías en la compraventa internacional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 26 (2005) 2, pp. 559-593.

¹⁰² Cabe precisar que antes del año 2003 ya se reconocía, entre los remedios de que dispone el acreedor afectado por un cumplimiento defectuoso, la pretensión de corrección o reparación de la misma o su sustitución. Véase: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), pp. 1.728 y 1.737 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual*, cit. (n. 84); y para la compraventa: FENOY PICON, Nieves, *Falta de conformidad*, cit. (n. 8), p. 94. A diferencia de lo anteriores, la autora intenta justificar la procedencia de estos remedios, distinguiendo entre las compraventas específicas y genéricas, sin conformarse con admitirlas lisa y llanamente.

¹⁰³ Para una visión general de la protección de comprador en el Derecho europeo por la falta de conformidad: SIVESAND, Hanna, *The Buyer's Remedies for Non-conforming Goods: Should there be Free Choice or are Restrictions are Necessary?* (Munich, 2005); y MARÍN LÓPEZ, Manuel J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros* (Madrid, 2004).

fabricado¹⁰⁴. En el caso de la compraventa específica, por su propio objeto no cabría la sustitución; a diferencia de la genérica, que como todos los individuos del género son idóneos para satisfacer el interés de acreedor, la sustitución debe aceptarse¹⁰⁵. La reparación, en cambio, quedaría reservada exclusivamente para aquellas compraventas en las que el vendedor, además, se ha obligado a fabricar la cosa. En los restantes casos, la reparación rebasa la prestación objeto del contrato, al imponer al deudor una obligación ajena a la que originariamente contrajo, una de hacer.

Desde luego este mismo razonamiento puede trasladarse al *Código Civil* chileno, sin embargo antes, creo que hay que buscar un fundamento en sus propias disposiciones para resolver la cuestión para toda clase de obligación.

Si se considera lo dispuesto por el artículo 1545 del *Código Civil* chileno según el cual el contrato vincula a las partes como si de una ley se tratase; al principio de la identidad de pago del artículo 1569 y al mismo artículo 1489 que prevé, indistintamente, la no ejecución de lo pactado como supuesto de los remedios¹⁰⁶, uno podría preguntarse ¿está legitimado el acreedor para exigir al deudor la reparación o sustitución de la prestación defectuosa o no conforme?. Un análisis detenido de la cuestión rebasa el objeto de este trabajo, que ya se ha extendido más allá de lo debido; sin embargo convendría precisar algunas cosas.

A mi juicio, la sustitución de la prestación defectuosa cabría siempre que el objeto de la prestación fuere fungible; que el defecto sea grave, en términos que permita presumir que si el acreedor hubiese tenido en cuenta ese defecto o falta de conformidad no hubiere celebrado el contrato (incumplimiento esencial); y que ello no resulte desproporcionado atendido el contenido de la regla contractual concreta y las circunstancias del caso¹⁰⁷. El régimen aplicable a esta pretensión será el de las obligaciones de dar o hacer, según el caso.

Para la reparación la cuestión es más compleja dado que es discutible si cae dentro del contenido de la obligación el que el deudor deba desplegar una actividad destinada a la corrección de la prestación, por defectuosa que ella sea. Podría pensarse que por una decisión

¹⁰⁴ Véase: MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor*, cit. (n. 8), pp. 266-270. Ya antes: FENOY PICON, Nieves, *Falta de conformidad* cit. (n. 8), y recientemente en: *Sistema de protección del comprador*, cit. (n. 5).

¹⁰⁵ Se hace la prevención que no son pocas las obligaciones específicas que de acuerdo a la verdadera intención de los contratantes son más bien fungibles, como el caso del automóvil de segunda mano.

¹⁰⁶ Si uno examina la doctrina que comenta el artículo 1489 CC. la discusión se ha centrado en la procedencia de ejercicio de la facultad resolutoria y en particular sobre cuáles son los incumplimientos resolutorios y ello porque como la expresión del precepto es una muy amplia, en principio, comprende todas las modalidades de incumplimiento contractual: falta de cumplimiento, cumplimiento retardado y defectuoso o imperfecto. De la discusión se desprende que para los otros remedios: el cumplimiento específico y la indemnización de daños, la entidad de incumplimiento es indiferente; para el primero basta el solo incumplimiento y para el segundo la existencia del daño y la ausencia de una causa de exoneración. Entonces, si la norma emplea la expresión “no ejecutarse lo pactado” en un sentido amplio, la pretensión de cumplimiento no estaría limitada a la hipótesis de falta de cumplimiento, sino que extendería a todas y si es así habría que desvelar qué modalidad debe asumir el cumplimiento específico cuando el cumplimiento es defectuoso o imperfecto y allí aparecerían los remedios de la reparación y sustitución de la prestación.

¹⁰⁷ Ese límite no lo establece la *Convención* de Viena (artículo 46 (2), pero sí la Directiva 44/1999/CE y la Ley de incorporación española del 2003. El artículo 3 (1) (Derechos del consumidor) de la Directiva limita la procedencia de la reparación y la sustitución a aquellos casos que no sea desproporcionado y agrega que se considerará desproporcionado “*toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad; la relevancia de la falta de conformidad; y si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor*”. El artículo 5 (Reparación y sustitución del bien) de la reitera la disposición comunitaria. En los PECL., también, la pretensión de cumplimiento específico procede a condición que no cause al deudor un esfuerzo o un gasto no razonable (Artículo 9.102).

de política legislativa la cuestión se zanjó asignando al acreedor el riesgo de la reparación de la prestación defectuosa a cambio de la correspondiente indemnización por el menor valor de la prestación. La pregunta que debe formularse es la siguiente ¿esa obligación de hacer - la reparación - puede encajarse dentro de los deberes iniciales del deudor? o bien ¿el deudor debió prever, dentro de su deber de diligencia, el despliegue de una actividad tendiente a ese objeto, para alcanzar la satisfacción *in natura* del interés de acreedor mediante una actividad posterior al incumplimiento?

En el caso de una obligación de hacer, ya se ha explicado, sea o no ésta personalísima, el deudor quedaría obligado a la corrección o reparación de lo indebidamente ejecutado. En las obligaciones de dar, será el juez quien al interpretar la regla contractual deberá descubrir si la obligación de reparar la prestación defectuosa forma parte de la misma o no. Si el deudor se obligó, además a la fabricación o manufactura de la cosa o el bien, éste será un antecedente importante para resolver a favor de la pretensión del acreedor, pero no determinante. Este remedio, al igual que la sustitución, aunque proceda atendiendo únicamente a la obligación del deudor, igualmente, no debe ser desproporcionado.

La decisión acerca de si proceden o no estos remedios, necesariamente debe conjugarse con los otros remedios y las posibilidades de satisfacción del interés del acreedor por otro medio, como podría ser la indemnización de daños o la resolución del contrato.

4. *La facultad resolutoria.*

La facultad resolutoria debe ser examinada desde el ángulo del interés del acreedor en el cumplimiento, es en este remedio donde queda más patente su protección al autorizarlo a aniquilar el contrato en razón de la frustración definitiva de dicho interés a causa del incumplimiento del deudor. Queda atrás la idea de la condición resolutoria tácita basada en una voluntad presunta de los contratantes, que no es una auténtica condición; las condiciones son eventos futuros e inciertos establecidas por las partes expresamente en los contratos con el fin de hacer depender de su concurrencia la eficacia de negocio. El incumplimiento no puede ser considerado como un evento condicional, pues el cumplimiento es un acto debido y los efectos del incumplimiento no se ponen en movimiento por efecto de una condición, sino por aplicación del contrato o de la ley dispositiva¹⁰⁸. Por ello es más propio hablar de una facultad resolutoria y a pesar de su ubicación en el *Código* –las obligaciones condicionales– estimarla como un remedio más de que dispone el acreedor afectado por el incumplimiento. Como apunta Clemente Meoro, el fundamento de la resolución por incumplimiento sólo cabe encontrarlo en su concepción como “medio de tutela frente a la inejecución (o defectuosa, o tardía ejecución) de la prestación. Ante el riesgo de pérdida de la contraprestación el ordenamiento faculta al contratante no incumplidor para desligarse de un vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía, de forma de que pueda acudir al mercado y buscar formas más adecuadas y convenientes para satisfacer sus intereses”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Díez-PICAZO, Luis, s. v. *Resolución (Derecho civil)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, 1995), III, pp. 5.889-5.899; y en *Fundamentos. Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), pp. 699-701 y 704-706. Más extensamente: CLEMENTE MEORO, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia, 1998), pp. 27-82. En la doctrina nacional ya el profesor Fueyo abandona la idea de la condición resolutoria tácita y en su lugar considera a la resolución como una acción por incumplimiento de contrato. El autor expresa: “El derecho de resolución, que nace del incumplimiento, tiene vida y causa propias que lo distinguen substancialmente de la condición resolutoria tácita”. Y añade en otro sitio: “la acción resolutoria de artículo 1489 CC. –a pesar de sus términos– no nace de la voluntad sino de la ley, o, más exactamente, del diseño estatutario que la ley ha dispuesto para ciertas figuras contractuales”. FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n. 35), p. 314-315.

¹⁰⁹ CLEMENTE MEORO, Mario E, cit. (n. 108), p. 89.

Si se parte de la idea que el fundamento último de la resolución es la protección del interés del acreedor y que el modelo es el de las obligaciones con objeto fungible, se descarta en general, tratándose de obligaciones no dinerarias, el que el deudor demandado de resolución pueda enervar la acción resolutoria pagando la obligación incumplida en cualquier estado del juicio; ello se opone a la propia finalidad de la resolución y, más importante aún, a la opción que el artículo 1489 CC. reconoce al acreedor y no al deudor¹¹⁰. La satisfacción del interés del acreedor no puede quedar pendiente y a la espera de que el deudor decida cumplir y lo haga durante la secuela del juicio. Si se trata de una obligación con objeto fungible –como ocurrirá normalmente– el acreedor afectado por un incumplimiento resolutorio procederá a la celebración de una operación de reemplazo y junto con demandar la resolución exigirá la indemnización de los daños que el incumplimiento y la celebración de esa operación le hayan irrogado¹¹¹. Consiguientemente, ese cumplimiento tardío del deudor no será idóneo para satisfacer el interés del acreedor, quien seguramente ya lo satisfizo mediante la referida operación de reemplazo.

La facultad resolutoria, al igual que los restantes remedios, presupone el incumplimiento del deudor, sin embargo hay que estudiar su supuesto de hecho, los requisitos que unidos al incumplimiento, permiten su ejercicio. Aquí examinaré dos aspectos de la resolución: A) el concepto de incumplimiento resolutorio; y B) el rol de la culpa en materia de resolución por incumplimiento.

a) El incumplimiento resolutorio. El incumplimiento debe ser grave o esencial. Desde que el artículo 1489 CC. requiere para la que proceda la resolución que el deudor no cumpla lo pactado, sin distinguir, podría pensarse que cualquier incumplimiento, por insignificante que sea, sería suficiente. Sin embargo, desde hace mucho la doctrina¹¹² y la jurisprudencia¹¹³ reserva

¹¹⁰ Véase autores a favor de la opción del deudor para enervar la acción resolutoria de nota N. 55.

¹¹¹ Así lo deja entrever el artículo 75 de la *Convención* de Viena, disposición que regula la extensión de la indemnización cuando el acreedor resuelve el contrato, considerando como partida necesaria, la diferencia entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo, sea de venta o compra.

¹¹² CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones*, cit. (n. 37), p. 193; FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n. 35), pp. 312-313. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, cit. (n. 38), pp. 403 y 556. ALCALDE RODRÍGUEZ, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación*, en *RAJ*. 8 (2003), pp. 69-93; EL MISMO, *Distinción entre obligaciones principales y secundarias y consecuencias de tal distinción en relación con la resolución de un contrato bilateral*, en *Revista Chilena de Derecho*. 30 (2003) 1, pp. 387-395; KREBS POULSEN, Claus, *La inyección de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita*, en *Revista Chilena de Derecho* 26 (1999) 4, pp. 839-874.

¹¹³ En la jurisprudencia se limita la resolución del contrato a incumplimientos de una cierta gravedad o envergadura, siendo improcedente cuando se trata de incumplimientos insignificantes. Entre las más importantes citaré las que siguen: i) Sentencia de 29 de junio de 2000, www.lexisnexis.cl indicador N° 17.025, se declara en atención a la entidad del incumplimiento invocado por la demandada para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de transporte que “en atención al espíritu del contrato y la buena fe, con que éstos deben ejecutarse resulta desproporcionado e injusto el actuar de la demandada, no habiendo entonces antecedentes serios y graves que permitieran a la empresa demandada poner término anticipado y unilateral a la relación contractual”(Considerando 19°); ii) Sentencia de la Corte Suprema del 7 de mayo de 2002 (www.lexisnexis.cl indicador N° 25.338) declara que no procede pedir la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes, por incumplimiento de obligaciones accesorias no condicionantes de escasa entidad, si se han cumplido las obligaciones principales. El sentenciador funda esta tesis en el artículo 1852 CC. que dispone que si la evicción no cae sobre toda la cosa vendida y la parte evicta es tal que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la resolución de la venta. De esta forma, se añade, es dable concluir que no todos los incumplimientos llevan necesariamente a la resolución; y iii) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 12 de noviembre de 1920, *Gaceta de los Tribunales* de 1920, Segundo semestre, p. 610. En ella se declara lo que sigue: “la falta de cumplimiento de las demás obligaciones accesorias mencionadas [...] no es bastante para determinar la resolución del contrato, por más absolutos que parezcan los términos en que está concebida la disposición del artículo 1489 del Código Civil, dado que tratándose de una materia tradicional como

la resolución por inexecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando así el ejercicio de la facultad resolutoria para aquellos casos en los que el incumplimiento incide en obligaciones esenciales o cuando el incumplimiento en sí es grave. El profesor Peñailillo Arévalo, en su reciente obra, propone ciertos factores que sirven para determinar la trascendencia del incumplimiento y entre ellos considera: el valor del negocio [la naturaleza de ese valor dependerá del negocio que generalmente será económica]; la función que por su naturaleza cumple el contrato (considerado en abstracto); la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor víctima del incumplimiento y concluye apuntando que el examen sobre la importancia del incumplimiento implica la interpretación del contrato y que los factores debidamente probados deben ser ponderados a la luz de la buena fe que ha de presidir las diversas etapas del trayecto contractual.

A mi juicio, fuera del argumento de la equidad natural y de la buena fe objetiva de que se sirve la doctrina para limitar el ejercicio de la facultad resolutoria, en el mismo *Código Civil* hay disposiciones específicas de las que se induce que este remedio está reservado para incumplimientos importantes o graves¹¹⁴, o, expresado de otra forma, que no todo incumplimiento autoriza al acreedor para extinguir la relación contractual; debiendo en algunos casos conservar la prestación inexacta, no obstante su derecho a exigir su corrección o la indemnización de daños. Entre ellas, la más importante ciertamente es la del artículo 1926 sobre arrendamiento¹¹⁵. Este precepto permite unir el incumplimiento resolutorio con el propósito práctico o finalidad concreta que persigue satisfacer el acreedor con el contrato y su ejecución, permitiendo unir el problema de los incumplimientos resolutorios con la interpretación de la regla contractual. Efectivamente, la disposición limita la facultad resolutoria sólo para incumplimientos que disminuyan notablemente la utilidad del contrato para el acreedor por haber cesado las circunstancias que motivaron su celebración. La norma considera los motivos que inducen a las partes a la celebración del contrato, ya no desde el ángulo de la validez del contrato (artículo 1467 CC.), sino desde el plano de sus efectos y de la satisfacción del interés de acreedor; motivos que tienen relevancia en la medida que las partes hayan incorporado expresa o tácitamente al contrato, de manera que haya sido previsible

*es esta, que es regida por la equidad antes que por el Derecho, o, mejor dicho, en la cual las disposiciones legales que la rigen aparecen inspiradas únicamente en principios de equidad natural, debe decidirse la resolución o negarse lugar a ella, según sean las circunstancias de la causa, circunstancias que, en este caso, inducen a negar lugar a la acción resolutoria en razón de que, habida consideración a la poca o a ninguna influencia de estas obligaciones en los fines prácticos del contrato [...] es de presumir que aun sin ellas el comprador lo habría celebrado*⁷. La importancia de esta sentencia y esa es la razón de su cita al final es que no se conforma con afirmar que incumplimientos de poca monta o importancia no hacen procedente la resolución, sino que la conecta con la los fines prácticos del negocio, considerando en qué medida la obligación incumplida le afectó.

¹¹⁴ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n. 2). La Corte Suprema también ha recurrido a estas disposiciones para limitar el concepto de incumplimiento resolutorio. Véase Sentencia de la Corte Suprema del 7 de mayo de 2002, disponible en www.lexisnexus.cl, indicador N° 25.338.

¹¹⁵ Otras disposiciones que son manifestación del mismo principio: i) El artículo 1590 – que trata sobre el cumplimiento imperfecto de una obligación de dar una cosa específica, imputable al deudor – reconociendo al acreedor afectado el derecho a la indemnización de daños, salvo que el deterioro pareciera de importancia, porque en ese caso podrá optar entre la indemnización y la resolución del contrato.; ii) El artículo 1858 exige que el vicio oculto sea importante y lo será –según el mismo precepto– cuando la cosa no sirva para su uso natural o sólo lo haga imperfectamente. Si concurre este requisito el acreedor tiene la opción de resolver el contrato (rescisión) o reducir el precio. El artículo 1868 dispone para el caso que el vicio no revista dicha importancia, obligando al comprador a conservar la cosa, a pesar del vicio, no obstante su derecho a la rebaja del precio; y iii) En materia de arrendamiento, según el artículo 1928 si al arrendatario se le priva del goce de tan grande parte de la cosa, queda facultado para resolver el contrato o pedir la rebaja de la renta. Ahora, si no es tan grande la parte afectada, el arrendatario debe soportar la perturbación, con derecho únicamente a la rebaja de la renta.

para el deudor al momento de la celebración del contrato que de su incumplimiento se seguiría como resultado la definitiva insatisfacción del interés del acreedor o, lo que es lo mismo, la privación de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud de ese contrato. Pese a que el artículo 1926 esté ubicado en el título del contrato de arrendamiento (principio de la especialidad), creo que, al no entrar en contradicción con el precepto del artículo 1489, perfectamente podría integrarlo, llenando el vacío de que adolece en torno a la importancia del incumplimiento que hace procedente la resolución, y así delimitar su ámbito de aplicación.

Consiguientemente, el incumplimiento resolutorio es aquél que, atendida su gravedad, provoca la definitiva insatisfacción de interés de acreedor en tanto le priva de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato en que incide el incumplimiento¹¹⁶. En estos casos, la resolución del contrato se justifica porque un cumplimiento tardío del deudor o bien la corrección del cumplimiento defectuoso, no son idóneos para satisfacer el interés del acreedor.

Cuando el deudor incurre en incumplimiento esencial, cualquiera sea su manifestación, el principio de la conservación del negocio debe ceder atendido el impacto que el incumplimiento produce en el interés del acreedor, previsible para el deudor. Por ello, este remedio debe aplicarse restrictivamente, siendo el juez quien, en último término, después luego de interpretar e integrar la regla contractual y apreciar el concreto incumplimiento, deberá decidir si la facultad resolutoria ha sido, o no, correctamente ejercitada y, conforme a ello, dar o no lugar a la demanda. Si el acreedor resuelve mal, será él quien habrá incumplido el contrato.

La noción de incumplimiento resolutorio agrupa a una serie de supuestos que, en algunos casos, suponen la frustración definitiva del interés del acreedor (término esencial o imposibilidad); y, en otros, autorizan al acreedor para recurrir al mercado y satisfacer por otro medio el interés afectado (operaciones de reemplazo).

b) La culpa y la facultad resolutoria. Otro aspecto que interesa es si la facultad resolutoria considera la culpa del deudor en su supuesto específico. Para la doctrina nacional este punto no ha dado lugar a dudas, puesto que la idea de la culpa es indisoluble al incumplimiento, o en otros términos, incumplimiento y culpa son una sola cosa no susceptible de separación¹¹⁷. Como ya se apuntó arriba, la culpa de deudor sólo incide directamente en el

¹¹⁶ Cfr. con los artículos 25, de la *Convención de Viena sobre compraventa internacional*; y con el artículo 8.103 de los *Principios sobre Derecho europeo de los contratos*. Según el primero: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”; y, de acuerdo con el segundo: “El incumplimiento de una obligación será esencial si: a) la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato; b) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, a menos que la otra parte no haya previsto y no haya podido prever razonablemente tal resultado”.

¹¹⁷ La doctrina nacional en forma casi unánime sostiene que la imputabilidad del incumplimiento es una condición para el ejercicio de la facultad resolutoria. Ello, desde luego, descansa en una concepción limitada del caso fortuito o de fuerza mayor, como causa de extinción de las obligaciones [imposibilidad de ejecución], en circunstancias que su función propia no es esa, sino la de exonerar al deudor de su responsabilidad por los daños derivados de su incumplimiento. Para que se produzca el efecto extintivo será menester que concurra el presupuesto propio de la imposibilidad de ejecución que no se basta con el caso fortuito o de fuerza mayor, requiere de otros elementos. Por todos: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, cit. (n. 38), p. 556: “para que pueda decretarse judicialmente la resolución es preciso que el incumplimiento sea reprochable al deudor, que le sea imputable a su culpa o dolo, vale decir, que no se haya producido por caso fortuito o de fuerza mayor”. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, cit. (n. 2), p. 411: “Se agrega que el incumplimiento debe ser imputable al deudor, es decir, que se deba a dolo o culpa suya, más aún, que esté constituido en mora (...). Se desprende porque si el incumplimiento se debió a un caso fortuito, no se podrá pedir la resolución, pues la obligación se extinguió por otro modo de extinguirla cual es la imposibilidad de ejecución”. Excepcionalmente,

remedio de la indemnización de daños no así en los restantes, en ellos no integra su supuesto de hecho.

En el caso de la resolución no hay razón para condicionar su procedencia a la culpa del deudor y, correlativamente, para rechazarla cuando el incumplimiento fue debido a un caso fortuito¹¹⁸. El artículo 1489 simplemente requiere “no cumplirse lo pactado”, sin valoración alguna de la conducta de deudor¹¹⁹. Podría argumentarse en contra invocando los artículos 1826 y 1873 para el incumplimiento del vendedor y del comprador; ambas disposiciones prevén la culpa o el hecho y la mora del deudor; sin embargo, en estas disposiciones la exigencia de la imputabilidad debe entenderse hecha para la indemnización de daños, no así para la resolución, que conforme el artículo 1489 actúa objetivamente. Nuevamente es útil el recurso a la norma del artículo 1926, que junto con proveer de lo necesario para construir un concepto de incumplimiento resolutorio, pone en evidencia que la resolución opera al margen de la culpa del deudor incumplidor, la que sólo interesaría para la indemnización de daños. Del precepto aparece que la resolución del contrato de arrendamiento procedería aun cuando el retardo

Fueyo Laneri, al estudiar la resolución por imposibilidad sobreviviente inimputable en el supuesto del contrato bilateral, reconoce la procedencia de la resolución a pesar de no concurrir la culpa del deudor. FUEYO LANERI, Fernando, cit. (n. 35), pp. 331-336. En un fallo reciente, la Corte Suprema (31 de marzo de 2003, disponible en www.lexisnexis.cl, indicador N° 26.369), se declara expresamente que la culpa del deudor, en este caso, Enami, es presupuesto no sólo de la indemnización de daños a la que se le condenó, sino también de la resolución del contrato. La sentencia de casación se pronuncia sobre el incumplimiento de Enami de su contrato de maquila celebrado con la empresa Incomin S. A. y que consiste en la falta de suministro mensual de 30.000 toneladas de monóxido de cobre.

¹¹⁸ El gran obstáculo que encuentra esta tesis es la regla del riesgo de la contraprestación de la compraventa (artículo 1820 CC.). Conforme ella el riesgo pertenece al comprador (acreedor), quien deberá cumplir su parte pese a la extinción de la obligación correlativa. Por consiguiente, si la compraventa es específica, el carácter objetivo de la resolución se desploma. El vendedor no entrega por un caso fortuito (incumplimiento no imputable) y no obstante el comprador no está legitimado para resolver, él igualmente tiene que cumplir. Sin embargo, si se examina detenidamente el supuesto la conclusión es diversa; la resolución es improcedente no porque no hubo culpa, sino porque hay una norma particular que ordena un efecto concreto, la subsistencia de la obligación, pese a la extinción de la correlativa. El caso fortuito determina la extinción de la obligación por imposibilidad, sin ser un obstáculo para la resolución. Hasta aquí me he referido a una clase de obligaciones, las de dar una especie o cuerpo cierto; omitiendo las restantes: las genéricas y las de hacer. Para estas obligaciones, como se sabe, o bien regla del riesgo no se aplica (las genéricas), o bien es la contraria (las de hacer). En las obligaciones de dar genéricas el riesgo de la pérdida fortuita pertenece al deudor y la obligación se mantiene mientras subsista el género (artículo 1510 CC.); en las de hacer, la imposibilidad sobrevenida no imputable libera automáticamente al deudor, no así al acreedor respecto de su obligación correlativa (*res perit debitori*); su obligación se extingue si hace uso de la facultad resolutoria *ex* artículo 1489; pudiendo alternativamente ejercer la pretensión del *commodum representationis*, al que se le da un alcance general y no limitado a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto. A esta misma solución se llega tratándose de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, la regla del riesgo es la *res perit debitori*. La extinción de la obligación correlativa no opera *ipso iure*, sino por efecto de la resolución del contrato que requiere de una declaración judicial.

¹¹⁹ En España, PINTO RUIZ, José, *En torno a la llamada condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, 2ª Parte, en *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona, 1953), p. 440, en sus esfuerzos por justificar la resolución en casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, recurre al tenor literal del artículo 1124 del *Código Civil* español –que prácticamente coincide con el de nuestro artículo 1489 en lo que interesa– y afirma sobre la expresión de referido artículo “no cumpliere”, que ella significa dejar de cumplir y en ese supuesto calza tanto dejar de cumplir por incumplimiento (con culpabilidad) como por no existir la obligación (sin culpabilidad). Recientemente, DíEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, cit. (n. 8), p. 15, apunta que “no se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento. Y ello ocurre lo mismo si el incumplimiento es culpable o si no lo es. Los casos relativos a la imposibilidad sobrevenida fortuita [...] son una prueba palmaria, si no fuera suficiente el hecho el artículo 1124 CC contempla el incumplimiento, pero no su imputabilidad”.

(supuesto de la norma) provenga de un caso fortuito o de fuerza mayor; y si éste o aquél no se acreditan por el deudor, a la resolución se suma la indemnización de daños. Del precepto se deduce que: i) por regla general todo incumplimiento, cualquiera sea su importancia, da derecho a demandar la indemnización de perjuicios, salvo que el deudor acredite que la causa del incumplimiento fue un caso fortuito; y ii) si el incumplimiento es esencial en los términos arriba explicados, el acreedor podrá resolver el contrato, sin importar la culpa del deudor. La resolución actúa objetivamente, al margen de la culpa del deudor, no así la indemnización.

El incumplimiento resolutorio es un hecho objetivo que prescinde de la valoración de la conducta de deudor, no así de su entidad o gravedad con relación al propósito práctico de acreedor. La resolución, por consiguiente, es un efecto de ese especial incumplimiento y no de la culpa del deudor.

5. *Indemnización de daños.*

Este remedio coincide con la responsabilidad civil en sentido estricto y conviene llamar la atención que la doctrina, salvo algunas excepciones¹²⁰, le ha dedicado un espacio a propósito de su comparación con la responsabilidad por delito o cuasidelito. El énfasis se ha puesto en las diferencias con este orden de responsabilidad¹²¹.

El remedio de la indemnización de daños, al igual que los restantes, se articula a partir del incumplimiento y tiene su propio supuesto de hecho que le confiere una cierta especialidad como medio de protección de interés de acreedor¹²². El supuesto de hecho de este remedio está integrado por el incumplimiento que causa daños objetivamente imputables al deudor y la ausencia de una causa de exoneración que excluya la responsabilidad (que sea subjetivamente imputable)¹²³. Este incumplimiento, a su vez, comprende la constitución en mora de deudor, necesaria incluso en aquellos casos de cumplimientos imperfectos o defectuosos¹²⁴.

El principio que rige es el de la atribución de responsabilidad por falta de la diligencia debida. Se sabe que toda obligación impone al deudor una diligencia promotora del cumplimiento que exige prever, evitar y superar los obstáculos que puedan afectar a la realización de la prestación. La regla es que si la actividad prevista por el programa de prestación no coincide con la conducta del deudor y de ello se sigue la insatisfacción del interés

¹²⁰ GATICA PACHECO, Sergio, cit. (n. 53); RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La responsabilidad contractual* cit. (n. 39); y recientemente, PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en el Derecho chileno*, trabajo que amablemente me ha facilitado su autor y que será publicado en Colombia.

¹²¹ Así se observa en: ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (Santiago, 1943), p. 42; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, 1999), p. 20.

¹²² Como afirma SOLER PRESAS, Ana, *La valoración del daño en el contrato de compraventa* (Pamplona, 1998), p. 30.: “el remedio resarcitorio no es más que uno de los distintos efectos ligados ex lege al contrato, que surge con el mero hecho de incumplimiento lesivo, pero cuyo contenido se determina en atención al contrato, que no a la inversa”.

¹²³ Así se recoge: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.043.

¹²⁴ Este supuesto se deduce de los artículos 1547, 1556, 1557 y 1558, todos del *Código Civil*. El primero instaura el principio de la imputabilidad del incumplimiento a título de culpa de deudor. La sola no consecución del resultado prometido lleva a la conclusión que el deudor no cumplió su deber de diligencia promotora del cumplimiento, a menos que acredite que el incumplimiento se debió a un caso fortuito o de fuerza mayor, excluyendo a la indemnización. De los otros tres preceptos fluye la necesidad de la constitución en mora, de que el incumplimiento cause daños –daño emergente y lucro cesante–, que deben ser objetivamente imputables al deudor. Se reitera, además, la exclusión de la responsabilidad por el caso fortuito o de fuerza mayor. Del inciso segundo del artículo 1558 se sigue que la mora debe producirse en cualquiera de las manifestaciones de incumplimiento, incluso en los imperfectos o defectuosos (la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios). En esta clase de incumplimientos la mora no se relaciona con el retardo sino que se identifica con la interpelación judicial del acreedor al deudor (artículo 1551, N° 3 CC.).

del acreedor, debe responder porque ello le es imputable (culpa de deudor). La única causa de exoneración que excluye la indemnización de daños es el caso fortuito del artículo 45 CC.¹²⁵ y que se define para el caso concreto considerando la diligencia exigible según la regla contractual, siendo ésta su función¹²⁶.

Como la indemnización de daños tiene su propio supuesto, el acreedor generalmente tiene la opción de ejercitarlo exclusivamente o bien en forma complementaria con alguno otro, como el cumplimiento específico, o la resolución por incumplimiento. En el primer caso, la indemnización comprenderá el daño intrínseco, esto es, el valor o menor valor de la prestación (cosa o hecho) y los daños extrínsecos, que son aquellos que van más allá de dicho valor o menor valor y que eran previsibles para el deudor al momento de celebrar el contrato (artículo 1558 CC.); en el segundo, en cambio, la indemnización se limitará a esta segunda clase de daños. Como se ha explicado en líneas anteriores, la indemnización permite colmar toda aquella parte del interés de acreedor insatisfecho por causa de incumplimiento, a la que los otros remedios no llegan o no pueden llegar, permitiendo así la realización del interés del acreedor en la prestación, afectada por el incumplimiento.

Este remedio cumple una función de reparación o indemnizatoria, que se traduce en que las reglas sobre la indemnización deben propender a dejar intacta la esfera patrimonial y personal del acreedor¹²⁷ limitado al ámbito de protección del contrato, a los que las partes pudieron razonablemente prever como integrante del mismo. Se incluye a la esfera personal del deudor; hoy día nadie puede dudar que la indemnización de daños comprende el daño moral y, en general, el no patrimonial, eran previsibles al tiempo del contrato¹²⁸.

La fuente de la indemnización de daños es el propio contrato (artículo 1437 N° 1 CC.)¹²⁹. Esta indemnización se debe desde que el deudor incumple, causando daños al acreedor. La medida de esta obligación viene dada por aquello a lo que tenía derecho a esperar el acreedor en virtud del contrato. No es que la indemnización sea un efecto querido por el deudor; como toda indemnización de perjuicios, es un efecto adverso y no deseado y que la ley, a falta de pacto contrario, le impone al deudor. Pantaleón Prieto sostiene: “no se concibe la obligación

¹²⁵ La exoneración presupone un incumplimiento objetivo de la obligación que no es imputable al deudor en razón de que ella no le era exigible por efecto del caso fortuito.

¹²⁶ En la sentencia de la Corte de Apelaciones del 30 de agosto de 1988 (www.lexisnexus.cl, identificador N° 20.626) el Tribunal sostiene que la previsibilidad del hecho en que consiste el caso fortuito se debe resolver sobre la base de un cálculo de probabilidades practicado por el deudor con la diligencia y cuidado racionalmente exigible a empresas del giro del demandado, un banco comercial. La importancia de este fallo es que vincula la definición del caso fortuito para el caso particular con la diligencia exigible al deudor.

¹²⁷ PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual*, cit. (n. 120), p. 7.

¹²⁸ El daño moral en sede de responsabilidad contractual se ha abierto paso de a poco en la jurisprudencia nacional, pudiendo afirmarse que se ha sentado una jurisprudencia sobre el particular, siendo los fallos de la Corte Suprema más emblemáticos, el de 20 de octubre de 1994, www.lexisnexus.cl indicador N° 13.168; el de 5 de noviembre de 2001, www.lexisnexus.cl, indicador N° 22.964 y el de 3 de septiembre de 2002, www.lexisnexus.cl, indicador N° 25.838. Finalmente, en Sentencia de 28 de julio de 2004, www.lexisnexus.cl indicador N° 30.585, se resuelve que el daño moral es indemnizable en sede contractual en la medida que éste haya sido previsible al tiempo del contrato, lo que debe ser probado por el acreedor afectado por el incumplimiento. Sobre el daño moral en sede de responsabilidad contractual: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho civil chileno y comparado*, en *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998) 1, pp. 27-55; *Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1998); JANA, A. - TAPIA, M., *Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 1 (Santiago, Universidad Diego Portales, 2004), pp. 171 ss..

¹²⁹ Por ello, las garantías de la obligación originaria aseguran también la indemnizatoria, y el plazo de prescripción es el mismo que para la pretensión de cumplimiento específico.

de indemnizar como “contenido de una promesa contractual”, sino como “efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad del deudor, pero sin ella; cuando el deudor ha de responder, no es así porque haya prometido responder si no cumple –lo que prometió fue dar, hacer o no hacer algo [...], sino que ha de responder porque, en defecto de pacto, el legislador ha estimado que las circunstancias del incumplimiento hacen razonable –en términos de justicia o de eficiencia– que sea imputado al deudor.”¹³⁰ Y agrega en otro sitio “la indemnización a pagar por el deudor responsable no es [...] sino cumplimiento, sin más, de la obligación de indemnizar los daños causados al acreedor”¹³¹.

La indemnización de daños es una sola, cuyo objeto es reparar las consecuencias que se siguen para el acreedor del incumplimiento, sin interesar si de lo que se trata resarcir es el valor de la prestación o su menor valor (daño intrínseco) u otros daños que implican la privación del interés del acreedor en el cumplimiento más allá de la prestación en sí misma¹³². Distinto es el supuesto en que el cumplimiento específico no es practicable desde un punto de vista procesal, en cuyo caso la suma de dinero en que se convierte el cumplimiento no constituye estrictamente indemnización sino cumplimiento en equivalente. En consecuencia, la extensión de la indemnización, en orden a si comprende, o no, el valor de la prestación, dependerá de la relación que exista entre la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento; y de la opción del acreedor.

A continuación trataré dos puntos relevantes, el de la extensión de la indemnización de daños y el de la función que cumple la culpa y el caso fortuito en esta materia.

a) La extensión de la indemnización de daños. La extensión de la indemnización viene determinada, primero, por la regla de la previsibilidad; y, segundo, en el nuevo Derecho de la contratación por la carga de mitigar las pérdidas, regla que proviene del *Common Law* y que la recogen los ordenamientos del nuevo Derecho de la contratación.

i) La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo del contrato (artículo 1558 CC.). Esta regla demarca el ámbito de protección del contrato, sea por la voluntad contractual (las partes convienen sobre las pérdidas previsibles), sea por las circunstancias conocidas o que debían conocer al tiempo de su celebración. Del conocimiento real o imputado del deudor se infiere lo que él debió prever al momento del contrato como consecuencia de su incumplimiento¹³³. Esta regla imputa objetivamente daños al deudor con independencia de su concreta previsión al tiempo de contratar¹³⁴. Lo que importa a efectos de la indemnización es lo que el deudor debió prever a partir de su conocimiento efectivo (lo que conocía) o imputado (lo que debía

¹³⁰ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1739.

¹³¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.021.

¹³² En Chile, BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, *Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios*, en VARAS BRAUN, Juan - TURNER SAELZER, Susan (editores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005* (Santiago, 2005), pp. 106-126, superando la concepción de nuestra doctrina acerca de la indemnización de daños como remedio secundario, distingue claramente la *aestimatio rei* (valor de la prestación) y el *id quod interest* (indemnización de daños propiamente tal), afirmando que los presupuestos, contenidos y efectos de cada una son diversos, siendo entidades distintas. Antes, en esta misma dirección, BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, cit. (n. 34).

¹³³ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.021. Para el autor la regla de la previsibilidad constituye un criterio básico de imputación objetiva de daños al incumplimiento del deudor. Y en *El sistema de responsabilidad contractual* (p. 1.026), el autor expresa: “La regla de la proposición primera del artículo 1107, I CC no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, de una vez que se acepta que dicha norma fundamentadora es el contrato mismo, ley entre las partes”. El criterio de imputación es el del “fin de protección del contrato”.

¹³⁴ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *ibíd.* Para el autor la regla de la previsibilidad constituye un criterio básico de imputación objetiva de daños al incumplimiento del deudor.

conocer)¹³⁵. En esta materia adquiere relevancia el curso normal de los acontecimientos, en cuanto éste integra la base del negocio e imputa conocimientos a las partes; de modo que la previsibilidad estaría limitada, primeramente, a las pérdidas que ordinariamente experimentaría un sujeto de la misma posición y circunstancias que el acreedor. Si el incumplimiento produce pérdidas extraordinarias que exceden dicho curso normal, ellas se excluyen de la indemnización, salvo que el acreedor haya informado al deudor al contratar sobre las circunstancias especiales que las hacían previsibles. La explicación de la regla está en el reparto de riesgos que supone la celebración de todo contrato. Si el acreedor no informó a su deudor tales circunstancias especiales quiere decir que optó por no trasladar al deudor el riesgo de las pérdidas a ellas asociadas¹³⁶.

En consecuencia, al momento de la celebración del contrato se encuentra dibujada, de modo abstracto, la extensión del daño indemnizable (*quantum* de la indemnización), en términos que si el incumplimiento se produce y causa daños, este dato concreto deberá confrontarse con el dato abstracto e inicial de la objetiva previsibilidad. La indemnización sólo comprenderá el daño efectivamente producido y previsible al tiempo del contrato. Desde esta perspectiva la previsibilidad depura la cadena causal limitando la extensión de la indemnización.

Una regla diversa se aplica a los incumplimientos dolosos. El deudor que incumple con dolo, pasa por sobre el contrato y lo desconoce, representándose el daño que ello irrogará al acreedor. Por ello el deudor no puede pretender invocar el contrato como medida de protección, alegando la imprevisibilidad de las pérdidas cuya indemnización se demanda. En derecho nadie puede pretender aprovecharse de su propio dolo. Ello explica por qué la ley condena al deudor a la indemnización de todo daño que sea una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento (todo daño). A mi juicio, la extensión de la indemnización se sujeta a la misma regla de la responsabilidad aquiliana: se indemniza todo daño causalmente vinculado con el ilícito civil. No hay agravamiento de responsabilidad, simplemente, deja de aplicarse el contrato como fuente de la responsabilidad y ocupa su lugar el incumplimiento mismo que causa daños¹³⁷. La conducta dolosa autorizaría el paso de una regla de extensión a otra.

ii) La carga de mitigar las pérdidas. Una vez delimitada la extensión de la indemnización conforme el criterio de imputación objetiva de la previsibilidad, cabe preguntarse ¿puede el deudor pedir la rebaja o reducción de la indemnización así fijada, alegando que el acreedor no adoptó las medidas razonables para mitigar o aminorar las pérdidas?

El nuevo Derecho de la contratación impone al acreedor afectado por el incumplimiento una serie de cargas de comunicación y de conducta material, debiendo realizar una gestión razonable de los efectos del incumplimiento¹³⁸, que incluye la carga de mitigar las pérdidas por medio de la adopción de medidas razonables según las circunstancias¹³⁹. No hay en nuestro

¹³⁵ La previsibilidad se aplica a la clase o tipo de daño, no así a su cuantía. En este sentido: GATICA PACHECO, Sergio, cit. (n. 53), p. 129.

¹³⁶ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.029.

¹³⁷ En contra, por todos: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, cit. (n. 34), pp. 172-174. Para el autor el dolo es una forma de agravación de la responsabilidad en razón de la particular reprochabilidad que comporta.

¹³⁸ En la *Convención de Viena*, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo, *La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 18 (Valdivia, 2005) 2, pp. 55-81.

¹³⁹ La *Convención de Viena*, bajo el influjo del *Common Law*, impone al acreedor en su artículo 77 la carga de mitigar las pérdidas en los siguientes términos: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la

Derecho civil una norma que imponga al acreedor una carga como la mencionada¹⁴⁰; ella resultaría impensable si se piensa que aquí de lo que se trata es de sancionar al deudor que ha incumplido culpablemente; y, entonces, mal podría imponerse al acreedor una carga de mitigar las pérdidas. En la doctrina nacional, el único que ha estudiado, admitiendo y justificando este deber de mitigar los daños en sede de responsabilidad contractual es el profesor Domínguez Águila, aunque su trabajo se extiende también a la responsabilidad extracontractual¹⁴¹. Al autor le parece que este deber es una manifestación de un principio evidente desde el punto de vista lógico, moral y económico. Lógico, porque no se comprendería la razón para permitir que la víctima permanezca pasiva frente al daño que se le causa, bajo el pretexto que, en definitiva, el autor deberá compensarle. Moral, porque todos tenemos también la obligación de cautelar por nuestros propios intereses, cualquiera sea su naturaleza. Y económico, porque es evidente que la utilidad general manda que se eviten los daños y si ello no es posible, que al menos se reduzcan en su dimensión¹⁴².

Sin profundizar sobre el punto, creo que a esta carga de mitigar las pérdidas puede llegarse por dos caminos diversos, sin necesidad de norma expresa. Aplicando los criterios de causalidad en materia de incumplimiento (artículo 1558, segunda parte CC.); y el principio de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos (artículo 1546 CC.)¹⁴³. Si uno revisa las reglas que da Pothier para la extensión de la indemnización, recogidas en el artículo 1558, el deudor responde (en caso de dolo) por todos los daños que sean una consecuencia inmediata, directa e *inevitable* del incumplimiento¹⁴⁴. De manera que la sola exigencia de la causalidad excluiría de la indemnización aquellas pérdidas o daños evitables¹⁴⁵. Consiguientemente, la rebaja de los

cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”. El artículo 9.505 de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* y el artículo 7.4.8 de los *Principios de Unidroit* imponen al acreedor la misma carga.

¹⁴⁰ Este deber no es del todo extraño en nuestro ordenamiento. En materia de contrato de seguros se prevé una especie de carga de adoptar medidas mitigadoras para salvar la cosa asegurada o para conservar sus restos (artículo 556 N° 4, *Código de Comercio*). Según este deber, el asegurado, una vez ocurrido el siniestro debe limitar los daños hasta donde sea posible, siendo de cargo del asegurador los gastos que la mitigación de dichos daños ocasione. Y como el artículo 1158 de mismo cuerpo legal hace aplicables las reglas del seguro en general al seguro marítimo, el artículo 1180 N° 2, impone al asegurador la obligación de rembolsar los gastos en que el asegurado haya incurrido para evitar que el objeto asegurado sufra un daño o para disminuir sus efectos.

¹⁴¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, 2003), p. 340, alude directamente al deber de mitigar el daño en la responsabilidad civil extracontractual y lo funda en el deber de obrar conforme la buena fe.

¹⁴² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Notas sobre el deber de minimizar el daño*, en *Revista Chilena de Derecho* 5 (2005), pp. 82-91,

¹⁴³ En la doctrina española DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños* (Madrid, 1999), p. 322, afirma que es contrario a la buena fe aprovechar un incumplimiento contractual para agravar la situación del causante del daño, Y el mismo autor en otro sitio reconoce que el deber de evitar la extensión de los daños deriva de la buena fe, debiendo el acreedor adoptar para este objeto las precauciones que la razonable diligencia exige y añade que la omisión de estas medidas constituye un factor que rompe la relación de causalidad, ya que el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la pasividad del acreedor. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos. Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), p. 689. También: DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil* (Madrid, 1993), p. 845; SOLER PRESAS, Ana, *La valoración del daño*, cit. (n. 122), pp. 64-65. En esta obra se estudia cuidadosamente el deber o carga de mitigar las pérdidas, tanto en el Derecho civil, como en el Common Law, incluyendo a la *Convención de Viena* (pp. 61-72).

¹⁴⁴ POTHIER, Robert, *Obligations*, en *Ouvres complètes* (edición M. Bugnet, 1861), II, núm. 167.

¹⁴⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, cit. (n. 142), pp. 90-91, sostiene que el fundamento técnico y más general del deber de minimizar el daño se ubica en el plano de la causalidad. No se trata de examinar el supuesto en que la víctima interviene antes o en el momento de la producción del daño, sino cuando lo hace una vez producido el daño y constituye causa de su agravación o producción total. La conducta omisiva de la víctima, al no hacer lo necesario para minimizar el daño, interviene en el daño final y es una conducta evidentemente culpable, desde que no hace lo que un hombre prudente haría.

daños actuaría antes de aplicar la regla de previsibilidad del artículo 1558. También podría concluirse que el acreedor debe mitigar las pérdidas, no obstante haberse producido el incumplimiento, porque él - del mismo modo que el deudor- debe obrar conforme lo exige la buena fe objetiva y en la actuación de ese principio debe minimizar las pérdidas que se siguen del incumplimiento. Exigir una indemnización plena en circunstancias que parte de ese daño era razonable que el acreedor lo minimizará, contradice abiertamente el principio de obrar según la buena fe¹⁴⁶. Ambos caminos indican que el acreedor no puede mantenerse en un estado de pasividad permitiendo que los daños, aun cuando previsibles, aumenten, si es que razonablemente puede esperarse de él que los evite, adoptando medidas con ese objeto. La omisión de esas medidas no es admitida por el Derecho del incumplimiento y exige una reacción que debiese consistir en la reducción de la indemnización.

Así, por ejemplo, en un supuesto de cumplimiento imperfecto, puede resultar más adecuado al interés de acreedor que él mismo encargue la corrección o reparación de la prestación, antes de rechazar la prestación y esperar que el deudor la sustituya o reemplace; y demandar luego al deudor la indemnización de todos los daños, incluidos los costes de reparación o corrección. O que en un caso de falta de cumplimiento, sea aconsejable la resolución y que el acreedor celebre una operación de reemplazo con otro proveedor, demandando la correspondiente indemnización.

b) Atribución y exoneración de responsabilidad. Culpa y caso fortuito. El solo incumplimiento atribuye responsabilidad al deudor, a menos que ésta sea excluida por caso fortuito, que es la única causa de exoneración de carácter supletorio. Asimismo, ha quedado establecido que la culpa y, por consiguiente, el caso fortuito (su faz negativa), inciden únicamente en el remedio de la indemnización de daños, no así en los restantes¹⁴⁷. Cuando se prueba que ha intervenido una causa de exoneración, en verdad hay incumplimiento, como hecho objetivo, que causa daños al acreedor, objetivamente imputables al deudor (previsibilidad); sin embargo se excluye la responsabilidad porque ese incumplimiento no le es imputable subjetivamente¹⁴⁸. Estrictamente, el incumplimiento y, consecuentemente, los daños

¹⁴⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *ibíd*, pp. 89-90, explica que en materia contractual es posible hablar de un deber de coherencia que haría inaceptable que el acreedor que omite actos que permitan reducir un daño o agravarlo, pretendiera la indemnización por la totalidad del perjuicio sufrido. El fundamento último de este deber estaría en el principio de ejecución del contrato de buena fe del artículo 1546 del *Código Civil* y la equidad. Como el primero tiene asignada la función de complementar la obligación contractual, el acreedor, no obstante haber sido objeto del incumplimiento, sigue obligado a comportarse de buena fe y, por lo mismo, a observar una conducta diligente que minimice los daños.

¹⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit. (n. 8), p. 574. SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, cit. (n. 8), p. 149.

¹⁴⁸ Hoy día en el nuevo de Derecho de la contratación se prescinde de la culpa como criterio de atribución de responsabilidad y del caso fortuito como causa de exoneración de responsabilidad. El criterio de atribución de responsabilidad es el de la esfera de control o el control del riesgo del incumplimiento, el deudor responde porque el incumplimiento constituye la realización de un riesgo que debía controlar de acuerdo a la regla contractual; de modo que sólo se exonerará cuando acredite que la causa de dicho incumplimiento fue un impedimento ajeno a su esfera de control, imprevisible al tiempo del contrato, inevitable e insuperable. Así en la Convención de Viena, el artículo 79 junto con disponer sobre la exoneración del deudor, permite extraer las reglas de atribución de responsabilidad por incumplimiento. Dicho precepto es el modelo de los artículos 7.1.7. de los *Principios de Unidroit* y 8.108 de los PECL. Conforme estas disposiciones, el deudor se exonera cuando el incumplimiento tiene su causa en un impedimento ajeno a su esfera de control, razonablemente imprevisible, inevitable e insuperable. Para un estudio sobre los criterios de atribución de responsabilidad en la *Convención de Viena*: VIDAL OLIVARES, Álvaro R., *Atribución y exoneración de responsabilidad*, cit. (n. 88), pp. 55-88. En la doctrina española, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), p. 1.065 y DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil*, cit. (n. 8), II, p. 590] ofrecen una interpretación del artículo 1105 del *Código Civil* español, entendiendo que lo relevante para determinar la existencia de un caso fortuito es que el daño provenga de un evento que quede fuera

que produce, no tiene su causa en la conducta del deudor, sino en el hecho en que consiste el caso fortuito.

Aquí, la falta de diligencia cumple una función precisa, la de atribuir responsabilidad al deudor, lo que por regla general sucederá (artículo 1547 CC.) por el solo incumplimiento. En la responsabilidad contractual el criterio de atribución de responsabilidad, o lo que es igual, de imputación subjetiva, es la culpa (comprendiendo al dolo)¹⁴⁹; y el deudor únicamente se exonera de ella, cuando acredita el caso fortuito, que sobreentiende la prueba de un suceso o evento externo imprevisible al tiempo del contrato, inevitable e insuperable en el momento mismo de la ejecución de la prestación, todo ello apreciado según la diligencia que le hubiese sido exigible al deudor¹⁵⁰.

El supuesto de la indemnización de daños es el incumplimiento imputable al deudor. Queda por descubrir cuál es el alcance de esta afirmación y ello supone abordar, aunque brevemente, la relación existente entre la culpa como criterio de atribución de responsabilidad y el caso fortuito como causa de exoneración de la misma.

Como se ha explicado para la doctrina mayoritaria el caso fortuito es sinónimo de imposibilidad absoluta de la obligación y su efecto consiste en extinguirla, explicándose así la exoneración de responsabilidad. Esta idea se apoya en las normas sobre la pérdida de la cosa que se debe, que ordenan la extinción de la obligación por imposibilidad no imputable al deudor. Sin embargo, el artículo 1567 no prevé, entre los medios de extinción de las obligaciones, el caso fortuito. Es sabido que todo deudor, por sólo hecho de contraer la obligación, contrae un deber de diligencia, cuyo grado depende de la economía del contrato. La gradación de la culpa se materializa en que no todo deudor queda sujeto a la misma diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Me refiero a la diligencia promotora del cumplimiento, que exige al deudor el despliegue de toda la actividad necesaria para la realización del programa ideal de prestación se realice, incluso cuando ella se vea afectada por obstáculos o impedimentos imprevisibles al tiempo del contrato. El deudor, tanto en obligaciones de resultado, como de medio, está obligado a prestar esta diligencia en el cumplimiento. La particularidad viene dada por la circunstancia que en las obligaciones de medios, el deudor se obliga a una prestación de diligencia cuya omisión no constituye culpa, sino incumplimiento. No es correcto, entonces, afirmar que el deudor en una obligación de medios se exonera por la prueba de la ausencia de culpa. El deudor prueba no la ausencia de culpa, sino que cumplió y,

del ámbito de control del deudor, debiendo concurrir el resto de los requisitos del caso fortuito, imprevisibilidad e inevitabilidad del evento. Como afirma Pantaleón “el deudor responderá, sin necesidad de culpa – negligencia por su parte, no sólo de los hechos propios y de sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento, sino también, como regla, del estado de los elementos materiales (máquinas, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, en la correcta organización y buen funcionamiento de la misma” (p. 1069).

¹⁴⁹ Considerando otros criterios de imputación de responsabilidad, de carácter más objetivados: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, cit. (n. 34). El autor distingue la pretensión de la *aestimatio rei*, que es acción de cumplimiento, de la pretensión indemnizatoria, que nace ex novo, porque se ha causado un daño con ocasión del cumplimiento/incumplimiento de la obligación. Con relación a la pretensión de la *aestimatio rei*, la culpa no actúa como factor de imputación, porque corresponde a lo que el deudor se obligó. En lo que concierne a los daños propiamente obligacionales, como denomina, distingue entre las obligaciones de actividad y resultado, precisando que en las primeras la prueba de la diligencia no es causa de exoneración, sino que constituye cumplimiento; el dolo constituye una forma de agravación de responsabilidad.

¹⁵⁰ En la doctrina nacional, PIZARRO WILSON, Carlos, *La fuerza mayor como defensa del deudor*, cit. (n. 42), pp. 7-15, estudia la fuerza mayor como defensa del deudor, sin embargo, prescinde absolutamente del criterio de la diligencia en las obligaciones de resultado en las que la responsabilidad objetiva y los problemas de exoneración serían de causalidad y no de culpabilidad. Para el autor el artículo 1547 CC. se aplicaría exclusivamente a las obligaciones de medios.

por ello, mal podría hablarse de exoneración de responsabilidad, la que presupone un incumplimiento.

El artículo 45 CC. ofrece una definición general de caso fortuito (o de fuerza mayor) “*el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos etcétera*”. Y el artículo 1547 excluye la indemnización de daños cuando el deudor logra acreditar el caso fortuito (el deudor no es responsable del caso fortuito), regla que reitera el artículo 1558 (la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización). De estas dos últimas disposiciones se infiere inequívocamente que la indemnización de daños o responsabilidad en sentido estricto queda excluida cuando el deudor acredita que el incumplimiento se debió a un caso fortuito o de fuerza mayor¹⁵¹.

El legislador reconoce al caso fortuito una eficacia exoneratoria que libera de la indemnización de daños, no así de la obligación¹⁵².

El caso fortuito no es sinónimo de imposibilidad absoluta, sino de obstáculo o impedimento del cumplimiento imprevisto, inevitable e insuperable en sí y en sus consecuencias. El caso fortuito torna inexigible el cumplimiento al deudor, pese a su objetiva posibilidad. Es precisamente la falta de exigibilidad de la obligación la que explica la exoneración de responsabilidad a favor del deudor. La obligación subsiste, el caso fortuito por sí solo no la afecta y como consecuencia de ello el deudor debe emplear la diligencia que le sea exigible y así evitar y superar el impedimento en que consiste y sus consecuencias, cumpliendo la obligación, aunque tardíamente.

La imprevisibilidad del impedimento en que consiste el caso fortuito se aprecia conforme los deberes de diligencias del deudor y el momento relevante es el de la celebración del contrato y no uno posterior, momento en el que reparte el riesgo de los impedimentos que puedan afectar el cumplimiento¹⁵³. Esa misma diligencia es la que permite medir si el impedimento es inevitable e insuperable en sí y en sus consecuencias. El caso fortuito se define para el caso concreto según la diligencia promotora de cumplimiento que integra la obligación subsistente.

Consiguientemente, el efecto de la exoneración permanecerá mientras las consecuencias del caso fortuito sean insuperables para el deudor; si dejan de serlo, la obligación recobra su exigibilidad y el deudor debe cumplir; y si no lo hace, queda sujeto a indemnización de daños. Entonces, la regla sería la eficacia temporal de caso fortuito y su ámbito más propio es el de los cumplimientos retardados.

Del concepto de caso fortuito es posible extraer los criterios de atribución de responsabilidad amparados bajo el rótulo genérico de la culpa y ello implica considerar la causa misma del incumplimiento. Dos son los criterios. El primero, la previsibilidad del evento o

¹⁵¹ La norma del artículo 1926, arriba citada y comentada, también reconoce la eficacia puramente exoneratoria del caso fortuito.

¹⁵² En Chile, reconociendo al caso fortuito como una circunstancia exoneratoria y no como extintiva de la obligación: BARAONA GONZÁLEZ, cit. (n. 34), pp. 175-177. El autor en las conclusiones de su trabajo expresa: “El caso fortuito es en ambos casos una forma de exoneración de responsabilidad, de carácter objetivamente, vinculado a la economía obligacional y a la real posibilidad de prever y resistir el impedimento en función de la concreta economía de la obligación, y sin que su concurrencia suponga necesariamente la extinción de la obligación”. Eso sí, Baraona desvincula el caso fortuito de la diligencia debida por el deudor. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual* cit. (n. 39), pp. 180-189, indica que la doctrina clásica ha confundido la “irresistibilidad” del caso fortuito (imposibilidad de deudor de evitar su ocurrencia) con la “imposibilidad” de ejecutar la prestación convenida. Según el autor hay casos en los que los efectos del caso fortuito pueden y deben atajarse, lo que dependerá de la diligencia y cuidado de que responda el deudor (p. 185).

¹⁵³ Así se recoge: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), pp. 1.066-1.067; CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios*, cit. (n. 91), pp. 597 y 600.

suceso que determina el incumplimiento. Se entiende que si el riesgo del incumplimiento por esa causa es previsible, el deudor lo asumió, debiendo pechar con la responsabilidad que ello se siga. Segundo, si era imprevisible, el deudor igualmente responde, a menos que acredite que el evento o suceso era inevitable e insuperable en sí y en sus consecuencias. Si bien el deudor no asume el riesgo del incumplimiento por esa causa, su deber de diligencia promotora del cumplimiento, le obliga a evitarlo y superarlo, lo que, desde luego, puede implicarle unos costos adicionales, de necesaria consideración al momento de contratar. La aplicación de estas reglas se hace considerando la diligencia exigible al deudor e implican que éste no la empleó para ese caso concreto y por ello debe responder por su incumplimiento. Si el suceso era imprevisible, inevitable e insuperable conforme dicha diligencia, el deudor se exonera.

De esta forma, el caso fortuito se aplica y extiende su eficacia de exoneración, tanto a las obligaciones con objeto específico, como a las de objeto fungible, incluidas las genéricas¹⁵⁴. La regla del *genus nunquam perit* no es una regla de responsabilidad sino de riesgo de la prestación; una cosa es que el género no perezca y otra muy distinta es someter al deudor a una responsabilidad absoluta sin posibilidad de exoneración¹⁵⁵. En toda obligación el deudor puede ver afectado el cumplimiento de su obligación por un impedimento u obstáculo que según su deber de diligencia fue imprevisible al tiempo de contrato, inevitable e insuperable y que causa el incumplimiento. Otra cosa es la imposibilidad sobrevenida de la prestación, cuyos efectos varían según sea su causa. i) Si es el hecho o culpa de deudor, éste sigue obligado, ahora a la indemnización de daños que comprenderá, el valor de la prestación y los otros daños que excedan de dicho valor (artículo 1672 CC.); ii) si es un caso fortuito en los términos explicados, el efecto es la extinción de la obligación y, consiguientemente, la indemnización queda excluida (artículo 1672 CC.). El caso fortuito no extingue la obligación, sino que integra el supuesto de su causa de extinción, pérdida de la cosa que se debe.

Ilustraremos el caso fortuito en función de exoneración de responsabilidad

Una inundación de la bodega del vendedor en la que tiene almacenadas las cosas fungibles que entregará a su comprador al día siguiente. La primera pregunta que hay que formularse ¿constituye la inundación un caso fortuito o no?. Ello depende de la concurrencia de los requisitos del caso fortuito: ¿Era previsible al tiempo del contrato?. Si las bodegas están ubicadas en una zona en que son habituales las inundaciones en esa época del año, el deudor responde por el incumplimiento, sin que sea necesario resolver acerca de si el impedimento o sus consecuencias era insuperables, o no. Si la inundación tiene lugar en verano, cuando no hay lluvias, podría concluirse que la inundación era imprevisible. Queda pendiente una segunda pregunta, que subentiende un impedimento imprevisible para el deudor: ¿era evitable el hecho en sí mismo?. Habrá que estar a las medidas de prevención que la diligencia exigible impongan al deudor concreto, por ejemplo, construcción de contenciones, limpieza de las acequias o salidas de agua. Y si el hecho era inevitable ¿era evitable el incumplimiento?. Por ejemplo, comprando mercaderías de reemplazo a otro proveedor y entregando a tiempo. Si la respuesta es negativa, el asunto aún no termina. ¿Y las consecuencias del impedimento eran, o no, superables?. Esta pregunta presupone el incumplimiento de contrato y consecuentemente la exoneración de responsabilidad. Como se trata de cosas fungibles, habrá que determinar el tiempo que a una persona diligente le toma procurarse de las mercaderías y entregarlas al

¹⁵⁴ Así lo reconocen: Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos. Las relaciones obligatorias*, cit. (n. 8), p. 585; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, cit. (n. 8), p. 1.070; FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad*, cit. (n. 8), p. 99.

¹⁵⁵ Para un riguroso estudio acerca del régimen de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones genéricas, véase: CAFFARENA LAPORTA, Jorge, “*Genus nunquam perit*”, en *Anuario de Derecho Civil* 1 (1982), pp. 291-354.

deudor. La exoneración es temporal por el tiempo razonable para superar las consecuencias del caso fortuito.

En cambio, si lo debido era una especie o cuerpo cierto —un objeto antiguo— y se destruye, el efecto extintivo se producirá sólo en la medida que la inundación haya sido imprevisible e inevitable. Si así lo prueba el deudor, se abre paso el efecto extintivo y la consiguiente liberación de responsabilidad. La obligación se extingue y con ello la diligencia promotora del cumplimiento, sin que sea necesario formular alguna otra pregunta

V. CONCLUSIONES

La teoría general de las obligaciones contenida en el *Código* se construye a partir del modelo de la obligación de dar una especie o cuerpo cierto. Éstas son las obligaciones que hace objeto de regulación extensa el legislador. Ello se justifica por las condiciones del tráfico vigentes al momento de la promulgación del *Código Civil*. A partir de ese modelo de obligación la doctrina articula el sistema de responsabilidad por incumplimiento o de los efectos anormales de las obligaciones.

1. Hoy día las condiciones del tráfico son otras y el modelo es el de las obligaciones con objeto fungible, sean de dar o de hacer. Las normas sobre los efectos del incumplimiento resultan insuficientes e inadecuadas.

2. Adquiere especial relieve la consideración del interés del acreedor, el que se dibuja a partir del propósito o fin práctico que se propone alcanzar el acreedor con el contrato; propósito que importa en la medida que se encuentre incorporado en la regla contractual.

3. No es necesario modificar el *Código Civil*, basta con una relectura de sus disposiciones sobre incumplimiento contractual, tomando como modelo el nuevo Derecho de la contratación encabezado por la *Convención* de Viena y con base a esa relectura construir un sistema de responsabilidad funcional y adecuado para dar solución a los problemas del tráfico y cuyos aspectos caracterizadores debiesen ser:

a) El sistema se articula a partir de un concepto objetivo de incumplimiento, poniendo a disposición del acreedor un abanico de remedios entre los que tiene la opción de elegir el que mejor convenga a su interés afectado por el incumplimiento.

b) Cada remedio posee su propio supuesto de hecho que le diferencia de los restantes y que determina su procedencia para el caso concreto. Así en el caso del cumplimiento específico basta el incumplimiento objetivo y que su realización *in natura* sea posible. La resolución requiere de un incumplimiento esencial, sin importar la culpa de deudor. La indemnización de daños, de incumplimiento imputable que cause daños al acreedor.

c) La indemnización de daños es un remedio independiente y no integra el remedio del cumplimiento forzoso. Fuera de proceder su ejercicio exclusivo a elección del acreedor, la indemnización es compatible con los otros remedios en la medida que con ella se persiga alcanzar la satisfacción de aquella parte de interés a la que dichos remedios no alcanzan.

d) El caso fortuito o de fuerza mayor sólo afecta el remedio de la indemnización de daños, no así el de la resolución y cumplimiento específico.

e) El caso fortuito o de fuerza mayor exonera de responsabilidad, pero no libera de la obligación. La extinción de la obligación se produce por la intervención del modo de extinguir imposibilidad no imputable de la obligación, que presupone el caso fortuito o de fuerza mayor.