

Ej
Ensayos jurídicos

Claudia Bahamondes Oyarzún

El cumplimiento
específico de
los contratos

ediciones
DER

C) La extensión del cumplimiento específico: la sustitución y la reparación

El cumplimiento –voluntario– de un contrato, con efecto extintivo, debiera ceñirse a aquel programa prestacional que las partes buscaron con su celebración. La situación normal, implicaría la observancia de la prestación contenida en él y todo lo que se aleje de ella se considera, al menos, como un cumplimiento defectuoso³⁰⁷.

Como se examinó más arriba, de no observarse este deber de prestación, surge la facultad de exigir el cumplimiento del contrato y que tendría una exacta correspondencia con el derecho de crédito. Desde esta perspectiva, es que podría llegar a entenderse que herramientas como la reparación o la sustitución fracturan, en cierta medida, esta consonancia³⁰⁸.

Sin embargo, debe recordarse que el cumplimiento específico es un remedio que busca obtener la verificación de lo pactado, por lo que si la prestación ha sido incompleta o imperfecta, el acreedor podría verla satisfecha también si solicita su completitud o su rectificación. En este sentido, es que igualmente se haría efectiva la tutela real, específica o satisfactoria, cristalizando el interés específico u originario que se plasmó en el contrato³⁰⁹.

En efecto, la sustitución y la reparación son modalidades del cumplimiento que provienen de la llamada *pretensión de corrección* y que no se encuentra recogida de manera general en el Código Civil chileno³¹⁰. Por el

307 DORAL GARCÍA, José Antonio, *Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica*, en *Anuario de Derecho Civil*. 2. XLVI (Madrid, 1993): 592-596 y respecto de la compraventa, DE LA MAZA, cit. (n. 305): 629-663.

308 Como advierte MORALES MORENO, cit. (n. 276): 191.

309 LUISO, Francesco Paolo, *Esecuzione forzata. Esecuzione forzata in forma specifica*, in *Enciclopedia Giuridica XIII* (Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, 1988): 1-2; VERDERA, cit. (n. 12): 43-44, 151; LÓPEZ DÍAZ, *La autonomía de la indemnización de daños*, cit. (n. 157): 156-157; DIEZ-PICAZO, cit. (n. 163): 335-336; CAPILLA, cit. (n. 163): 35; MANDRIOLI, cit. (n. 253): 1-27; DI MAJO, cit. (n. 256): 2-3, 124-125; EL MISMO, cit. (n. 257): 39-49; LUMINOSO, cit. (n. 349): 16-17.

310 VIDAL, cit. (n. 157): 529; FERRANTE, cit. (n. 271): 882-883. A diferencia de los instrumentos de armonización europeos y las iniciativas de reforma, que, manifiestamente, hacen extensivos algunos efectos del cumplimiento específico a la reparación y a la sustitución. Entre estos, destacan los artículos 9:102 de los *Principles of European*

contrario, solo se han podido identificar supuestos aislados y dispersos de ambas variantes, de modo que plantear una construcción en este cuerpo normativo requiere una actividad de integración de normas que, sin duda, ya se iniciado correctamente³¹¹.

Fuera del austero panorama que presenta el Código Civil, que se examinará en breve, cabe destacar que donde sí se identifican estas tipologías de cumplimiento específico en el ámbito nacional, es en la compraventa de consumo y en el artículo 46. 2 y 3 de la Convención de Viena³¹².

Por tratarse de una materia que no se encuentra codificada, su definición en Chile ha sido aportada por la dogmática civil a propósito de la compraventa de consumo. De esta manera, se considera a la reparación como una manifestación del cumplimiento en naturaleza, que permite a su titular requerir que se subsanen ciertas anomalías que acuse la prestación. Y la sustitución consiste en una nueva verificación de lo previsto en el contrato,

Contract Law; artículos 7.2.2 y 7.2.3 de los *Unidroit Principles*; artículo III-3:302 del *Draft Common Frame of Reference* y artículo 94 del borrador de los *Principios latinoamericanos de derecho de contratos*. Estas normas, también hacen partícipes a ambas modalidades de los límites previstos para el cumplimiento específico, como se verá en la segunda parte de este capítulo. BECH SERRAT, Josep María, *Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias*, en *InDret* (Barcelona, 2010); VIDAL, cit. (n. 157): 535-536.

311 VIDAL, cit. (n. 157): 528-536; EL MISMO, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 188-191 y EL MISMO, *La llamada cláusula de garantía contractual como concreción de la pretensión de cumplimiento específico*, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (ed.), BARRÍA PAREDES, Manuel (coord.), *Estudios de derecho civil XI* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley, 2016): 841-862. Así también lo señala CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, *El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (Right to cure). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos*, en *Ius et Praxis*. 1. XXIII (Talca, 2017): 182-185. Cabe tener presente una diferencia fundamental que realiza el autor y es que en Chile el deudor no tiene un derecho a corregir la prestación una vez incumplido el contrato, ni tampoco se regula un plazo de gracia para que lo ejecute. Lo que se intenta configurar en estas líneas es una *extensión del derecho al cumplimiento del acreedor*, representado por sus modalidades de sustitución y reparación.

312 Situación que se ha detectado también en ordenamientos extranjeros. HARRIS, Donald R., *The Remedies of the Buyer*, in GUEST, Anthony Gordon (gen. ed.), *Benjamin's Sale of Goods*⁷ (London, Sweet & Maxwell, 2006), 17-060, 17-101; ADAME-MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 461-507.

esta vez, en conformidad con sus términos, debiendo revertirse la obligación original por el deudor si ello es posible³¹³.

De estas definiciones, se desprende como premisa que ninguna de estas variantes supone un incumplimiento absoluto, sino que ambas surgen gracias a la noción de *falta de conformidad* y al paradigma de contratación que provee la *Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías* de 1980³¹⁴.

La primera situación que se examinará es la Convención de Viena. Esta, en su artículo 46, regula el derecho al cumplimiento específico. Y dentro de él, en sus párrafos 2 y 3 entrega al comprador una opción entre la reparación y la sustitución cuando se produzca una falta de conformidad, la que se colige del artículo 35³¹⁵. La primera será procedente solo si ella es razonable, de acuerdo con las circunstancias que rodean la situación concreta. En cambio, la sustitución no solo operará si la reparación es irrazonable o

313 Las definiciones provienen del derecho de consumo, pero para efectos de este trabajo, sus términos fueron generalizados. Incluso, en este contexto, la ley N° 19.496 utiliza la expresión *reposición* y no *sustitución*. BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *Artículo 20*, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, PIZARRO WILSON, Carlos (dirs.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters-LegalPublishing, 2013): 534-536.

314 CAPRILE, cit. (n. 298): 565; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *La conformidad de la cosa vendida: adecuación material*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 1. XXVIII (Valdivia, 2015): 79-100; ABURTO, Juan Pablo, DE LA MAZA, Iñigo, *Falta de conformidad jurídica y tutela del comprador*, en *Ius et Praxis*, 2. XXI (Talca, 2015): 61-73. A diferencia de lo que sucede en la Convención de Viena, que contiene una referencia expresa en su artículo 36. 1, y en la *Directiva 1999/44 CE*, en su artículo 2.1. La transposición de esta directiva en España recayó en la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Para un panorama del derecho español, MORALES MORENO, cit. (n. 276): 189-202; FENOY PICÓN, Nieves, *La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2. LXVI (Madrid, 2013): 717-836; BECH SERRAT, cit. (n. 310). Señalando que se trata de una manifestación del incumplimiento como un concepto abarcador y neutral, VAQUER ALOY, Antoni, *El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1. LXIV (Madrid, 2011): 5-39; VIDAL, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 53-64.

315 El artículo 35 establece los criterios de conformidad, por lo que ellos pueden establecer un parámetro que determine la no conformidad. VIDAL, cit. (n. 157): 531.

inconveniente, sino que, para su ejercicio, es preciso además que la falta de conformidad envuelva un incumplimiento esencial.

Del señalado precepto, queda establecido que estas variantes del cumplimiento operan de manera distinta, de acuerdo con sus propios requisitos³¹⁶. La razonabilidad en la reparación apunta a que ella no debiera conducir a soportar costos excesivos para el vendedor, en comparación con los que tiene la misma actividad en el Estado del comprador. Por su parte, por tratarse de una técnica más invasiva, en la sustitución no basta la falta de conformidad, sino que es necesario que el incumplimiento sea esencial y se ha asimilado a aquel que se exige para hacer efectiva la resolución del contrato en términos del artículo 25. Esta alternativa condicionada, que ha sido descrita expresamente en la norma, ha llevado a admitir la existencia de una cierta jerarquía entre ambas variedades, en aras de proteger un sistema remedial equilibrado³¹⁷.

La segunda manifestación de estas modalidades del cumplimiento se encuentra en la *Ley 19.496, sobre Protección a los Derechos de los Consumidores*. Esta ley se ha ocupado de reglamentar a distintos remedios que, en el ámbito civil, responden a casos de error sustancial, incumplimiento contractual o infracción a la garantía. Los artículos 19 y 20 contemplan supuestos fácticos que se configuran por una menor cantidad o contenido de un producto, por el no cumplimiento de especificaciones obligatorias, convencionales o de rotulado la falta de aptitud para su uso, la presencia de vicios de calidad o una composición distinta a la indicada.

Todas estas figuras, en su conjunto, implantan la idea de la falta de conformidad en que el incumplimiento abarca cualquier irregularidad en el

316 No obstante, en ambos casos el comprador debe comunicar —extrajudicialmente— al vendedor la solicitud de reparación o sustitución. Dicha manifestación se hará de acuerdo con lo previsto en los artículos 46 (2) y (3) y su remisión al artículo 39 —al momento de denunciar la falta de conformidad de las mercaderías— o, en último término, dentro de un plazo razonable.

317 VIDAL, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 75-77; FERRANTE, cit. (n. 271): 895-896. También ADAME-MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 479-481; 487-488. Esta conclusión, es parte de una idea mayor planteada por este último autor, en orden a señalar que en la Convención de Viena subyace la idea de la conservación del contrato. Lo anterior tiene sentido, si se considera que se trata de bienes fungibles y que ella prevé mecanismos de protección del acreedor cuando ha perdido la confianza en su deudor. NDULO, cit. (n. 282): 21 y BECH SERRAT, cit. (310).

bien que lo aleje de los términos pactados³¹⁸. No se distingue entre el tipo de entrega que se haya hecho, bastando que se produzca la disconformidad de cantidad o calidad para desplegar las medidas que podría ejercer el consumidor³¹⁹. Y es a la luz de esta noción, que se conforma la llamada *garantía legal* o *derecho de opción del consumidor*, que le permite escoger entre diversos remedios para subsanar el incumplimiento³²⁰. Estos se contienen en los mismos artículos 19 y 20 de la ley y permiten requerir del proveedor –extrajudicialmente y sin un orden de jerarquía– la reparación gratuita del bien, la reposición del mismo, la bonificación de su valor en la compra de otro o la devolución de la cantidad pagada, además de la indemnización por los daños si corresponde³²¹.

Puede percibirse que en estas normas se prevé, en forma expresa, la procedencia tanto de la reparación como de la sustitución de la prestación. Ambas, son tipos de cumplimiento que únicamente pueden derivarse de modelos en que las obligaciones sean genéricas o de objeto fungible³²²,

318 MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa*, en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Cizur Menor-Navarra, Thomson-Civitas, 2006): 95-96; BARRIENTOS CAMUS, cit. (n. 313): 532-533.

319 BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *La garantía legal* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley, 2016): 125-127.

320 Garantía que, por cierto, es un derecho irrenunciable para el consumidor en este tipo de relaciones contractuales. Ídem: 86 y LA MISMA, cit. (n. 313): 531. Se trataría de un régimen que presenta similitudes –aunque también diferencias– con el de los vicios redhibitorios y que se extrapola a las relaciones de consumo. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil*, en *Derecho de consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*. 3 (Santiago, 2009): 182-184.

321 BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *Una aproximación a la forma de incumplimiento que da lugar a la garantía legal en las ventas reguladas en la ley sobre protección de los derechos del consumidor*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. 2. XX (Antofagasta, 2013): 67-68, 75-76; LA MISMA, *Artículo 19*, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, PIZARRO WILSON, Carlos (dirs.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters-LegalPublishing, 2013): 520-521; LA MISMA, cit. (n. 272): 58-63; LA MISMA, cit. (n. 319): 189-191. Se trata, además, de un régimen que prescinde de la culpa del proveedor para que sea aplicable, salvo que se exija el remedio indemnizatorio. CORRAL, cit. (n. 320): 180.

322 Denominación que utiliza VIDAL, cit. (n. 114): 506-509.

pues la calidad de la cosa y su posibilidad de intercambio integran al deber de prestación³²³, dejando de lado su individualidad como característica relevante.

El artículo 19 de la ley, establece las consecuencias que resultan de los defectos de cantidad o contenido de un producto³²⁴ y los remedios que surgen son la sustitución y la bonificación de su valor en la compra de otro. La reparación no procede, por tratarse de una medida que no presta mayor utilidad para esta clase de defectos³²⁵. En este punto se halla la diferencia con la sustitución (reposición), pues esta admite el cambio de lo entregado por un bien idéntico, que se adecue a lo convenido. En este sentido, la fungibilidad del objeto permite que el consumidor reciba la misma prestación que pactó, con lo que no cabe duda de que se trata de una clase de cumplimiento específico.

Por su parte, la bonificación faculta para cambiar el objeto inicial por otro, pero de distinto género, a lo que regularmente se le llama canje. Respecto de ella, se ha señalado que se trataría de una forma de sustitución que amplía su concepto³²⁶ y en que se produciría un cumplimiento por equivalente mediante la imputación del precio en la compra de otro producto diverso³²⁷. Sin embargo, lo que parece concurrir aquí, más bien, es una clase de reparación en naturaleza que, como se revisó al inicio del capítulo, intenta *compensar* al acreedor mediante una prestación diferente de la pactada³²⁸. Se trataría de una especie de indemnización no pecuniaria,

323 MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa*, en *Anuario de Derecho Civil*. 1. LXV (Madrid, 2012): 8; BARRIENTOS CAMUS, cit. (n. 319): 118-121.

324 BARRIENTOS CAMUS, *Artículo 19*, cit. (n. 321): 518-519.

325 CORRAL, cit. (n. 320): 171-172.

326 BARRIENTOS CAMUS, *Artículo 19*, cit. (n. 321): 521; LA MISMA, cit. (n. 319): 185-187.

327 CORRAL, cit. (n. 320): 172.

328 La ley sobre protección a los derechos de los consumidores establece distintas acepciones respecto del término reparación, las que técnicamente no siempre se corresponden con lo que se ha entendido por tal en el derecho civil. Identificando, al menos, tres sentidos distintos CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, *Artículo 3° E*, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, PIZARRO WILSON, Carlos (dirs.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters-LegalPublishing, 2013): 122.

pero que en este caso particular, es de ejercicio extrajudicial y, además, se reduce solo al importe del valor de lo entregado de manera disconforme. Desde el momento en que el acreedor no recibe la misma prestación que acordó, es que no puede hablarse propiamente de una modalidad del cumplimiento específico.

El artículo 20, por su parte, sí contempla las medidas de reparación y sustitución para subsanar las anomalías de calidad³²⁹. Si bien ambas favorecen la conservación del contrato, la diferencia estriba en que la sustitución se satisface mediante la realización de una obligación de dar³³⁰, mientras que la reparación se verifica a través de una obligación de hacer³³¹. Esta última, al corregir los defectos de los que adolezca un bien, permite al acreedor obtener el cumplimiento *in natura* del contrato, es decir, en último término recibirá la prestación exacta aunque ella haya de haber sido subsanada.

En consecuencia, tanto la reparación como la sustitución del bien involucran variedades del cumplimiento específico y que pueden identificarse con claridad tanto en las compraventas internacionales de mercaderías, como en aquellas de consumo. Por tratarse de bienes genéricos, ambas dan la posibilidad al acreedor de recibir la misma prestación que previó al celebrar el contrato, configurando de esta manera, la principal característica de este remedio.

Pero el panorama positivo nacional también reconoce alguna referencia en el Código Civil. Al menos en los artículos 1590 y 1860, se admiten hipótesis en que el acreedor conserva la prestación disconforme y se le confiere una indemnización por su menor valor, salvo que deba resolverse el contrato por la entidad del defecto. Empero, solo el artículo 2002 —establecido a propósito del contrato de obra— aparece como una regla que podría hacerse extensiva al resto del ordenamiento, ya que permite sustituir la obra ejecutada indebidamente, de lo que se infiere que, si fuere posible, esta podría también ser reparada³³².

329 BARRIENTOS CAMUS, cit. (n. 313): 526.

330 Calificada además como de resultado. BARRIENTOS CAMUS, *Artículo 19*, cit. (n. 321): 521.

331 BARRIENTOS CAMUS, cit. (n. 319): 171-173.

332 VIDAL, cit. (n. 157): 528-536; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El derecho supletorio del contrato de servicios en el Código Civil chi-*

¿Sería posible ampliar esta solución a cumplimientos imperfectos que provengan de otros contratos y otras obligaciones, que no sean las de hacer? Si bien es cierto, no hay una norma expresa que lo permita, esta tampoco sería necesaria si se instala al cumplimiento específico en el modelo que ha propuesto el nuevo derecho de la contratación.

De aceptarse esta forma de analizar el fenómeno contractual, debe tenerse en consideración que no hay ya obligaciones aisladas que deban observarse con rigor, sino que lo que se presenta es un contrato en su sentido más global, que se entiende cumplido cuando se satisface el interés del acreedor³³³. Por este mismo motivo, es que se ha intentado dejar atrás el uso de la expresión obligación y cambiarla por la de *vinculación contractual*, a fin de ampliar el margen de satisfacción del acreedor. Ya no solo se restringirá a la visión parcial de la relación obligatoria estrechamente unida al derecho subjetivo como entidad aislada. Lo que se intentará ahora es garantizar la protección de su derecho de crédito, satisfaciendo su interés, manifestado mediante el propósito práctico³³⁴.

Y si lo que se garantiza es consumir dicha satisfacción, que envuelve la finalidad que se tuvo en vista al contratar, no parece haber inconveniente en que un acreedor pudiese ejercer su derecho al cumplimiento específico circunscrito a una corrección. Incluso, ello significará, en ciertas ocasiones, la protección del interés del deudor, cuando pudiese verse expuesto a

leno. *Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1. XLVI (Valparaíso, 2016): 97-99.

333 Como señala Vidal, a propósito de la Convención de Viena “[...] el deudor —sea el vendedor o el comprador— no está llamado a cumplir una o varias obligaciones fraccionadas, sino el contrato entendido como un todo; se reemplaza la idea de la infracción de las obligaciones contractuales por la de incumplimiento del contrato”. VIDAL, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 28-29.

334 Entre otros, BARROS, cit. (n. 10): 405; VIDAL, cit. (n. 114): 508-509; Díez-PICAZO, cit. (n. 163): 771-772; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro y Bravo (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico)*, en *Anuario de Derecho Civil*. 4. XXXVI (Madrid, 1983): 323-348; EL MISMO, *La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil*, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (Cizur Menor-Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015): 23-40; EL MISMO, cit. (n. 274): 379-388.

cumplir en la forma exacta, rompiendo el equilibrio que se busca en este sistema, como se verá en la segunda parte.

Sin embargo, para aceptar esta posibilidad, deben realizarse ciertas precisiones. En primer lugar, es necesario que, al igual como sucede en la Convención de Viena y en la ley 19.496, la prestación recaiga sobre un objeto fungible. En ambos instrumentos, la sustitución y reparación solo tienen cabida por cuanto regulan la compraventa de mercaderías y de bienes o servicios de consumo, respectivamente. La posibilidad de que gracias a intercambios o refacciones el acreedor termine por recibir lo mismo que acordó en el contrato, únicamente puede hacerse efectiva respecto de géneros, en los que distintas prestaciones comparten idénticas características³³⁵ confiriéndoles un mismo poder liberatorio. Pero no podría plantearse sobre especies o cuerpos ciertos, en que la individualidad o particularidad se haya incorporado al deber de prestación que debe consumir el deudor³³⁶.

Y debe efectuarse, además, otra distinción. En las obligaciones de dar genéricas y de hacer fungibles, no cabe duda de que la sustitución es procedente, tanto por el tipo de vinculación contractual apuntado y que encuentra apoyo en el artículo 1545³³⁷, como por una interpretación extensiva del artículo 2002.

Con todo, la reparación presenta razonables cuestionamientos por tratarse de una nueva obligación —de hacer— que no fue inicialmente pactada y que, aunque surge por el incumplimiento, sobrepasa el deber de prestación inicial. Así, se propone que esta siempre opere para las obligaciones de hacer en los términos de aplicación del artículo 2002 indicados más arriba.

335 FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución en el ordenamiento español)* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1996): 10-11; Díez-PICAZO, cit. (n. 163): 330-332. En estas obligaciones, la calidad se incorpora a la noción misma de género y al contenido de la prestación. Por ello, para que esta se entienda cumplida, el deudor debe verificar una de calidad, a lo menos, mediana. MORALES MORENO, cit. (n. 323): 8.

336 VIDAL, cit. (n. 157): 533-534. Si a la reparación y sustitución se les entiende como una variante del cumplimiento específico, es necesario que, precisamente, el acreedor reciba aquello que fue convenido, satisfaciendo su interés *in natura* del modo en que este hubiese sido manifestado en el contrato. MORALES MORENO, cit. (n. 276): 193, 194; EL MISMO, cit. (n. 323): 20-21; DI MAJO, cit. (n. 256): 139-141.

337 VIDAL, cit. (n. 157): 534. El autor agrega que se trate de un defecto esencial, EL MISMO, cit. (n. 311): 847.

Pero solo debiese emerger en las obligaciones de dar cuando el juez lo determine, lo que sucederá, normalmente, si el deudor se ha comprometido a dotar a la cosa de las cualidades que la hagan pertenecer al género entregado³³⁸.

De esta manera y con las referidas restricciones, sería posible incorporar las modalidades de reparación y sustitución al ordenamiento civil chileno, sin necesidad de reforma legal. Cabe mencionar que, de cualquier modo, no se presentan inconvenientes si voluntariamente estas condiciones se ven alteradas. Las partes, en virtud de la libertad contractual, pueden implementar cláusulas de garantía, en las que ambas variantes del cumplimiento sean expresamente establecidas. Y aunque su operatividad dependerá de los términos en que hayan sido pactadas, o bien, de la interpretación de que de ellas haga el juez, se destacan como un instrumento que otorga mayor certeza a los contratantes respecto de la extensión del derecho al cumplimiento, pues el sustento, esta vez, se respaldará en la propia ley del contrato³³⁹.

1.2. Condiciones de procedencia del derecho al cumplimiento específico

Antes de analizar los límites al cumplimiento específico, es necesario determinar sus condiciones de procedencia. Solo una vez configurado el derecho y establecidas sus fronteras, será posible saber si opera como un remedio frente al incumplimiento; y si, una vez ejercido, este debe ser o no acogido o si, incluso cumplidas sus condiciones, podría ser denegado por algún tipo de extralimitación. Con el propósito de analizar dichas limitaciones en la segunda parte de este capítulo, es que es necesario anotar, primeramente, las condiciones de procedencia del derecho a exigir el cumplimiento específico del contrato.

Como se enunció, la utilización del concepto de remedios apareja una consecuencia importante y que es donde radica su ventaja. Por tratarse de

338 Normalmente, la hipótesis se presenta cuando el deudor es quien manufactura o fabrica la cosa. Ídem: 533-535; MORALES MORENO, cit. (n. 276): 194; EL MISMO, cit. (n. 323): 20; EL MISMO, cit. (n. 311): 847; FENOY, cit. (n. 335): 94-95.

339 VIDAL, cit. (n. 311): 854-862.

cumplir en la forma exacta, rompiendo el equilibrio que se busca en este sistema, como se verá en la segunda parte.

Sin embargo, para aceptar esta posibilidad, deben realizarse ciertas precisiones. En primer lugar, es necesario que, al igual como sucede en la Convención de Viena y en la ley 19.496, la prestación recaiga sobre un objeto fungible. En ambos instrumentos, la sustitución y reparación solo tienen cabida por cuanto regulan la compraventa de mercaderías y de bienes o servicios de consumo, respectivamente. La posibilidad de que gracias a intercambios o refacciones el acreedor termine por recibir lo mismo que acordó en el contrato, únicamente puede hacerse efectiva respecto de géneros, en los que distintas prestaciones comparten idénticas características³³⁵ confiriéndoles un mismo poder liberatorio. Pero no podría plantearse sobre especies o cuerpos ciertos, en que la individualidad o particularidad se haya incorporado al deber de prestación que debe consumir el deudor³³⁶.

Y debe efectuarse, además, otra distinción. En las obligaciones de dar genéricas y de hacer fungibles, no cabe duda de que la sustitución es procedente, tanto por el tipo de vinculación contractual apuntado y que encuentra apoyo en el artículo 1545³³⁷, como por una interpretación extensiva del artículo 2002.

Con todo, la reparación presenta razonables cuestionamientos por tratarse de una nueva obligación —de hacer— que no fue inicialmente pactada y que, aunque surge por el incumplimiento, sobrepasa el deber de prestación inicial. Así, se propone que esta siempre opere para las obligaciones de hacer en los términos de aplicación del artículo 2002 indicados más arriba.

335 FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución en el ordenamiento español)* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1996): 10-11; DIEZ-PICAZO, cit. (n. 163): 330-332. En estas obligaciones, la calidad se incorpora a la noción misma de género y al contenido de la prestación. Por ello, para que esta se entienda cumplida, el deudor debe verificar una de calidad, a lo menos, mediana. MORALES MORENO, cit. (n. 323): 8.

336 VIDAL, cit. (n. 157): 533-534. Si a la reparación y sustitución se les entiende como una variante del cumplimiento específico, es necesario que, precisamente, el acreedor reciba aquello que fue convenido, satisfaciendo su interés *in natura* del modo en que este hubiese sido manifestado en el contrato. MORALES MORENO, cit. (n. 276): 193, 194; EL MISMO, cit. (n. 323): 20-21; DI MAJO, cit. (n. 256): 139-141.

337 VIDAL, cit. (n. 157): 534. El autor agrega que se trate de un defecto esencial, EL MISMO, cit. (n. 311): 847.

Pero solo debiese emerger en las obligaciones de dar cuando el juez lo determine, lo que sucederá, normalmente, si el deudor se ha comprometido a dotar a la cosa de las cualidades que la hagan pertenecer al género entregado³³⁸.

De esta manera y con las referidas restricciones, sería posible incorporar las modalidades de reparación y sustitución al ordenamiento civil chileno, sin necesidad de reforma legal. Cabe mencionar que, de cualquier modo, no se presentan inconvenientes si voluntariamente estas condiciones se ven alteradas. Las partes, en virtud de la libertad contractual, pueden implementar cláusulas de garantía, en las que ambas variantes del cumplimiento sean expresamente establecidas. Y aunque su operatividad dependerá de los términos en que hayan sido pactadas, o bien, de la interpretación de que de ellas haga el juez, se destacan como un instrumento que otorga mayor certeza a los contratantes respecto de la extensión del derecho al cumplimiento, pues el sustento, esta vez, se respaldará en la propia ley del contrato³³⁹.

1.2. Condiciones de procedencia del derecho al cumplimiento específico

Antes de analizar los límites al cumplimiento específico, es necesario determinar sus condiciones de procedencia. Solo una vez configurado el derecho y establecidas sus fronteras, será posible saber si opera como un remedio frente al incumplimiento; y si, una vez ejercido, este debe ser o no acogido o si, incluso cumplidas sus condiciones, podría ser denegado por algún tipo de extralimitación. Con el propósito de analizar dichas limitaciones en la segunda parte de este capítulo, es que es necesario anotar, primeramente, las condiciones de procedencia del derecho a exigir el cumplimiento específico del contrato.

Como se enunció, la utilización del concepto de remedios apareja una consecuencia importante y que es donde radica su ventaja. Por tratarse de

338 Normalmente, la hipótesis se presenta cuando el deudor es quien manufactura o fabrica la cosa. Ídem: 533-535; MORALES MORENO, cit. (n. 276): 194; EL MISMO, cit. (n. 323): 20; EL MISMO, cit. (n. 311): 847; FENOY, cit. (n. 335): 94-95.

339 VIDAL, cit. (n. 311): 854-862.

una noción que intenta compilar todas las medidas destinadas a corregir las infracciones contractuales, es que se crea un supuesto general de aplicación, cual es, el incumplimiento. Con todo, para hacer operativo un remedio determinado, que provenga de un derecho en particular, es necesario que se cumpla con las condiciones que le son propias y que son distintas e independientes para cada uno de ellos.

En el caso del cumplimiento específico, es posible aseverar que las exigencias necesarias para configurar el supuesto que subyace en el derecho contempla dos circunstancias: que se haya producido un incumplimiento, cualquiera que este sea, y que el cumplimiento posterior sea material y jurídicamente posible.

A) Incumplimiento del contrato: del incumplimiento neutro a un remedio objetivo

Cuando en líneas precedentes se descartó el uso de la terminología *sanciones* por parte de la dogmática nacional, se indicó que uno de sus motivos obedecía a la paulatina instalación de un concepto de incumplimiento, cuyo contenido esté desprovisto de la culpa o el dolo³⁴⁰. Esta sería la forma de crear un requisito base para efectos de hacer operar los distintos remedios de acuerdo con el interés que espere satisfacer el acreedor y que luego precisará de las condiciones de aplicación específicas de aquel que haya escogido.

Es natural que en un esquema en que los remedios por incumplimiento no estaban organizados y que se construía sobre la base del *cumplimiento* forzado unido estrechamente a la indemnización, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad haya teñido el estudio completo de los efectos anormales de las obligaciones³⁴¹.

Pero lo cierto es que se ha avanzado en este sentido. La literatura chilena hoy aboga por una noción integral de cumplimiento del contrato³⁴², lo que permite distinguir a su incumplimiento como un presupuesto neutral y unificador, entendido como cualquier "desviación del programa contrac-

³⁴⁰ Vid. *supra* cap. II, I, 1. b).

³⁴¹ Vid. *supra*, n. 297.

³⁴² VIDAL, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 28-29.

tual"³⁴³, ya sea este o no imputable al deudor³⁴⁴. Luego, de acuerdo con cada remedio que se pretenda hacer efectivo, deberán concurrir otros requisitos. Así, la resolución³⁴⁵, la paralización de los efectos de la mora³⁴⁶ y las acciones edilicias³⁴⁷, exigirán sus propias y particulares circunstancias.

De lo que no cabe duda, es que el elemento subjetivo de atribución de responsabilidad es necesario —además, por supuesto de los daños— en el caso de la indemnización. Con bastante consenso y coincidiendo³⁴⁸ en este

³⁴³ PANTALEÓN, cit. (n. 10): 1720.

³⁴⁴ Vid. *supra*, n. 298.

³⁴⁵ La resolución necesitará del incumplimiento de un contrato bilateral que se considere grave o esencial, tanto si se trata de un incumplimiento total, como uno parcial, pero que afecte a obligaciones esenciales del contrato. En España, destaca CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998): 82-83, 237-301. En el derecho francés, decisivos aportes, hizo en este sentido GENICON, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution* (Paris, LGDJ, 2011): 191-372. En Chile CLARO SOLAR, cit. (n. 11): 190-193, FUEYO, cit. (n. 165): 307-314. Dicho incumplimiento esencial puede observarse cuando se prive al acreedor de lo que tenía derecho a esperar del contrato, siendo ello conocido por el deudor; cuando intervenga el dolo, la culpa grave o la legítima desconfianza en el futuro comportamiento del deudor; y en caso de que así se hubieren calificado ciertas hipótesis por las partes. De esta manera, se compatibiliza el remedio resolutorio con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos PEÑAILILLO, cit. (n. 54): 407-410; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, LegalPublishing, 2009): 355-363; MARÍN PADILLA, María Luisa, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"* (Barcelona, Bosch, 1990): 89; y ampliamente, la obra de MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011), *passim*.

³⁴⁶ Si se le califica como un remedio, la defensa del artículo 1552 requiere la falta de cumplimiento de la obligación recíproca. PIZARRO, cit. (n. 269): 525-545. A menos que se adhiera a un enfoque en que las consecuencias recaen sobre la indemnización, caso en el cual, se exige la mora. MEJÍAS, cit. (n. 269): 389-412.

³⁴⁷ La acción *quantum minoris* opera, en principio, para la compraventa y otros contratos específicos, y presupone la presencia de un vicio en la cosa comprada. Aunque existe ya una tendencia a hacer efectiva la acción de reducción del precio respecto de cualquier tipo de contrato, cuando la prestación tenga un vicio, PRADO, cit. (n. 260): 617-650. Elevándolo a un principio de aplicación general más amplio, FERRANTE, cit. (n. 270), *passim*.

³⁴⁸ A contrario y como se verá, el remedio del cumplimiento no exige este elemento. BARROS, cit. (n. 10): 414-416; EL MISMO, *La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos*, en CORRAL TALCIANI, Hernán, RODRÍ-

sentido, con los postulados tradicionales de la dogmática, se afirma que la imputabilidad en el incumplimiento es el supuesto de hecho particular para que opere esta tutela resarcitoria³⁴⁹. Con todo y salvo algunas apreciaciones

GUEZ PINTO, María Sara (coord.), *Estudios de Derecho Civil II: Código Civil y principios generales, nuevos problemas, nuevas soluciones*² (Santiago, LegalPublishing, 2007): 721-730; VIDAL, *La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento*, en FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (coords.), *Estudios de derecho civil VI* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011): 164; EL MISMO, cit. (n. 114): 437-549; EL MISMO, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 109-116; BRANTT, cit. (n. 163): 558-559; LÓPEZ DÍAZ, *La autonomía de la indemnización de daños*, cit. (n. 157): 173-183. En España, BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna, Real Colegio de España, 1987): 727; CLEMENTE MEORO, cit. (n. 345): 84; CAPILLA, cit. (n. 163): 45-46; LLAMAS POMBO, cit. (n. 163): 266-273; GÓMEZ POMAR, cit. (n. 271). Otros autores distinguen y confinan esta problemática a las obligaciones de diligencia, con un engarce en el artículo 1547 inciso 3° del Código Civil. En las obligaciones de medios, el incumplimiento aparece como elemento inseparable y configurador a la negligencia, respecto de la cual, además, se invierte la carga de la prueba. Esto redundaría en que al acreedor solo le bastaría demostrar la existencia del contrato y alegar, mas no acreditar, su inobservancia; no obstante, el deudor siempre podría invocar la ausencia de culpa como prueba liberatoria, porque con ello destruye la figura misma del incumplimiento. La diferencia con las obligaciones de resultado radica en este punto, pues como en ellas no se evalúa la conducta del deudor, no existe posibilidad de excusarse argumentando diligencia, lo que configuraría un supuesto de responsabilidad objetiva. PEÑAILILLO, cit. (n. 54): 223-230; PIZARRO WILSON, Carlos, *La culpa como elemento constitutivo de del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 2. XXXI (Valparaíso, 2008): 255-265; URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, *El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*. XVII (Santiago, 2011): 61-64. Y en la jurisprudencia reciente, Corte Suprema, *Santander Benavente María Carolina con Isapre Banmédica S.A.*, 13 de enero de 2016, Rol N° 7581-2015; Corte Suprema, *Banco Bice con Merino González, María Clara*, 31 de marzo de 2016, Rol N° 13.543-2015.

349 VERDERA, cit. (n. 12): 4546; LÓPEZ DÍAZ, *La autonomía de la indemnización de daños*, cit. (n. 157): 160-161. El concepto de tutela ha sido mayormente abordado por la doctrina italiana, con sustento en las normas del *Codice Civile* de 1942. Destacan, en este sentido, los aportes de LUMINOSO, Angelo, *Risoluzione per inadempimento*, in GALGANO, Francesco, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca: delle obbligazioni art. 1453-1454 IV* (Bologna-Roma, Zanichelli Editore - Il Foro Italiano, 1990): 17-18; y por supuesto DI MAJO, cit. (n. 257): 261-278; MAZZAMUTO, cit. (n. 306): 171 segg. Cabe destacar, que los tribunales ya reconocen las diferencias que el remedio indemnizatorio presenta respecto de otros previstos por el ordenamiento, respecto de sus condiciones de aplicación. Véase Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Dagoberto Zavala Jiménez con Banco de Crédito e Inversiones*, 12 de junio de 2015, Rol N° 1577-2014.

nes que proyectan la indemnización aunque no concurra culpa ni dolo³⁵⁰, existe otra corriente que varía este elemento subjetivo por uno objetivo, representado por el alejamiento de todo aquello que esté dentro de la órbita de control del deudor o dentro de su asunción de riesgos³⁵¹.

Una vez precisado lo anterior, cabe preguntarse si el cumplimiento específico es un remedio objetivo o si requiere de un actuar doloso o culposo por parte del deudor para que opere su configuración. Para responder este interrogante, ha de recordarse que sus requisitos son únicamente el incumplimiento y que el cumplimiento posterior sea posible. Verificados, el acreedor podrá exigir la prestación en naturaleza, sin que sea necesario algún factor subjetivo de responsabilidad, que, como se acaba de registrar, son indispensables para llevar adelante una acción indemnizatoria complementaria, si fuere solicitada.

En Chile, es posible afirmar que se trata de un remedio que prescinde de la evaluación de la conducta del deudor, pues la imputación subjetiva no se presenta como una condición necesaria para su ejercicio. Y si bien los artículos 1670 y 1672 aluden a la ausencia o presencia de culpa respecto de la pérdida de la cosa que se debe, esta situación apunta, más bien, a la imposibilidad de cumplimiento³⁵², cuyos efectos variarán únicamente en cuanto a

350 OSTI, Giuseppe, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di Diritto Civile X* (Padova, 1918): 209 segg.; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual* (Madrid, Civitas, 1978): 239 y ss.; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una re-lectura en clave objetiva*, en *Revista Chilena de Derecho*. 1. XXIV (Santiago, 1997): 151-167; PEÑAILILLO, cit. (n. 298): 331-346. En términos similares, URREJOLA, cit. (n. 348): 39-61; y respecto de las obligaciones de resultado como manifestación de una responsabilidad objetiva PIZARRO, cit. (n. 348): 255-265.

351 PANTALEÓN, cit. (n. 10): 1068-1069 y EL MISMO, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, en *Anuario de Derecho Civil*. 3. XLIV (Madrid, 1991): 1054-1061; Díez-PICAZO, cit. (n. 163): 783; MORALES MORENO, *Evolución del concepto de obligación*, cit. (n. 163): 50-52 y EL MISMO, cit. (n. 274): 422-423; ALCALDE SILVA, cit. (n. 272): 37-39 y EL MISMO, *La responsabilidad contractual en el Código Civil: del particularismo al régimen general*, en FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (coords.), *Estudios de derecho civil VI* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011): 653-660; ORTÍ VALLEJO, Antonio, *Concepto de incumplimiento de contrato, exoneración e incumplimiento justificado (De los textos decimonónicos a los de soft law)*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. 7 (Cizur Menor-Navarra, 2016): 29-64. Y ampliamente, VIDAL, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 38-47.

352 ABELIUK, cit. (n. 165): 1166-1168.

dar por extinguida la obligación o hacer operativos otros remedios. Como dicha imposibilidad contraviene la segunda condición particular para conformar el derecho al cumplimiento, es que, en cualquier caso –fortuito o culpable– impedirá su procedencia³⁵³.

Así también se ha consagrado en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, la cual en sus artículos 79.1 y 5 contempla las causales de exoneración de responsabilidad por incumplimiento, restringiéndolas al ejercicio de la acción indemnizatoria. No obstante, esta afirmación debe ser matizada.

En primer término, debe apuntarse que, en rigor, este instrumento no recoge una definición de incumplimiento, como sí lo hicieron otros de *soft law* que le siguieron. El concepto, más bien, se desprende de sus artículos 45, 61, 25 y del mismo 79³⁵⁴. Aunque pudiese pensarse que los párrafos 1, 3 y 5 de esta última norma dejarían a salvo la posibilidad de impetrar el cumplimiento *in natura*, debe aclararse que ella solamente se conserva sin cuestionamientos respecto de sus modalidades de reparación y sustitución –propias de una hipótesis de falta de conformidad– mas no respecto de los incumplimientos absolutos. En estos, la interpretación extensiva del párrafo 1 también permitiría a un deudor excusar “la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase sus consecuencias”. Lo que se produciría en este caso es, en realidad, la *falta de exigibilidad* de la obligación misma, que impediría hacer efectivo el remedio del cumplimiento

353 O al menos la suspenderá, si el evento es temporal, VIDAL, cit. (n. 157): 522. Tampoco es necesaria la mora y en ello es clara la regulación a propósito de la cláusula penal, ya que el artículo 1537 del Código Civil, permite al acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal, incluso antes de la constitución en mora del deudor. CAPRIJE, cit. (n. 269): 79-84. Indicando que se trata de un remedio objetivo, entre otros, PANTALEÓN, cit. (n. 10): 1729; VERDERA, cit. (n. 12): 138-139; VIDAL, cit. (n. 114): 522-523; EL MISMO, cit. (n. 157): 520-522; BARROS, cit. (n. 151): 304-305; LÓPEZ DÍAZ, *La autonomía de la indemnización de daños*, cit. (n. 157): 155-160; y en un paralelo con el equivalente en dinero entendido como remedio indemnizatorio, BRANTT, cit. (n. 163): 543 y ss. Así ha sido reconocido también por la jurisprudencia Corte Suprema, *Santander Benavente María Carolina con Isapre Banmédica S.A.*, 13 de enero de 2016, Rol N° 7581-2015.

354 Como precisa VIDAL, *El incumplimiento contractual y los remedios*, cit. (n. 154): 261-263.

específico³⁵⁵. Empero, y de acuerdo con lo que se examinará más adelante, el mismo supuesto fáctico también puede considerarse como una hipótesis de imposibilidad, con mayor razón si la inexigibilidad se torna definitiva. En esta situación, el cumplimiento no podrá ser reclamado, no porque se produzca la extensión de la causa de exoneración, sino por la ausencia de uno de sus elementos que lo tipifican. En consecuencia, el citado párrafo 1, si bien resulta aplicable pues lo descarta, en rigor es un eximente del remedio indemnizatorio, si el incumplimiento escapó a la órbita de control de deudor.

En Europa, una situación similar se produce en el marco de los *Unidroit Principles*, en que el cumplimiento específico entendido como remedio objetivo, se desprendería de los artículos 7.2.2 y 7.4.1. Ninguno de estos preceptos exige la culpa a su respecto, pero considera como causa de exoneración del remedio indemnizatorio a todos aquellos incumplimientos que escapen al riesgo asumido por el deudor³⁵⁶. No obstante, surge la misma pregunta que se hizo en el caso anterior ¿se hace extensiva dicha eximición al cumplimiento específico?

355 Así lo ha destacado VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los principios latinoamericanos de derecho de contratos (PLDC)*, en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (Atelier, Barcelona, 2015): 711-714; EL MISMO, *El incumplimiento contractual y los remedios*, cit. (n. 154): 261-262 y EL MISMO, *La protección del comprador*, cit. (n. 163): 28-29, 73-74. Dan cuenta de esta discusión, en orden a aplicar de manera absoluta el artículo 79.5 o extender la interpretación del párrafo 1 de la Convención de Viena al remedio del cumplimiento, FENOY, cit. (n. 163): 83-85 y SALVADOR CODERCH, Pablo, *Comentario del artículo 79 CISG*, en Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Madrid, Civitas, 1998): 653-655. La convención señala a este respecto: “Artículo 79. 1 Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase sus consecuencias.

[...] 5 Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

356 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, cit. (n. 283): 265. “Article 7.4.1 (Right to damages). Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles”.

B) Que el cumplimiento posterior sea posible

En este apartado, se hará referencia a la posibilidad del cumplimiento como la segunda de las condiciones de operación de este derecho³⁶⁸. En

368 En este sentido, VIDAL, cit. (n. 157): 520-522; BARROS, cit. (n. 10): 411-412; PANTALEÓN, cit. (n. 10): 1729-1730; VERDERA, cit. (n. 12): 134-139; RUZ, cit. (n. 24): 610; PEÑAILILLO, cit. (n. 54): 332-336.

este contexto, lo normal será que el demandante que invoque la inejecución contractual y que solicite el cumplimiento *in natura*, alegue también la posibilidad de su verificación. Por este motivo, es que se hace necesario determinar en qué situaciones puede considerarse que la prestación es, o se torna, imposible. Lo anterior no es extraño al ordenamiento chileno, el que a este respecto prevé ciertas excepciones procesales que pueden oponerse en un juicio ejecutivo e incluso, un modo de extinguir las obligaciones. Es por ello que, en lo que sigue, se examinarán los supuestos en que esta imposibilidad se transforma en un obstáculo para el ejercicio del derecho al cumplimiento específico.

a. Posibilidad e imposibilidad de cumplimiento

La primera aclaración que corresponde apuntar es que se trata de la *imposibilidad sobrevenida* y no, como se ha propuesto, de la *originaria*³⁶⁹. En efecto, en el actual derecho chileno, la imposibilidad, material o jurídica, debe ser sobrevenida para evaluarse en un trasfondo de incumplimiento y su natural campo de aplicación serán las obligaciones no dinerarias, que son o se han vuelto infungibles³⁷⁰. Ella está prevista en los instrumentos de

369 ADAME MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 523. El llamado nuevo derecho de la contratación ha modificado este enfoque y lo ha introducido dentro del concepto amplio de incumplimiento, siempre que se deje atrás la idea de un objeto real de la prestación, para pasar a la de un objeto ideal, representado por el interés y el acuerdo de las partes. De este tópico se ha hecho cargo ampliamente VIDAL, *Cumplimiento e incumplimiento contractual*, cit. (n. 154): 41-59; DE LA MAZA, VIDAL, cit. (n. 272): 15-37. Si esto es así, entonces la imposibilidad originaria también daría lugar a los remedios por incumplimiento, sin que haya un problema en la eficacia intrínseca del acto. Como este es válido, el acreedor podrá demandar la resolución o la indemnización, si proceden; mas no podrá invocar su derecho al cumplimiento, puesto que la prestación ulterior sigue siendo imposible. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, cit. (n. 271): 29; EL MISMO, cit. (n. 274): 344-346; y también FENOY, cit. (n. 163): 69-76. La autora apoya su afirmación no solo en los trabajos doctrinarios al respecto, sino que, en la Convención de Viena, en instrumentos de derecho uniforme europeo, y en las propuestas de actualización del derecho español presentadas hasta la fecha de publicación de su informe. El estudio completo puede consultarse en *idem.*: 100-129.

370 VERDERA, cit. (n. 10): 220; BARAONA GONZALEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, Dykinson, 1998): 67; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida*, en *Anales de derecho*. 20 (Murcia, 2002): 35-53; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *Exoneración de responsa-*

soft law de derecho europeo³⁷¹ y latinoamericano³⁷², en las propuestas de reforma españolas³⁷³ y por supuesto, en el *Code Civil* francés³⁷⁴, aunque no se les caracterice o defina en ellos.

La imposibilidad como causal que excluye el cumplimiento específico es un criterio lógico³⁷⁵, pues es la prestación misma —centro de lo demandado— la que no puede llevarse a cabo, material o jurídicamente. De esta forma, ciertos autores se han pronunciado respecto de su procedencia y la han calificado como un *límite* a este derecho³⁷⁶. Pero, si se observa la manera en

bilidad y extinción de la obligación: la delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de derecho civil III* (Santiago, LegalPublishing, 2008): 494-496.

371 En los *Unidroit Principles*: “Article 7.2.2 (Performance of non-monetary obligation). Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless (a) performance is impossible in law or in fact [...]”; en los *Principles of European Contract Law*: “Article 9:102. Non-monetary Obligations [...] (2) Specific performance cannot, however, be obtained where: (a) performance would be unlawful or impossible [...]”; y en el *Draft Common Frame of Reference*: “Article III. 3:302. III.- 3:302: Enforcement of non-monetary obligations [...] (3) Specific performance cannot, however, be enforced where: (a) performance would be unlawful or impossible [...]”.

372 En los *Principios latinoamericanos de Derecho de Contratos*. “Artículo 93. Cumplimiento específico. [...] (2) Tratándose de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes: (a) No procede cuando el cumplimiento sea imposible [...]”.

373 *Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos*, de la Comisión General de Codificación “Artículo 1192: [...] En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que: 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible [...]”; y en la *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, de la Asociación de profesores de Derecho Civil “Artículo 518-6. *Pretensión de cumplimiento de obligación no pecuniaria. Límites*. En las obligaciones no pecuniarias el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que: a) La prestación sea jurídica o físicamente imposible [...]”.

374 “Article 1221. *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible [...]*”.

375 ADAME MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 524; MORALES MORENO, *Pretensión de cumplimiento*, cit. (n. 163): 67; DIEZ-PICAZO, cit. (n. 163): 775-776; PIZARRO, cit. (n. 163): 208-210; FENOY, cit. (n. 271): 1510.

376 MASSIN, cit. (n. 38): 238; GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales* (Madrid, Dykinson, 2014): 235-238.

que cada una de estas normas ha sido establecida, puede advertirse en que en todos estos textos aparece como parte de las prescripciones contenidas en la formulación de la propia regla³⁷⁷.

En efecto, como se ha señalado, la imposibilidad ya no supone un concepto general del derecho de obligaciones³⁷⁸, sino que el papel que verdaderamente cumple es el de “servir de fundamento a la exclusión del deber de cumplimiento en forma específica”³⁷⁹. Estas reglas, contienen una formulación inicial que prevé el derecho del acreedor a pedir el cumplimiento, y luego, declaran en qué casos este no concurre cuando la prestación es imposible. La consecuencia de esta técnica es que la regla no está regulando sus excepciones—como sucede en los casos en que estas deben encontrarse en otros preceptos o en principios generales—sino que lo que está incorporando en ella para crear una declaración completa y clara son, en verdad, sus condiciones de procedencia, aunque sean expresadas con una formulación negativa que deba leerse *a contrario sensu*³⁸⁰.

377 RÓDENAS, Ángeles, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico* (Madrid, Marcial Pons, 2012): 37-40.

378 Como generalmente se le consideró, MASSIN, cit. (n. 38): 238; VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones I* (trad. cast. Wenceslao Roces, Granada, Comares, 2007): 324-325. Una visión general de su desarrollo histórico en GORDLEY, cit. (n. 300): 337-351.

379 DEL OLMO GUARIDO, Natalia, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia* (Cizur Menor-Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004): 41. La autora se refiere al caso específico del Código Civil alemán, pero la construcción de las reglas señaladas en los demás instrumentos se dirige igual sentido: todas tienen la misma estructura y en ellas se entiende que la imposibilidad sobrevenida inhibe la solicitud de prestación específica, sin importar que dicho impedimento sea o no culpable. En este mismo sentido ADAME MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 525.

380 En general, la ventaja que representa una regla—por sobre los principios—es que, una vez verificadas sus condiciones de aplicación, el juez adoptará su contenido, sin necesidad de incluir su propio juicio en el balance de razones subyacentes. La regla opera, entonces, como un factor que acota la complejidad de la argumentación, por tratarse de una formulación que, en principio, es concluyente. ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*¹ (Barcelona, Ariel, 1996): 13-21. En este sentido, al invocar una regla precisa, el juez no está dando una razón explicativa, sino una justificatoria. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*¹ (reimp. México D.F., Universidad Autónoma de México, 2005): 4.

De ahí que esta regla pueda ser descartada, solamente acreditando que sus enunciados no se cumplen³⁸¹: si la prestación es imposible, no se configurará el derecho a pedir el cumplimiento; si la prestación es posible, el derecho será procedente, a menos que haya otra condición que no se verifique. Basta aquí utilizar el mecanismo de *subsunción*, por el que a la norma se intentarán adaptar los hechos del caso, lo que derivará una decisión que debiera constatar la divergencia entre ambos y la consecuente inaplicabilidad de la premisa mayor a la menor³⁸².

381 Especialmente cuando cuentan con autonomía semántica, como sucede en estos casos, en que se intentó delimitar al máximo su contenido. RÓDENAS, cit. (n. 377): 37.

382 MORESO, José Juan, *La Constitución: un modelo para armar* (Madrid, Marcial Pons, 2009): 52. Y una vez superada la subsunción, podrá limitarse el derecho ya conformado, si concurren determinadas circunstancias. *Vid. infra*, cap. II, II, 1. y 2.

En Chile, los efectos de este obstáculo, en una óptica de incumplimiento, son los mismos, ya sea que se trate de una *imposibilidad física o material*, es decir, que la prestación no pueda llevarse a cabo ni por el deudor ni por un tercero, o si se trata de una *imposibilidad jurídica*, que impide verificar el contrato, por cuanto se desprendería alguna vulneración al ordenamiento jurídico³⁸⁷.

387 Un ejemplo de esta situación se produjo con el fallo de 27 de diciembre de 2017, en que la Corte Suprema acogió el reclamo de ilegalidad en contra del Permiso de Edificación N° 79 de 14 de febrero de 2014, otorgado por la Directora de Obras de la Municipalidad de Valparaíso, que autorizaba la edificación del "Mall Puerto Barón". Como consecuencia de esta sentencia, la firma Mall Plaza puso término a su contrato de concesión con la Empresa Portuaria Valparaíso (EPV), pues el proyecto se tornó imposible de realizar al infringir la Ley y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. En ellas se indicaba que una construcción con equipamiento mayor debía emplazarse frente a vías expresas o troncales, situación que se presentaba solo parcialmente en este caso, al interponerse la línea férrea de Merval entre el centro comercial y las avenidas Errázuriz y España. Véase Corte Suprema, reclamo de ilegalidad municipal, 27 de diciembre de 2017, Rol N° 15.561-17. O en aquellos casos en que se intenta cumplir con la promesa de celebrar una compraventa definitiva que recae sobre una tierra declarada indígena. Corte Suprema, *Braun Hadida, José Mauricio, Huenupan Calfulef, Segundo contra Conservador de Bienes Raíces de Río Bueno*, 9 de noviembre de 2009, Rol N° 7421-2008, cita *on line* CL/JUR/3261/2009. El desarrollo doctrinario de esta clase de imposibilidad puede consultarse en BARROS, cit. (n. 348): 737-745. Este análisis es similar al que se efectúa cuando se revisa el objeto del contrato. Aunque su estudio se sitúa en la formación de este, se ha destacado un progresivo traspaso a la etapa de ejecución, lo que implica conocer sus posibilidades de cumplimiento. En esta nueva interpretación, se destaca la influencia de los instrumentos de unificación europeos sobre obligaciones y contratos. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría general del negocio jurídico*² (Santiago, Editorial Jurídica, 2012): 130-132.

388 ZIMMERMANN, cit. (n. 10): 810-812; BARROS, cit. (n. 348): 746-749; EBERS, Martin, *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la ley de moderniza-*

Lo que se intentará, entonces es sistematizar la circunstancia de la imposibilidad desde el prisma del incumplimiento. Y, para lograr este propósito, deben revisarse las consecuencias que se siguen de ella a partir del tipo de obligación cuyo cumplimiento deviene imposible³⁸⁹.

Un caso particular se da en las obligaciones de hacer, en que el demandado podría alegar y demostrar en el juicio declarativo que existe un inconveniente que impide llevar a cabo la actividad. Por cuanto no existe mención expresa a la imposibilidad de estas obligaciones en el Código Civil, en que dicha defensa debe interpretarse en conjunto con las normas ejecutivas. Así, una vez acogida la demanda en el juicio ordinario o hecho el valer el título respectivo, el deudor podrá oponer, en la fase de ejecución, la excepción del artículo 534 del Código de Procedimiento Civil, siempre que esté referida a la imposibilidad absoluta para la consecución actual de la obra debida.

Esta imposibilidad, en general, debe ser *objetiva* y no ha sido aceptada sino en situaciones en que el impedimento reviste esta naturaleza. Se considera *objetiva*, si la traba es inherente a la prestación, y *subjetiva* cuando recae en la persona del deudor, pero sin que se refiera al contenido de ella. Se pone como ejemplo para distinguir ambas, la situación de una cantante que sea afectada por una enfermedad que le impida realizar su actuación. En este caso, pese a tratarse de una imposibilidad que afecta físicamente al sujeto, el carácter *intuitu personae* de la obligación misma exime del cumplimiento³⁹⁰. Por su parte, el vocablo *actual* permite concluir que, si

ción del Derecho de Obligaciones de 2002, en *Anuario de Derecho Civil*. 4. LVI (Madrid, 2003): 1585. El desarrollo de la imposibilidad en Alemania, en especial luego de la reforma a su código civil en 2002, ha reconocido diversas clasificaciones: absoluta, relativa, parcial, objetiva, subjetiva, inicial, subsecuente, temporal, final y económica. ADAME MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 525. Como se indicará, algunas de ellas pueden identificarse en el derecho chileno con las mismas características. Pero existen otros tipos que se subsumen en hipótesis distintas, las que, en este escrito, se entenderán como limitaciones (externas) al derecho al cumplimiento, y no ya como parte de sus condiciones de operación.

389 Así lo declara ABELIUK, cit. (n. 165): 1166-1167.

390 Díez-PICAZO, cit. (n. 163): 651; OSTI, cit. (n. 350): 216 segg.; JORDANO FRAGA, cit. (n. 350): 154 y ss.; FERNÁNDEZ CAMPOS, cit. (n. 350): 39-40; BARROS, cit. (n. 348): 740-

la imposibilidad es transitoria, el cumplimiento de la obligación solo se verá suspendido hasta que cese el impedimento para llevarlo a cabo. En consecuencia, solo el carácter objetivo, absoluto y definitivo del obstáculo, aparea la *irrealizabilidad* de la prestación³⁹¹.

Es necesario aquí aclarar que, si se trata de una genuina imposibilidad subjetiva, es decir, que recae en la persona, pero en que el obstáculo no tiene relación con la obligación en sí, lo que debiese operar es un límite al derecho ya formado y que será construido sobre la base de la afectación de derechos del deudor³⁹². En este sentido, se produciría una coincidencia parcial con el derecho alemán que reglamenta la llamada *imposibilidad ética o moral* en el §275 (3) de su Código Civil, que preceptúa: "El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y,

741; CECCHINI ROSELL, Xavier, *El incumplimiento de la prestación personalísima por imposibilidad sobrevenida consistente en la muerte del deudor*, en GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles del España-Universidad de Murcia, 2004): 1035-1058; y BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno* (Santiago, Abeledo Perrot, 2010): 178-179. En la jurisprudencia, véase Corte de Apelaciones de Santiago, *Riquelme, Zuriilda con Monge, Ricardo*, 4 de enero de 1984, Rol n° 4515-84, cita on line CL/JUR/20/1984: "11° Que en cuanto a la obligación de entregar planos, el ejecutado opuso también a la ejecución la excepción de imposibilidad del cumplimiento en atención a que la ejecutante introdujo en la obra innumerables variaciones con respecto al plano primitivo, mas, aunque está probado que esas modificaciones realmente existieron, corresponde rechazar la excepción porque no se ha probado que sea imposible confeccionar un plano con arreglo a las modificaciones de la obra".

391 Términos utilizados por CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos* (Madrid, Dykinson, 2000): 80-81, 191. En igual sentido, BRANTT, cit. (n. 370): 496-498; LA MISMA, cit. (n. 390): 175-185. Véase CORREA, cit. (n. 184): 143; ESPINOSA, cit. (n. 185): 224-225; FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, cit. (n. 203): 225-226; BARROS, cit. (n. 348): 744-745. Para un mayor desarrollo sobre las especificidades de la imposibilidad, véase SMITS, Jan M., *Contract Law. A comparative Introduction* (Northampton, Edward Elgar Publishing, 2014): 195-199; VON TUHR, cit. (n. 378): 326-337 y CASTILLA BAREA, en esta nota, 145 y ss. En el mismo sentido, respecto de la Convención de Viena, los *Unidroit Principles* y los *Principles of European Contract Law*, ADAME MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 528, 529.

392 *Vid. infra*, cap. II, II, 2.

ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida"³⁹³.

Para las obligaciones de no hacer, en cambio, el Código Civil sí establece un mandato, ya que el artículo 1555 señala que de no poder deshacerse lo obrado, la obligación se convierte en una de indemnizar perjuicios. Y, además, si se tratare de la destrucción de una obra, el deudor podría oponer la excepción recién anotada en el juicio ejecutivo, por aplicación del artículo 544³⁹⁴.

Estos casos, en parte amalgamados con la etapa ejecutiva, identifican un principio que se complementará, en lo que sigue, con otras normas para determinar los efectos que la imposibilidad tendría sobre el cumplimiento específico.

En las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, su pérdida supone la extinción misma de la obligación de acuerdo con el artículo 1670 del Código Civil. Pero, para que produzca este efecto liberatorio y el objeto no se transforme en el de entregar una cantidad de dinero que equivalga al valor de la especie debida, será necesario que la pérdida sea fortuita, absoluta y sobreviniente. Por el contrario, el artículo 1672 indica que, en caso de que la cosa se haya perdido por una acción u omisión imputable al obligado o durante su mora, este se verá compelido a entregar una indemnización de daños, que incluirá, no solo el importe del objeto adeudado, sino que además el pago de los otros perjuicios que deriven de este incumplimiento contractual³⁹⁵. En este contexto, el caso fortuito se alza como una legítima

393 ADAME MARTÍNEZ, cit. (n. 12): 527-528; BARROS, cit. (n. 348): 745; LAMARCA, cit. (n. 384): 83; EBERS, cit. (n. 388): 1585.

394 En el artículo 507 del Proyecto de Código Procesal Civil, se contemplan causales adicionales de oposición a la ejecución, especiales según el tipo de obligación y objeto del contrato, que se suman a las genéricas del artículo 434. Para la entrega de cosas muebles determinadas, la demanda de oposición se puede fundar también en la pérdida de la cosa debida; en la ejecución de las obligaciones de hacer, el ejecutado podrá oponer la imposibilidad absoluta para la realización actual de la obra debida; y en las obligaciones de destruir una obra hecha, el demandado podrá señalar que el objeto tenido a la vista al contratar puede obtenerse igualmente por otros medios. *Vid. supra*, cap. I, II, 2.

395 Y si la cosa reaparece, la norma aplicable es el artículo 1675 del Código Civil. Un completo estudio de esta hipótesis en ALCALDE SILVA, Jaime, *La reaparición de la cosa*

excusa que evitará el pago de un equivalente monetario y de los detrimentos que pudieren haberse experimentado³⁹⁶.

Se observa así, que en ningún caso será posible demandar el cumplimiento específico cuando la cosa debida ha perecido, ya sea fortuita o culpablemente. Una vez que se ha hecho imposible respetarlo en la forma inicialmente pactada, los artículos 1670 y 1672 hacen las respectivas distinciones solo para aclarar si se producirá un efecto extintivo o uno de conversión de la prestación. Correctamente se ha señalado a este respecto, que la imposibilidad, como barrera del cumplimiento, solo requiere que sea sobrevenida, sin que en ella incida la imputabilidad: "la imposibilidad que extingue la obligación por no ser imputable al deudor, es la misma que, según la doctrina tradicional, la perpetúa por ser el deudor responsable"³⁹⁷. De lo anterior, se desprende una segunda manifestación del principio por el que la imposibilidad impide el ejercicio del derecho, al no concurrir esta condición de procedencia³⁹⁸.

perdida y la facultad del acreedor para reclamarla, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. I. XXXVIII (Valparaíso, 2012): 39-76.

396 ABELIUK, cit. (n. 165): 1166-1171. Si se trata de contratos bilaterales, la imposibilidad total posee notas distintivas, pues se hará operativa la llamada teoría de los riesgos, que adquiere relevancia cuando perece fortuitamente la especie o cuerpo cierto que se debe en virtud de un contrato bilateral y mientras pende su cumplimiento. El problema que plantea esta teoría es el de averiguar si la extinción de la obligación del deudor suprime también la del acreedor o si esta subsiste. El artículo 1550 del Código Civil pone el riesgo de cargo del acreedor, quedando el deudor liberado de su obligación, mientras que el primero deberá cumplir con la suya. Ahora bien, conviene hacer hincapié en una distinción. Los artículos 1547 y 1558 que aluden al caso fortuito —que también puede tratarse del hecho del acreedor— lo conectan con la indemnización de daños y no necesariamente con la extinción de la relación contractual. Para que cumpla la función de eximir la indemnización y además de liberar del cumplimiento, no puede concurrir por sí mismo, sino que debe acaecer un escenario de imposibilidad absoluta y sobrevenida como los aquí planteados. VIDAL, cit. (n. 114): 546; BRANTT, cit. (n. 370): 494-478; LA MISMA, cit. (n. 390): 185-188, 191-192. No obstante, en los *Principios latinoamericanos de derecho de contratos*, la regla ha contemplado la posibilidad de optar por la resolución o por la cesión de derechos y acciones que el deudor tenía contra terceros. VIDAL, cit. (n. 355): 721-723.

397 DEL OLMO, cit. (n. 379): 92. En el mismo sentido, CASTILLA BAREA, cit. (n. 391): 41-45.

398 Y, como se ha indicado, ella se hace extensiva también a otras hipótesis si se entiende que lo que determina que una prestación sea irrealizable, no solo será la destrucción material del objeto, sino que también el cese del interés del acreedor. CASTILLA BAREA, cit. (n. 391): 54-56, 80-81; BRANTT, cit. (n. 390): 175-185. El enfoque, eso sí, se sitúa

Ahora bien, si el evento impeditivo —ya sea o no imputable— es temporal, la imposibilidad del cumplimiento también lo será y este remedio quedará suspendido hasta que desaparezca el obstáculo³⁹⁹. Esta idea, se conecta con la discusión consignada en el epígrafe anterior, a propósito del concepto de incumplimiento que prevé la Convención de Viena y los *Unidroit Principles*. De acuerdo con lo que fue señalado, ambos instrumentos restringen el recurso al cumplimiento específico en caso de incumplimientos excusables, dado que este ya no es posible y sus efectos eximentes, en realidad, recaerán sobre el remedio indemnizatorio.

En lo que refiere a las obligaciones de dar una cantidad determinada de un género, esta hipótesis no requiere mayores observaciones, pues el artículo 1510 es explícito en declarar que la pérdida de algunas cosas del género no acarrea la extinción de la obligación.

De lo anotado, en consecuencia, han quedado consignadas tres ideas: la primera es que la imposibilidad ulterior del cumplimiento impide la configuración del derecho al cumplimiento específico, entendido como aquella facultad para exigir la consecución exacta de lo pactado en sede judicial. Dicha solución es coherente con lo señalado por la jurisprudencia respecto de la imposibilidad total, pues se declara que, si este remedio no es procedente, se mantienen los demás de los que puede beneficiarse el acreedor⁴⁰⁰.

en la óptica del acreedor, por lo que la referida concepción puede servirle de justificación para impetrar una demanda de indemnización, exclusiva o autónoma, frente a cumplimientos imperfectos o tardíos. En la jurisprudencia chilena, respecto de una banquetera que cumplió defectuosamente su prestación en una celebración de matrimonio, Corte Suprema, *Macarena Bustos Valdés con María Lombardi Aranda*, 14 de noviembre de 2016, Rol N° 5746-2016, cita online Thomson Reuters-La Ley CL/JUR/7557/2016.

399 VIDAL, cit. (n. 157): 522; DEL OLMO, cit. (n. 379): 102-106; CASTILLA BAREA, cit. (n. 391): 165-166; BRANTT, cit. (n. 370): 498-500; LA MISMA, cit. (n. 390): 180-185, 192-196.

400 Véase Corte de Apelaciones de San Miguel, *Hormázabal Jacobi, René Ramón con Daza Concha, Luis del Rosario*, 26 de septiembre de 1995, Rol N° 420-1995, cita online CL/JUR/177/1995. "Octavo: Que, sin embargo, el propio demandante, acompañó, a fojas 27, copia de la escritura pública [...] y copia de la inscripción [...] del Conservador de Bienes Raíces de Talagante, que demuestran que vendió y transfirió a don [...] el inmueble, proporción en los bienes comunes y derechos de agua que se había obligado a vender al demandante, lo que hace inoficioso acoger la demanda, pues el demandado se halla en la imposibilidad de cumplir con la prestación a que,

La segunda, es que los mentados efectos de esta imposibilidad operarán sin importar que ella sea o no imputable. Por último, si esta imposibilidad se produjo por una actividad culpable del deudor, se abrirá la posibilidad de recurrir al remedio indemnizatorio, que es lo que se revisará en las líneas que siguen.

según el mérito de los antecedentes procede condenarlo. Noveno: Que, por otra parte, es claro que el actor conserva otras acciones para la defensa de sus derechos". En el mismo sentido, Corte Suprema, 10 de noviembre de 2006, Rol N° 475-06, cita electrónica base de datos Microjuris MJJ8968. En España, una situación similar se produjo respecto del incumplimiento de constituir una servidumbre hacia una piscina y jardines de un predio colindante, desde un edificio de departamentos. Una vez que se acreditó que dicha constitución se hizo imposible, el Tribunal Supremo confirma las sentencias que condenaron a reintegrar el menor precio de las construcciones, pero no ordena el cumplimiento de lo pactado. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, 27 de diciembre de 2007, sentencia número 1360/2007, RJ/2007/9062.