

LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y SU
INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS POR
INCUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL*

ÁLVARO VIDAL OLIVARES

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

INTRODUCCIÓN

Me sitúo en el ámbito del incumplimiento y sus efectos entendidos como un conjunto de medidas que la ley o el contrato pone a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, entre las cuales puede optar, más o menos libremente, para la realización de su interés en la prestación afectada. Dicha realización puede alcanzarse, ya en forma específica, ya en equivalente. Tales medidas buscan poner remedio a la insatisfacción en que ha sido colocado el acreedor por el hecho del incumplimiento del deudor. El énfasis está en la protección del interés del acreedor y no en la idea de sanción o castigo al deudor incumplidor. No hay sanción ni castigo, sólo una reacción del derecho frente al incumplimiento dirigida a corregir la

* El presente trabajo tiene su origen en una investigación de mayor extensión sobre el sistema de remedios por incumplimiento dentro del Código Civil, cuyos resultados se encuentran recogidos en el trabajo titulado "El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento" y que será publicado en las "Actas del Congreso Internacional en conmemoración del centésimo quincuagésimo aniversario de la promulgación del Código Civil de Chile" y que se encuentra en prensa para ser publicado a fines del año 2006.

situación que ese incumplimiento provoca en el acreedor. A estas medidas llamaré remedios y al conjunto, sistema de remedios por incumplimiento, que se articula a partir del incumplimiento, sin perjuicio que cada remedio posea su propio supuesto de hecho.

Este trabajo tiene por objeto el estudio de uno de estos remedios: la pretensión de cumplimiento específico de obligaciones no dinerarias, sean de dar, hacer o no hacer. La pretensión de cumplimiento específico es el derecho de que es titular el acreedor por el hecho del incumplimiento cuyo objeto es la obtención de la prestación debida y así la realización de su interés en forma específica. Es el primer remedio de que dispone el acreedor, no por ello de ejercicio necesario o impuesto. Esta pretensión conduce a un pago (prestación de lo que se debe) a instancia de la autoridad judicial. El acreedor insiste en el cumplimiento del deudor, porque así le conviene a su interés.

La doctrina identifica los efectos del incumplimiento con la ejecución forzosa (remedio primario) y, en subsidio, cuando no sea posible, con la indemnización de daños (remedio secundario)¹. No obstante, se echa en falta un tratamiento sustantivo del cumplimiento forzado como remedio de que dispone el acreedor². Los autores se limitan a vincularlo con el derecho de garantía general del artículo 2465 CC y, seguidamente, examinan las

¹ Así CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones XI* (Santiago, 1992) II, pp. 554-556; 556; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las Obligaciones* (Santiago, 1988), p. 63; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones* (Santiago, 1963), p. 200; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones II* (Santiago, 1993), pp. 656 y 670-672. Recientemente en la Jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2002, en GJ 262 (2002), p. 92.

² En la doctrina del Derecho Civil español se destacan dos trabajos sobre el cumplimiento específico: VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones* (Bolonia 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 facilitó.

normas procesales del Código de Procedimiento Civil, referidas a la ejecución misma, según sea la clase de obligación³ y no a la pretensión misma para reclamarla. La explicación, probablemente, es que el Código Civil, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, carece de una regulación sobre el particular. Sólo dos disposiciones generales reconocen este derecho al acreedor: los artículos 1489 y 1553. Según el primero, en caso de no cumplirse lo pactado en un contrato bilateral, el acreedor puede optar entre el cumplimiento específico y la resolución; y el segundo reconoce al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones de hacer, sea compeliendo al propio deudor, sea por medio de la autorización para que lo haga un tercero a costa del deudor. No se prevén normas sustantivas que establezcan los requisitos y condiciones de la pretensión y su relación con los restantes remedios del acreedor⁴. El Código de Procedimiento Civil, en cambio, regula en detalle los procedimientos de ejecución forzosa de las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Al carecer este remedio de una regulación completa y sistemática, como ocurre también con los restantes remedios, estimo necesaria la construcción de su régimen a partir de las normas diseminadas en el Código Civil que prescriben sobre los efectos del incumplimiento contractual y los principios subyacentes en ellas. Para este objeto es necesario dar respuesta al menos a tres cuestiones: ¿cuándo procede el remedio? ¿El acreedor está

³ Véase por todos: FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* [actualizado FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo] (Santiago, 2004), pp. 269-292.

⁴ 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.

forzado a ejercerlo o puede optar entre éste y los otros remedios? Y, finalmente, ¿procede o no el remedio en casos de cumplimientos defectuosos? Intentaré plantear estas cuestiones y aproximarme a su respuesta. Ello ya implica un avance que da cierta tranquilidad.

PRIMERA CUESTIÓN.
EL SUPUESTO DE HECHO DEL REMEDIO

Este remedio si bien, como todos, se articula a partir del incumplimiento, tiene su propio supuesto que lo diferencia de los demás⁵. Ello contrasta con la mayoritaria opinión en nuestra doctrina que identifica al incumplimiento culpable del deudor con el supuesto de todos los remedios⁶. En mi opinión, sólo importa que se haya producido el incumplimiento, cualquiera que sea su clase (artículo 1489 “no cumplirse lo pactado”), y que el cumplimiento ulterior sea objetivamente posible⁷⁻⁸.

⁵ En su reciente trabajo el profesor Morales Moreno hace notar que la pretensión de cumplimiento específico posee su propio supuesto de hecho que no coincide con el de la indemnización de daños, ni tampoco con el de los otros remedios. El autor afirma: “En el nuevo modelo de construcción de la responsabilidad contractual, al que me he referido al comienzo de este trabajo, la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria se conciben como dos remedios diferenciados, cuyo supuesto de aplicación, fuera de la exigencia de incumplimiento, no tiene necesariamente que coincidir. En una correcta ordenación de la responsabilidad contractual, la utilización de cada uno de estos remedios estará determinada por una decisión del legislador, que pondere adecuadamente la relación de coste y beneficio existente entre uno y otro, en los diferentes casos típicos en que se postule su aplicación. Una ordenación afinada del reparto del riesgo del incumplimiento, como corresponde al moderno derecho de la contratación, hace necesario, por tanto, utilizar un modelo dogmático de construcción de la relación obligatoria que permita separar el supuesto de cada uno de estos remedios”. MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria*, cit (n. 2), p. 10.

⁶ Por todos: ABELIUK MANASEVICH, cit. (n. 2), pp. 654-656. CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 1), pp. 555-556, p. 497 (para la ejecución forzosa); y p. 554 (para la indemnización de daños).

⁷ Si no lo es, los efectos para el acreedor varían según sea la causa de la imposibilidad. Si es la culpa del deudor, el acreedor tiene derecho a la indemnización de daños, la que incluye tanto el daño intrínseco (valor de la prestación), como los daños extrínsecos ex

No obstante, hay que considerar que el cumplimiento específico aun cuando objetivamente posible puede ser impracticable por norma procesal, como ocurre en las obligaciones de dar un cuerpo cierto cuando éste no está en poder del deudor, o en el caso de las obligaciones genéricas en que la ley procesal renuncia a su ejecución forzada. El legislador renuncia a la realización de interés *in natura* y abre paso a una por equivalencia, inmediatamente en la segunda clase de obligaciones. Lo mismo acontece, aunque menos violentamente, con las obligaciones de hacer (artículo 543 CPC). Hay un límite procesal a la pretensión de cumplimiento del deudor, que, en definitiva, se opone a la realización específica del interés del acreedor. Este sería un elemento a considerar, ya no para la procedencia del remedio, sino para la realización *in natura* del interés del acreedor. Este límite procesal evidencia un fuerte debilitamiento del derecho que desde el Derecho Civil es el más importante y característico del derecho del acreedor.

artículo 1558 CC. Así se infiere del artículo 1672 CC. Si la causa es el caso fortuito, la obligación se extingue.

⁸ En esta orientación Carrasco Perera 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”. CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario artículo 1101, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* 15 (Madrid, 1989) 1, pp. 1088 a 1124. En la misma dirección Verdera Server 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”. VERDERA SERVER, cit. (n.2), pp. 138-139. Finalmente, Pantaleón apunta que la pretensión de cumplimiento “ha de continuar siendo un remedio independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor y la causación o no de daño al acreedor”. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en ADC 46 (Madrid, 1993), 4, p. 1729.

La pretensión de cumplimiento actúa al margen de la culpa del deudor⁹. En otros términos, la culpa del deudor no integra el supuesto de esta pretensión. No obstante esta afirmación, debo precisar que la falta de imputabilidad puede incidir en la titularidad y ejercicio de la pretensión. Ella priva al acreedor por vía indirecta del remedio porque la obligación se extinguió por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor; o puede suspender su ejercicio porque la causa del incumplimiento fue un caso fortuito que deja subsistente la obligación. Se suma un cuarto elemento conectado con la falta de imputabilidad del deudor: que la obligación no se haya extinguido por imposibilidad no imputable¹⁰ y, no sólo ello, sino que ella sea exigible. Lo que importa destacar es que la culpa no integra el supuesto de hecho del remedio¹¹.

SEGUNDA CUESTIÓN.

¿REMEDIO DE EJERCICIO NECESARIO O FACULTAD DEL ACREEDOR?

Concurriendo el supuesto de hecho, ¿el acreedor debe necesariamente ejercitar el remedio o bien puede optar entre éste y los restantes? ¿Existe, o no, una jerarquía entre estos remedios? Se produce una tensión entre el

⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, en ADC 44 (Madrid, 1991), 3, p. 1046. VERDERA SERVER, cit. (n. 2), p. 136; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria*, cit. (n. 2), p. 11. En contra, incluyendo la culpa del deudor dentro del supuesto de la pretensión de cumplimiento: BADOSA COLL, Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna, 1987), pp. 262-265. Para el autor la fundamentación subjetiva de la indemnización de daños coincide con la de la ejecución forzosa.

¹⁰ Como se explicó, el acreedor tampoco dispone de este remedio cuando el cumplimiento es imposible por una causa imputable al deudor. Allí, el Código Civil pone límite al remedio y reconoce directamente al acreedor el derecho a la indemnización de daños, asegurándole una medida mínima, el daño intrínseco (valor de la prestación).

¹¹ Ello se aprecia nítidamente en los cumplimientos defectuosos. Si se admite el cumplimiento específico en estas obligaciones a través de las pretensiones de corrección y sustitución, no queda duda que el caso fortuito es irrelevante de cara al derecho del acreedor. El deudor igual quedará obligado a la reparación o sustitución.

cumplimiento específico y la indemnización de daños. Conforme el artículo 1489 CC, no hay duda respecto de la resolución, la opción pertenece al acreedor en la medida que el incumplimiento sea calificado de resolutorio.

Tradicionalmente, a la ejecución forzada se la concibe como un remedio primario y la indemnización de daños como uno secundario, condicionado a la imposibilidad del primero. Ello responde al modelo de obligación considerado por Andrés Bello en el Código Civil (obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto)¹² y, en particular, a la regla del artículo 1672 del Código Civil, que la doctrina ha generalizado para todas las obligaciones e incumplimientos. Se plantean dos clases de incumplimientos: la falta de cumplimiento por imposibilidad imputable y el cumplimiento retardado (mora). En el cumplimiento retardado procedería la indemnización conjuntamente con la pretensión de cumplimiento específico o bien exclusivamente cuando el deudor cumple, pero lo hace tardíamente. Claramente, la indemnización del valor de la prestación no constituye una alternativa para el acreedor, a menos que la prestación se haya tornado imposible y el deudor no acredite el caso fortuito (extinción de la obligación).

La pregunta que me planteo es la siguiente: ¿es efectiva esta jerarquía entre la pretensión del cumplimiento y la indemnización de daños? Conviene distinguir a las obligaciones específicas de aquellas que tienen un objeto fungible¹³.

¹² En otro sitio explico las consecuencias de la adopción de este modelo y cómo podría construirse el sistema de remedios por incumplimiento desde otro modelo, el de las obligaciones bilaterales con objeto fungible, no muy atendidas por el Código Civil, pero hoy día dominantes en el tráfico jurídico. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado*, cit. (n. 1).

¹³ La obligación fungible lo puede ser con relación a la cosa o actividad objeto de la misma, y su calificación atiende a la función económica de estas obligaciones 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

En las obligaciones con objeto fungible (dar y hacer) hay norma expresa, a diferencia de aquellas específicas (dar). En ellas el acreedor, o directamente y sin más no tiene derecho a exigir el cumplimiento específico, o puede optar libremente entre éste y la indemnización de daños en toda su extensión. En efecto, en las obligaciones de dar cosas genéricas no hay una norma que confiera 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*¹⁴ 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 daños¹⁵. Para las obligaciones de hacer, en cambio, hay norma expresa, la del artículo 1553 de Código Civil

obligatoria. 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 la que pende la satisfacción del interés del acreedor; que tendrá lugar cuando dicha cosa o actividad reúna las características descritas *in abstracto* inicialmente. Una obligación tiene objeto fungible cuando su objeto es recíprocamente sustituible o intercambiable por otro; sin lesionar la efectiva satisfacción del interés del acreedor. La posibilidad de satisfacción no es única, sino que hay que hay tantas como las disponibles en el tráfico. Consiguientemente, la obligación será una con objeto no fungible, o específica, 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 objeto. Las obligaciones con objeto fungible envuelven a las de dar genéricas y a las de hacer no personalísimas o fungibles.

¹⁴ El artículo 235, N° 4, del Código de Procedimiento Civil, regula el procedimiento de ejecución de las obligaciones de dar un género determinado, ordenando que se proceda conforme a 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 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.

¹⁵ Claro Solar 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. CLARO SOLAR, cit. (n. 1), p. 556.

que le reconoce la opción al acreedor¹⁶ 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)¹⁷.

En estas obligaciones, entonces, si el deudor incumple, el acreedor no está obligado a ejercer la pretensión de cumplimiento; él puede optar entre ella o la indemnización del daño intrínseco que cubre el valor o el menor

¹⁶ Reconociendo la opción que el artículo 1553 confiere al acreedor frente al 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 accesoriamente 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”.

¹⁷ Esta disposición debe leerse conjuntamente con las normas que da el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las obligaciones hacer, del Título II 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 del 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 a 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 del 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.1), p. 554.

valor de la prestación; o la resolución del contrato si procede, en todo caso con derecho a la indemnización de los daños extrínsecos. Como la satisfacción del interés del acreedor 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 obtendrá el cumplimiento *in natura*. Al acreedor se le debe reconocer la opción arriba descrita. Para él 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. Si los precios han bajado notablemente y el incumplimiento es esencial, al acreedor le convendrá resolver el contrato y obtener la restitución del precio.

Como se aprecia, el interés del acreedor es el que determinará el diseño de su estrategia frente al incumplimiento.

Queda pendiente la respuesta para las obligaciones de dar específicas. No hay regla para ellas, pese a ello la negativa a la opción se extrae del citado artículo 1672, en circunstancias que él sólo prevé un límite a la pretensión de cumplimiento específico, al privar de ella al acreedor. En ese caso, el acreedor sólo tiene derecho a la indemnización de daños. La posición mayoritaria es que el cumplimiento específico es el remedio primario, debiendo el acreedor siempre intentarlo en contra de su deudor y, sólo cuando se imposibile, podría demandar la indemnización del daño intrínseco (valor de la prestación). Algunos sostienen la opción del acreedor, aduciendo que la regla es precisamente ésta y no la contraria¹⁸. Así lo

¹⁸ Somarriva Undurraga se inclina por la opción del acreedor. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, III, De las Obligaciones* (Santiago, 1941), pp. 179-180.

confirmarían los artículos 1553, 1537¹⁹ y 1557²⁰, todos del Código Civil. Al no existir norma expresa, debiera reconocerse al acreedor la opción, como lo hace el artículo 1553 para las obligaciones de hacer.

Si me planteo la cuestión y soy consecuente con la idea de la protección del interés contractual que en esta clase de obligaciones admite una sola posibilidad de satisfacción, el acreedor debiese reclamar primero el cumplimiento y, sólo cuando éste sea imposible, pedir la indemnización de valor de la prestación. Sin embargo, atendido que no hay norma expresa que zanje la cuestión; que la objetiva posibilidad de la prestación 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 natura* pertenece más bien al deudor incumplidor²¹, no puedo sino inclinarme por reconocer la opción del acreedor, entre la indemnización de daños y el cumplimiento.

Por consiguiente, puede afirmarse con propiedad que cualquiera sea la clase de obligación el solo incumplimiento permitiría el tránsito desde la obligación a los remedios por incumplimiento que comprende un abanico de remedios, incluida la indemnización de daños, entre los cuales el acreedor puede optar libremente, si es que concurre el respectivo supuesto de hecho²².

¹⁹ La norma haría excepción a la regla general, que es precisamente la opción del acreedor.

²⁰ La procedencia de la indemnización de daños, sin distinción, depende de la constitución en mora del deudor. Entonces, constituido en mora el deudor, el acreedor dispone del remedio de la indemnización de daños.

²¹ Es así, salvo en caso de imposibilidad, en la práctica si se niega al acreedor la opción, ésta pertenecería al deudor, lo que resultaría inaceptable. Ello crearía una enorme incertidumbre en la posición del acreedor. Al final, la norma procesal deja al arbitrio del deudor la ejecución *in natura*, por lo que es razonable y constituye una exigencia para la seguridad del tráfico el reconocer la opción al acreedor.

²² Recientemente, PIZARRO WILSON, Carlos, *Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno*, en CAJ 3 (2006), pp. 247-249. El profesor Pizarro apoya la libre opción del

El artículo 1489 de Código Civil aparentemente se opondría a esta opción amplia del acreedor que aquí se sostiene, tratándose de las obligaciones de hacer. En las obligaciones sinalagmáticas, cualquiera sea su clase, el acreedor afectado, dependiendo de las circunstancias del caso, podrá ejercer la facultad resolutoria, ahora en lugar de la pretensión de cumplimiento específico; o de la indemnización del valor de la prestación, y en todo con derecho a la reparación de los daños extrínsecos. Podría objetarse esta interpretación diciendo que el artículo 1553 del Código Civil ya ha fijado los efectos de su incumplimiento y en ellos no tendría 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.

Cuando el incumplimiento de una obligación reúne las condiciones para desencadenar la resolución del contrato, el acreedor podrá resolver el contrato, pero igualmente podría convenirle o la indemnización de daños o el mismo cumplimiento específico. Ello dependerá de las circunstancias concretas.

Ejemplo: el precio del contrato es 100 y el precio de mercado es 130 y por el incumplimiento pierde una ganancia de 30. Si resuelve, obtendrá la restitución de 100 y 30 por concepto de lucro cesante. Si conserva el negocio y demanda indemnización de daños, obtendrá 130 más 30. Ahora, si el precio del contrato y la ganancia esperada son los mismos pero el precio de mercado es 90, le convendrá resolver y comprar mercaderías de reemplazo. De este modo conseguirá la restitución de 100 más la ganancia de 30. Si opta por la indemnización de daños, sólo obtendría 90 más los 30.

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".

TERCERA CUESTIÓN.

LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y LOS CUMPLIMIENTOS DEFECTUOSOS

¿Es procedente esta pretensión en supuestos de incumplimiento defectuoso? Y en caso de serlo ¿qué modalidad ella adoptaría? En el Derecho chileno especial y en el Derecho comparado se acepta esta pretensión, denominada de corrección, y ella asume una doble modalidad: la reparación y la sustitución de la prestación defectuosa o no conforme. Al acreedor afectado se le reconoce el derecho a pedir al deudor o la reparación de la prestación o su sustitución por otra conforme al contrato. Que corrija su incumplimiento.

En nuestro Código Civil no hay una norma general que reconozca al acreedor esta pretensión; en cambio, sí hay algunas que permiten inducir *prima facie* que para esta clase de incumplimientos el legislador optó por reconocer al acreedor el derecho a la indemnización del menor valor de la prestación, quedando obligado a conservar la prestación defectuosa o no conforme, a menos que el defecto sea tan grave como para autorizar la resolución del contrato. Así resulta de las reglas sobre el pago de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto (artículo 1590 Código Civil) y las que imponen al vendedor la obligación de saneamiento de los vicios ocultos o redhibitorios (artículos 1860 y concordantes). Parece que el riesgo de la reparación o corrección de la prestación se pone de cargo del acreedor. Sin embargo, el Código en materia de contrato de obra (artículo 2002) 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 o la sustitución de la prestación ("hacerla de nuevo"). Si al acreedor se le autoriza a lo más —que es la sustitución de la obra— igualmente estaría autorizado para lo menos, que es la reparación. Por ello, creo que esta disposición podría estimarse como manifestación de un principio general y servir de fundamento para la pretensión de sustitución y reparación en las obligaciones de hacer no

ejecutadas debidamente. En ambos casos la pretensión se sometería a las reglas sobre ejecución de las obligaciones de hacer del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil.

Como anticipé, en los regímenes especiales de la compraventa se reconoce al acreedor el derecho a pedir la sustitución o reparación del producto o mercaderías cuando sean defectuosas o no conformes con el contrato. Me refiero a la Ley N° 19.496 sobre Protección a los Derechos del Consumidor y la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Estos dos ordenamientos tienen en común que regulan compraventas que, por regla general, recaen sobre cosas genéricas o fungibles.

• *Compraventa de consumo*

El párrafo 5° de la ley titulado "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 tendentes a la efectiva realización de su interés afectado. i) Si el incumplimiento consiste en que la cantidad o el contenido neto del producto son inferiores a lo indicado en el empaque o envase, el acreedor 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, sin derecho a la indemnización de daños (artículo 19 de la ley N° 19.496); ii) si el deudor (proveedor) incurre en cualesquiera de los incumplimientos que prevé el artículo 20 de la ley N° 19.496, el acreedor (consumidor) tiene derecho, fuera 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, 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.

• *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 conformidad²³. En lo que ahora interesa, la Convención en su artículo 45 reconoce una serie de remedios al comprador en caso que el vendedor incumpla cualesquiera 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 a 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 pedirlo al vendedor al momento de denunciar la falta de conformidad (ex artículo 39 CV) o dentro de un plazo razonable desde ese último momento. Si no lo hace, la Convención le priva del derecho.

¿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 defectuosos²⁴ y hoy día por la incorporación de la Directiva 1999/44/CE del

²³ 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 RDUCV 26 (2005) 2, pp. 559-593.

²⁴ 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

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)²⁵ 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 compraventas²⁶, como sí ocurre en el BGB con la reforma del

o reparación de la misma o su sustitución. Véase: DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II (Madrid, 1996), p. 670; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, cit. (n. 8), pp. 1728 y 1737 y DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual* (Madrid, 1996), p. 393; y para la compraventa: FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, (Madrid, 1996), p. 94. A diferencia de los anteriores, la autora intenta justificar la procedencia de estos remedios, distinguiendo entre las compraventas específicas y genéricas, sin conformarse con admitirlas lisa y llanamente.

²⁵ La Directiva 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 cosa, siguiendo el modelo de la Convención de Viena. El artículo 3 de la Directiva 99/44 CE que establece los derechos del consumidor en caso de falta de conformidad, reconoce el derecho a la reparación y sustitución en los siguientes términos: “2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado”. Y agrega: “Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la 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”. Y finaliza disponiendo: “Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor”.

²⁶ 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 obligaciones. El artículo 1483 del referido anteproyecto dispone que el derecho al cumplimiento permite al comprador elegir entre que el vendedor

2002²⁷, que uniforma todo el derecho de la compraventa en materia de falta de conformidad²⁸. 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, aparte de vender la cosa, la ha fabricado²⁹. En el caso de la

subsane la falta de conformidad de la cosa o que entregue otra conforme con el contrato”. BIMJ (Madrid, 2005) 1988, p. 2089. Anteriormente, anticipándose al anteproyecto y explicando los efectos de transposición de la Directiva 44/99 CE en el Derecho Civil español, véase: MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa*, en: ADC (Madrid, 2003), pp. 1639-1640.

²⁷ Véase: § 439 del BGB (derecho al cumplimiento posterior en caso de falta de conformidad). Según el precepto, el cumplimiento posterior o saneamiento puede consistir en la eliminación del vicio (pretensión a una mejora posterior) o en el envío de una cosa libre de vicio (pretensión a la sustitución). ALBIEZ DORMÁN, Klaus Jochen, *Un nuevo Derecho de las Obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, en ADC 55 (2002) 3, pp. 1204-1205. Para un estudio de los alcances de la reforma al BGB del 2002, véase también: ALBIEZ DORMÁN, Klaus Jochen, *ibíd.*, y en *La modernización del Derecho de las Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado*, en RDP (2002), pp. 187 y ss.; INFANTE RUIZ, Francisco, *Apuntes sobre la Reforma alemana sobre el Derecho de las Obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de las Obligaciones y la gran solución*, en RDPa. 8 (2002), pp. 152 y ss.; LAMARCA MARQUÉS, 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 ADC 56 (2003), 4, pp. 1575-1608.

²⁸ 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 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).

²⁹ 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*, en: *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert: Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit* (Paris, 2005), pp. 26-270. Ya antes: FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad* cit. (n. 24), y, recientemente, en: *Sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, (2006).

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 del acreedor, la sustitución debe aceptarse³⁰. 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, 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, según el cual el contrato vincula a las partes como si se tratase de una ley; 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 remedios³¹, uno podría preguntarse: ¿está legitimado el acreedor para

³⁰ 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.

³¹ Si uno examina la doctrina que comenta el artículo 1489 de Código Civil, 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.

exigir al deudor la reparación o sustitución de la prestación defectuosa o no conforme? 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 caso³². 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 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 tendente a ese objeto, para alcanzar

³² Ese límite no lo establece la Convención de Viena (artículo 46 (2) CV), sí en la Directiva 44/1999/CE y en la Ley de Incorporación española de 2003. El artículo 3 (1) (Derechos del consumidor) de la Directiva limita la procedencia de la reparación y la sustitución a aquellos casos en que no sea desproporcionado, y agrega que se considerará desproporcionada "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) 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).

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 en 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, 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.

CONCLUSIONES

a) La pretensión de cumplimiento específico es una facultad del acreedor afectado por el incumplimiento del deudor, cuyo ejercicio depende de la objetiva posibilidad de la prestación y de que la obligación sea exigible.

b) El remedio del cumplimiento específico experimenta un fuerte debilitamiento en sede procesal, puesto que la ley en algunos casos o bien descarta la ejecución *in natura* o bien renuncia a ella.

c) La regla es que el acreedor puede optar libremente entre el cumplimiento específico y la indemnización de daños, cualquiera sea la obligación incumplida. Si el acreedor opta por el cumplimiento específico, no tiene asegurada la satisfacción *in natura* de su interés, la norma procesal impone

un límite que en ocasiones le priva de ella, debiendo conformarse con la equivalencia pecuniaria del cumplimiento.

d) La pretensión de cumplimiento procede incluso en casos de cumplimientos defectuosos, a pesar de no existir norma expresa. Esta pretensión, en caso de aceptar su procedencia en el Código Civil, adoptaría las modalidades de reparación y sustitución de la prestación defectuosa, siendo aconsejable reservar esta última para incumplimientos de importancia o especialmente graves. Se trataría de una pretensión de corrección del cumplimiento defectuoso.

e) Falta una adecuada regulación de este remedio que verdaderamente reconozca una opción al acreedor y no que ésta se diluya en favor del propio deudor por aplicación de la ley procesal. La insuficiencia del régimen en las obligaciones genéricas es patente.