

1. PARTE PRIMERA.

EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN EL DERECHO CONTINENTAL ¿UN REMEDIO DE INDISCUTIBLE APLICACIÓN PRIMARIA?

La celebración de un contrato busca asegurar el cumplimiento de aquello que ha sido convenido, en lo posible, por medio de la actividad voluntaria de las propias partes. Empero, no ha de extrañar que, aun cuando debiera tratarse de una situación anormal, es parte del tráfico contractual el hecho de que lo acordado no siempre reciba fiel desempeño, razón por la cual las legislaciones han debido ocuparse de subsanar esta situación estableciendo ciertos remedios en beneficio del acreedor. Estas medidas constituyen una respuesta establecida por el sistema jurídico de cara al incumplimiento, dirigidas a obtener lo consentido por los contratantes o bien, para evitar las consecuencias negativas del mismo, intentando satisfacer el interés del acreedor perjudicado.

Las dos tradiciones jurídicas preponderantes en el mundo occidental contienen un catálogo de estos remedios, en los cuales se concibe de diferente manera al cumplimiento específico. Tanto en el derecho continental como el derecho angloamericano existe la posibilidad de que el acreedor obtenga lo contratado, pero ella se supedita a condiciones de procedencia diferentes. En el primer caso, se trataría de un derecho que representaría el verdadero cumplimiento y, por lo tanto, sería la acción jerárquicamente superior del sistema. En el segundo, no constituye un verdadero derecho del acreedor y solo es una medida excepcional frente a la regla general que es

la entrega de una suma de dinero a título de daños ¿Por qué esta diferencia? ¿Existe cultural o filosóficamente una justificación para este cisma?

A través de una revisión histórica en lo esencial del cumplimiento específico, será posible establecer la raíz de este tratamiento diferenciado, para luego dilucidar si en la actualidad el contraste se mantiene y si se concreta efectivamente en la práctica.

1.1. El cumplimiento como un remedio excepcional: la *specific performance* en la tradición angloamericana

Sin duda alguna, la existencia y preponderancia a nivel mundial de dos modelos de desarrollo del derecho, ambos de profusa utilización e influencia en ordenamientos jurídicos locales, genera un natural interés dogmático en estudiar sus particularidades y diferencias¹. De este modo, los sistemas que hunden sus raíces en el derecho continental —o tradición del *civil law*— poseen múltiples características que lo identifican como tal y, asimismo, lo distinguen del derecho angloamericano².

1 Véase, entre las múltiples obras que se han interesado por el estudio del derecho comparado: ZWIEGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*³ (Oxford, Clarendon Press, 1998): 180-182; ROWAN, Solène, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of the Performance* (New York, Oxford University Press, 2012): 4-9; GORLA, Gino, *Il diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII (Milano, Giuffrè, 1954): 928-946 y EL MISMO, *Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la common law*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1. XV (Paris, 1963): 7-18; DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*⁴ (Paris, Dalloz, 1988) y EL MISMO, *Le droit comparé enseignement de culture generale*, in *Revue internationale de droit comparé*, 4 (Paris, 1950): 682-685; SCHLESINGER, Rudolph, MATTEI, Ugo, RUSKOLA, Teemu, GIDI, Antonio, *Comparative Law*⁵ (New York, Foundation Press, 1999); LEGRAND, Pierre, *Sur l'analyse différentielle des juriscultures*, in *Revue internationale de droit comparé*, 4. LI (Paris, 1999): 1053-1071; SEFTON-GREEN, Ruth, *Compare and Contrast: monstre à deux têtes*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1. LIV (Paris, 2002): 85-95; SACCO, Rodolfo, *Che cos'è il diritto comparato* (Milano, Giuffrè, 1982) y EL MISMO, *Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho*, en *Anuario de Derecho Civil*, 2. LXI (Madrid, 2008): 445-461; FERRANTE, Alfredo, *Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2. XLIII (Santiago, 2016): 601-618.

2 El uso de esta expresión permite abarcar los aspectos comunes que caracterizan a los sistemas que se rigen por el derecho estadounidense y el inglés. Cabe recordar que, en

En este sentido, suele mencionarse como origen de sus diferencias el desenvolvimiento histórico que experimentó cada uno de ellos y las diversas fuentes que los inspiraron en su formación. La indiscutible influencia del derecho romano en instituciones que hoy son legislación vigente en los sistemas continentales e incluso en alguna parte de los germánicos, históricamente fue tangencial en el ambiente angloamericano.

En efecto, Inglaterra logró mantener un estilo propio de derecho con el pasar de los siglos, cuyos inicios se remontan al año 1066 y a la invasión normanda de William I. Pese a que este no derogó las tradicionales prácticas legales que impusieron los reyes anglosajones en los siglos previos, la pérdida de su uso e importancia fue la espontánea consecuencia del cambio al sistema normando de administración de justicia. Y el desarrollo continuaría hasta alcanzar la unificación y centralización del derecho inglés en la Corte de Londres, arribando tempranamente la idea de un derecho común o *common law*³. Este derecho fue enseñado, estudiado y ejercido con

este último, el término *common law* tuvo una connotación mucho más específica, ya que durante algún tiempo en Inglaterra convivieron dos sistemas de justicia en paralelo. Por una parte, se encontraban las *Law Courts* que aplicaban las normas del *common law*; estas constituyeron un cuerpo de leyes sustantivas dirigidas a todos los ingleses, en principio dinámico y flexible, pero que luego se rigidizó por su excesivo tecnicismo. De otro lado, las *Chancery Courts* recurrían en sus decisiones a la *equity*, es decir, al poder discrecional del juez que le permite, en un caso concreto, aplicar ciertos remedios cuando aquellos previstos en el estatuto normativo no parecen adecuados. Y es este temperamento el que se conserva hasta hoy, en que la tradición de *common law* es una sola y ha sobrevivido manteniendo su versión original, pero moderada gracias a la *equity*. A pesar de que esta precisión es útil y técnicamente correcta, se reconoce también que el uso constante de la expresión *common law* en un sentido más general, termina por identificar a la totalidad del derecho angloamericano por oposición a la familia del derecho continental o *civil law*, fuertemente influenciada por las fuentes romanas. ZWIEGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 188; MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*⁴ (California, Stanford University Press, 1985): 49-51; GORLA, Gino, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I (Milano, Giuffrè, 1954): 328-332; ZIMMERMANN, Reinhard, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (trad. cast. Javier Rodríguez Olmos, Bogotá, Universidad Externado, 2010): 138 y FARNSWORTH, E. Allan, *Comparative Contract Law*, in REIMAN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (New York, Oxford University Press, 2006): 931.

3 ZWIEGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 180-184; GORLA, cit. (n. 2): 328-330; MERRYMAN, cit. (n. 2): 3-4. FURMSTON, Michael P, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*⁵ (Oxford, Oxford University Press, 2007): 1-2.

sus particularidades y si bien en sus comienzos y hasta mediados del siglo XII mantuvo algún contacto con el derecho romano, la ruptura definitiva vendría en los siglos XVI y XVII con el advenimiento del control parlamentario y la derrota de las reivindicaciones monárquicas absolutistas⁴.

El desarrollo histórico y político del derecho angloamericano permite comprender una segunda distinción que se destaca respecto de la tradición continental. En esta última se atribuye vital importancia a la certeza y seguridad jurídica, consideradas como valores supremos, que se elevan a la categoría de dogma. La desconfianza en la actividad de los jueces como creadores del derecho, fue decisiva también en la preferencia por un prototipo de ordenamiento codificado; la ley que emite el monarca debe ser lo más general, clara y completa posible para que el proceso de interpretación sea restringido y automático, evitando su modificación por los operadores jurídicos⁵. Por su parte, para el derecho angloamericano la seguridad es uno de los valores legales del sistema, pero no el más importante. Este debe bascularse con la flexibilidad al impartir justicia en casos concretos o que presenten circunstancias particulares. La certeza no es obviada, pues se alcanza igualmente a través de un conjunto de decisiones judiciales uniformes, usualmente fundamentadas en estatutos generales de ley⁶. Es por ello que el poder discrecional del juez que ejerce a través de la *equity*, no ha sido —ni es— criticado⁷. Muy por el contrario, constituye parte innata de este sistema jurídico, pues es una forma de complementar

4 ZWIEGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 191-196; FURMSTON, cit. (n. 3): 1; VAN CAENEGEM, Raoul C., *The Birth of the English Contract Law*² (Cambridge, Cambridge University Press, 1998): 1-27; BIX, Brian H., *Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2012): 6-10.

5 ZIMMERMANN, Reinhard, *Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 4, VIII (Köthen, 2012): 367-384; BELLET, Pierre, *Le juge et l'équité*, in *Études offertes à René Rodière* (Paris, Dalloz, 1981): 9-14; SCHIPANI, Sandro, *La nascita del modello di codice*, in *Roma e America. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e America Latina*, 1. XXVII (Roma, 2009): 36-54; MERRYMAN, cit. (n. 2): 48; FURMSTON, cit. (n. 3): 798-799.

6 MERRYMAN, cit. (n. 2): 48-50; ZWIEGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 181, 182; BIX, cit. (n. 4): 11-16; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica* (trad. cast. Juan José Monroy Palacios, Lima, Palestra Editores, 2005): 151-155.

7 *Vid.* n. 2.

el derecho positivo y se le concibe como la manera más adecuada para dar plasticidad y atemperar los rigores de la ley escrita⁸.

En líneas generales, las diferencias reseñadas son las fundamentales entre ambas tradiciones. Pero aún queda otra, frecuentemente citada en la doctrina y que se refiere a un remedio en particular: la operatividad que recibe el cumplimiento específico en cada una de ellas. En efecto, se ha estimado que el derecho de contratos es la parcela que mayor contraste presenta entre el *civil law* y el sistema angloamericano; y uno de los puntos de comparación radica en la forma de abordar las consecuencias derivadas de su incumplimiento, que puede enfatizar el derecho del acreedor a obtener la prestación en naturaleza o bien, acentuar la procedencia de la indemnización de daños⁹.

Es así como en una parte importante de los sistemas jurídicos con raíces continentales, la ejecución exacta de la obligación constituye el genuino cumplimiento contractual con efectos liberatorios para el deudor¹⁰.

8 CHEN-WISHART, Mindy, *Contract Law* (New York, Oxford University Press, 2005): 7-9; GORLA, cit. (n. 2): 329-331; ZWIEGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 188-190.

9 FARNSWORTH, cit. (n. 2): 901-907. La investigación sobre este remedio tiene trascendencia no solo en el plano jurídico, sino que también en el filosófico, toda vez que, en la práctica conlleva importantes consecuencias éticas y sociales. DE ROSSI, Michele G., *Historical and Comparative Notes on the First Origin of Specific Performance*, in *The Juridical Review*, 2. XLVIII (Edinburgh, 1936): 129.

10 Así lo destacan, entre otros, LAITHIER, Yves-Marie, *Derecho contractual y economía*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *Derecho y economía* (Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012): 39-41 y EL MISMO, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (Paris, LGDJ, 2004): 44 y ss.; RÉMY, Philippe, *La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept*, dans *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris, 1997): 323 et ss.; ROCHFELD, Judith, *La rupture efficace*, in JAMIN, Christophe (dir.), *Droit et économie des contrats* (Paris, LGDJ, 2008): 172-174; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*⁵, 2. I (Barcelona, Bosch, 1980): 192; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de derecho civil*, 4, XLVI (Madrid, 1993): 1.728-1.729; Díez-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*¹⁰, 1. II (reimp. Madrid, Tecnos, 2013): 211-212; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual* (Madrid, Dykinson, 2000): 143-144; BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de derecho civil III* (Santiago, LegalPublishing, 2008): 410. Cabe recordar que, por ser parte del *civil law*, comparten estas mismas características el derecho alemán y el holandés por tratarse de derechos eminentemente romanistas MAK,

Por ello, no es extraño que la doctrina tradicionalmente haya situado al cumplimiento específico en un lugar preponderante entre los derechos del acreedor, a través de su ejercicio en sede judicial y con un marcado carácter coercitivo. Esta concepción defendida por algunos autores nacionales suele ser replicada sistemáticamente por las decisiones de los tribunales¹¹.

A propósito de este contraste, se ha forjado una idea que pretende identificar una tensión entre los dos modelos que, con un patrón distinto, construyen sus nociones de vinculación contractual. A diferencia de la tradición civil continental, el derecho angloamericano considera a la *specific performance* para las prestaciones positivas (dar o hacer) y a la *injunction*, para las prestaciones negativas (no hacer), como medidas excepcionales y cuya aplicación tiende a evitarse por los órganos jurisdiccionales; como

Vanessa, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law* (Oregon, Hart Publishing, 2009): 7-11. Al respecto, véase también la completa obra de ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Law of Obligations. Historical and comparative perspectives* (Oxford, Oxford University Press, 2005).

- 11 RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*³ (Santiago, Editorial Jurídica, 2008): 239-242; ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Tratado de las obligaciones*² II (Santiago, Editorial Jurídica, 2004): 258-260; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 5. X (Santiago, Editorial Jurídica, 1979): 723, 724. En la jurisprudencia chilena prácticamente no existió discusión en torno a este tópico. Véase Corte Suprema, 30 de octubre de 1939, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales XXXVII* (Santiago, 1940): 404-407. "3° Que la acción resolutoria deducida en la demanda y acogida en la sentencia tiene el carácter de acción subsidiaria dentro del objeto principal de todo contrato, puesto que el objeto de ellos al celebrarlos es que se cumpla por cada parte a (sic) lo pactado". Corte de Apelaciones de Santiago, *Pinto Zañartu Ximena María con Galería Época S.A.*, 16 de abril de 2002, Rol N° 7389-07, número identificador Thomson Reuters-La Ley 21426. "Quinto: [...] Cabe considerar, sin embargo, que si el cumplimiento en 'naturaleza' de la obligación que contrajo el deudor llega a ser imposible, la ley autoriza el derecho a solicitar del deudor la indemnización de los perjuicios que le ocasionare el incumplimiento, 'por equivalencia' [...]. Duodécimo: Que, en consecuencia, el acreedor está obligado primeramente a demandar la ejecución forzada y en caso de fracaso la indemnización de perjuicios [...]" Corte Suprema, *Jorge Plaza Oviedo con Sociedad Agrícola Sacor Ltda.*, 22 de septiembre de 2008, Rol N° 1782-07, número identificador Thomson Reuters-La Ley 39.756. "Séptimo: [...] En cambio, si la obligación que se dice no cumplida es de dar, cuyo es el caso de autos, el acreedor no puede pedir la indemnización compensatoria, sino cuando el cumplimiento directo del contrato se ha hecho imposible por la pérdida de la cosa debida [...]"

contrapartida, la indemnización de daños se alza como el remedio preferido y usual en los países que mantienen dicha raigambre¹².

En relación con este punto, debe precisarse que el sistema de remedios regulares que reconoce la tradición angloamericana tiene un carácter más bien atípico, es decir, solo se contemplan algunos que pueden ser invocados como derechos¹³. La solución que ofrece este modelo se decanta principalmente en dos variantes de acciones tipificadas que corresponden a

- 12 ADAME-MARTÍNEZ, Miguel Ángel, *Specific Performance as the Preferred Remedy in Comparative Law and CISG* (Cizur Menor-Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013): 34-37; SCHEB, John Malcom, SCHEB II, John Malcom, *An Introduction to the American Legal System: Contracts and Business Law* (New York, West Thomson Learning, 2002): 230-232; CARTWRIGHT, John, *Contract Law. An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* (Oxford, Hart Publishing, 2007): 248-251; MACKAAY, Ejan, *The civil law of contract*, in DE GEEST, Gerrit (ed.), *Contract Law and Economics VI* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011): 448-450; KRONMAN, Anthony T., *Specific performance*, in *The University of Chicago Law Review*, 2. XLV (Chicago, 1978): 354-365; ULEN, Thomas S., *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, in *Michigan Law Review*, 2. LXXXIII (Michigan, 1984): 342-396; SMITH, Lionel, *Understanding Specific Performance*, in COHEN, Nili, MCKENDRICK, Ewan, *Comparative Remedies for Breach of Contract* (reprinted Oregon, Hart Publishing, 2006): 226-227; BEALE, Hugh, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, RUTGERS, Jacobien, TALLON, Denis, VOGENAUER, Stefan, *Cases, Materials and Text on Contract Law*² (Oxford, Hart Publishing, 2010): 834-836; VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones* (Bologna, Real Colegio de España, 1995): 124-133; TREITEL, Guenter H., *Remedies for Breach of Contract* (New York, Oxford University Press, 1989): 63; SEVERIN FUSTER, Gonzalo, *Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el common law. Perspectiva histórica y aproximación actual*, en *Revista Chilena de Derecho*, 1. XLIII (Santiago, 2016): 7-37; MAK, cit. (n. 10): 45-47. Para una panorámica histórica sobre los orígenes de la *specific performance* en el derecho inglés, véase DE ROSSI, cit. (n. 9): 134-145.
- 13 Es curiosa la similitud entre el derecho romano y el desarrollo del ordenamiento inglés de la Edad Media; en ambos, la protección judicial de derechos solo era procedente si el demandante obtenía de un funcionario u oficial, algún documento para accionar (la *formula*, que en el derecho romano clásico otorgaba el pretor y el *writ*, que en el derecho inglés dictaba el *chancellor*). Dichos documentos normalmente eran limitados, pero paulatinamente fueron aumentando su ámbito de protección en la medida en que nuevas demandas se impetraron con el pasar del tiempo. ZWEIGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 186; GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (New York, Oxford Clarendon Press, 1991): 2-3; HARDER, Sirko, *Measuring Damages in the Law of Obligations. The Search for Harmonised Principles* (Oxford, Hart Publishing, 2010): 1-3.

los llamados *common law remedies*: el pago de la suma acordada, cuando el incumplimiento recae en una suma de dinero (*action for an agreed sum*) y el más importante –pues abarca la inobservancia de cualquier otra prestación– la indemnización de daños (*action for damages*)¹⁴.

En cuanto a la posibilidad de exigir el cumplimiento específico de la obligación, la respuesta difiere en ambos escenarios. En el primer caso, no hay mayores inconvenientes, ya que la existencia de un remedio específico para las deudas de dinero facilita aún más una ejecución relativamente sencilla; su objeto es el bien fungible por excelencia y la realización por la vía judicial equivale a forzar un débito, pues la demanda se dirigirá a solicitar el pago por el precio establecido en el contrato y no pérdidas distintas que deban liquidarse¹⁵. En cambio, en el segundo, cuando se incumple otro tipo de obligaciones, la acción que procede y que será decretada por el tribunal es la indemnización de los daños derivados de la inobservancia del contrato. El cumplimiento en naturaleza puede solicitarse, pero este solo recibe una aplicación marginal¹⁶.

Una primera regla que debe considerarse es que el cumplimiento será concedido si se trata de obligaciones que no requieren una actuación personal del deudor. Dado que lo que se busca evitar son las constricciones

14 BEATSON, Jack, BURROWS, Andrew, CATWRIGHT, John, *Anson's Law of Contract*⁹⁹ (New York, Oxford University Press, 2010): 573; TREITEL Guenter, *Chapter 16: Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved). Enforced performance*, in VON MEHREN, Arthur T. (chief ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Contracts in General*, 2. VII (Tübingen, Mohr Siebeck, 1997), sections 16-7, 16-9: 6-7; KRAMER, Adam, *The Law of Contract Damages* (Oxford, Hart Publishing, 2014); TREITEL, cit. (n. 12): 63; GORLA, cit. (n. 2): 434.

15 DAVID, René, *Les contrats en droit anglais* (Paris, LGDJ, 1973): 408-436; BEATSON, BURROWS, CATWRIGHT, cit. (n. 14): 573-576; CHEN-WISHART, cit. (n. 8): 586, 587; De hecho, si quien demanda aspira a obtener otro tipo de sumas de dinero por sobre lo debido a título de obligación, la vía correcta de acción será la de los daños. Pero, a diferencia de la acción de pago de dinero, el tribunal evaluará la prueba que el acreedor rinda para acreditar las pérdidas, la razonable previsibilidad de estas las mismas y también la actividad que haya desplegado en orden a mitigar los daños. En este sentido, ATIYAH, Patrick S., *An Introduction to the Law of Contract*³ (New York, Oxford University Press, 1981): 303-305, 307-323; HARRIS, Donald, CAMPBELL, David, HALSON, Roger, *Remedies in Contract & Tort*² (Cambridge, Cambridge University Press, 2006): 158-160.

16 SCOTT E. ROBERT, KRAUS S. Jody, *Contract Law and Theory*⁴ (San Francisco, LexisNexis, 2007): 110-111; TREITEL, cit. (n. 12): 63-64; CHEN-WISHART, cit. (n. 8): 588, 589.

personales, es que sería posible obtener el cumplimiento de lo pactado y no solo la reparación de los daños mediante cierto tipo de acciones que ejecutarán terceros, como el secuestro de un bien o la suscripción de un documento a través de un oficial del tribunal¹⁷.

Lo anterior es consecuencia de que la principal razón que se esgrime para dar prioridad al remedio indemnizatorio es que el cumplimiento específico mediante la coacción importaría una excesiva carga a la libertad de los individuos. Su carácter drástico aumentaría en los casos de las obligaciones de hacer y no hacer, pues se ha estimado que constreñir a una persona a realizar o abstenerse de una determinada conducta, incluso si ella hubiese sido libremente acordada al contratar, llegaría a constituir un verdadero servilismo involuntario, repudiado por el ordenamiento jurídico¹⁸.

Dicha consideración permite comprender por qué las hipótesis en que puede decretarse la *specific performance* o la *injunction* son tan estrictas; únicamente serían procedentes en aquellas situaciones en que la indemnización de daños no constituya un remedio adecuado para satisfacer al acreedor. Y el motivo detrás de esta restricción es que lo que se solicita es la realización de lo pactado por el mismo deudor con lo que la ejecución recaerá finalmente sobre su persona.

La estrechez de los términos exige la intervención de la discrecionalidad del tribunal para que estos remedios sean concedidos. En este sentido es que, a diferencia de las acciones de cobro de sumas de dinero y de

17 TREITEL, Guenter, *The Law of Contract* (London, Sweet & Maxwell, 1999): 949; ATIYAH, cit. (n. 15): 324.

18 En este sentido, KLEINSCHMIDT, Jens, *Specific Performance*, in BASEDOW, Jürgen, HOPT, Klaus J., ZIMMERMANN, Reinhard, STIER, Andreas (eds.) *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law II* (London, Oxford University Press, 2012): 1.581; BEATSON, Jack, *Anson's Law of Contract*²⁸ (New York, Oxford University Press, 2002): 636; FARNSWORTH, cit. (n. 2): 901-907, 931-932; BARROS, cit. (n. 10): 410, SCHEB and SCHEB II, cit. (n. 12): 232; KRONMAN, cit. (n. 12): 372-376. El principal problema es, precisamente, la restricción que se ejerce sobre la persona misma del deudor. Por ello, como se señaló, la objeción desaparece automáticamente respecto de las obligaciones de dinero. Así también TREITEL, cit. (n. 12): 45-47 y EL MISMO, cit. (n. 14), section 16-10: 8. Como se verá más adelante, estas consideraciones también perfilan uno de los límites o restricciones al ejercicio del derecho al cumplimiento específico en la tradición continental: incluso en los sistemas jurídicos más apegados a este remedio, las obligaciones de hacer en los contratos que involucren prestaciones personalísimas por parte del deudor, en principio, no son ejecutables en especie.

daños, la *specific performance* y la *injunction* son consideradas *equitable remedies*; no se califican como derechos que el acreedor puede exigir frente al juez o al jurado, sino que provienen de la *equity*, esto es, la facultad discrecional que tienen para decretarlos, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso¹⁹.

Tal como se señaló previamente, la *equity* es la herramienta que utilizan los jueces y cortes de la tradición angloamericana para morigerar la rigidez de la ley escrita; es la concreción del ideal de balance entre la certeza jurídica y la flexibilidad del ordenamiento²⁰. En este sentido, los *common law remedies* pueden exigirse como derechos y frente al incumplimiento de alguna prestación no dineraria, el medio apropiado será la indemnización de daños. Pero cuando a discreción del tribunal, este remedio no sea adecuado para satisfacer al acreedor, será posible decretar el cumplimiento tal como fue acordado en el contrato.

Este recurso a la *equity* en ningún caso involucra una actitud arbitraria de los jueces ni el descuido de la seguridad jurídica. Por lo que se ha configurado el *adequacy test*, que responde a tres reglas subsidiarias que determinan la procedencia del cumplimiento específico: a) La indemnización de daños no se considera adecuada si el objeto del contrato es único; b) La propiedad sobre inmuebles normalmente se considera como única²¹; c) Aun

19 TREITEL, cit. (n. 12): 46, 63-65; SEVERIN cit. (n. 12): 25; KRONMAN, cit. (n. 12): 355; ATIYAH, cit. (n. 15): 324-325; DAVID, cit. (n. 15): 436-439; STONE, Richard, *Modern Contract Law*⁸ (London, Cavendish Publishing, 2009): 632-633. En cuanto al origen de la *specific performance*, se ha señalado que esta es tan antigua como los *damages*, puesto que su existencia se remonta al momento mismo en que la *equity jurisdiction* fue fundada. DE ROSSI, cit. (n. 9): 134-137.

20 Ciertamente, la *equity* no puede traducirse con exactitud como la equidad que conoce la tradición continental. Como se indicó, sus orígenes se remontan a las *Chancery Courts*, que recurrían a la prudencia del juez en sus decisiones, pero que, a la vez fueron creando un verdadero cuerpo de reglas jurídicas destinado a corregir la dureza del derecho estricto o *common law*. Vid. n. 2; ZWIGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 187-191; GORLA, cit. (n. 2): 335-337; CARTWRIGHT, cit. (n. 12): 5-7. En el *civil law* la situación es más bien la inversa. No se admite directamente como un poder inherente del tribunal; este se entiende radicado en el legislador, quien puede delegarlo en el juez para situaciones específicas o bien, puede establecer reglas de equidad judicial que luego el sentenciador deberá aplicar y dotar de contenido en casos concretos, como sucede, por ejemplo, con el recurso a la buena fe. MERRYMAN, cit. (n. 2): 52.

21 La idea que subyace a esta regla, de que dos retazos de tierra nunca serán los mismos, ha sido cuestionada, pues no parece ser una respuesta adecuada en la época actual;

cuando la indemnización de daños no fuese adecuada, no se concederá la ejecución específica en contratos de servicios personales o que requieran supervisión judicial²². Esta última regla opera, más bien, como una contra excepción, cuando se presentan las condiciones que lo harían procedente.

Por este motivo es que, en general, se entiende que no se dictaminará la *specific performance* respecto de contratos cuyos objetos puedan obtenerse en el mercado. Un escenario como este, en que existan sustitutos disponibles, se ventilará en un proceso de daños y no de cumplimiento, anteponiendo los primeros por tratarse de un remedio satisfactorio y expedito que, además, tiene la ventaja de que provoca menores inconvenientes al deudor²³. De hecho, por tratarse de un expediente indemnizatorio, el

menos aún si se trata de casos en que el terreno ha sido adquirido a título de inversión. ATIYAH, cit. (n. 15): 325; HARRIS, CAMPBELL, HALSON, cit. (n. 15): 175-176. Por otra parte, se ha propuesto que las sanciones en el derecho de bienes suelen ser *in natura* y prevalecen sobre la indemnización de daños. GENICON, Thomas, *Les sanctions en droit des biens. Le règne de la sanction en nature*, in CHAINAIS, Cécile, FENOUILLET, Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique I* (Paris, Dalloz, 2012): 205-233. Sin embargo, el autor utiliza el término *sanctions* como cualquier reacción del ordenamiento a la inobservancia de reglas referidas a los derechos reales, lo que finalmente, no se relaciona de manera tan precisa con la *sanction* como remedio por incumplimiento contractual.

22 También se señala que la *equity* tiene incidencia cuando las pérdidas son tales, que los daños son difíciles de cuantificar y cuando el acreedor ha manifestado expresamente su interés en recuperar el objeto mismo del contrato, sin que le satisfaga un sustituto. TREITEL, cit. (n. 12): 63-64; CHEN-WISHART, cit. (n. 8): 593-604; FULLER, LON L., EISENBERG, Melvin A., *Basic Contract Law*⁵ (Minnesota, West Publishing Co., 1990): 290-291. En esta materia, véase EISENBERG, Melvin A., *Actual and Virtual Specific Performance. The Theory of Efficient Breach and the Indifference Principle in Contract Law*, in *California Law Review*, 4, XCIII (California, 2005): 1.016-1.017; FARNSWORTH, cit. (n. 2): 931; FURMSTON, cit. (n. 3): 799; SEVERIN, cit. (n. 12): 21-30; ATIYAH, cit. (n. 15): 325-326; KLEINSCHMIDT, cit. (n. 18): 1.582; BEATSON, cit. (n. 18): 632-637. Aunque la denominación del *adequacy test* se utiliza con mayor propiedad respecto del derecho estadounidense, estos mismos lineamientos son los que normalmente guían la labor de los jueces ingleses. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *Droit comparé des contrats. Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature*, in *Revue des contrats*, 2 (Paris, 2006): 533-534. Por su parte, Kronman propone una evaluación que resulta ser más amplia, al aplicar lo que llama "*Uniqueness*" test, en que el cumplimiento puede ser aceptado para casos en que el objeto contractual no pueda ser replicado, sustituido u obtenido por medio de un equivalente. KRONMAN, cit. (n. 12): 355-365.

23 La *equity* no interviene ya que, históricamente incluso, el derecho angloamericano ha privilegiado el remedio indemnizatorio, como una forma de agilizar y con ello, poten-

acreedor deberá procurarse estos bienes, pues dicha actividad forma parte del deber de mitigar las pérdidas que sobre él pesa. Únicamente constituirá un remedio inadecuado cuando no sea posible obtener un bien sustituto en el comercio que le proporcione satisfacción; en estos casos, se retoma el *adequacy test* y se promoverá la ejecución de la prestación específica²⁴.

Ahora bien, en cuanto a la terminología que cada tradición utiliza, el *civil law* considera como cumplimiento específico a cualquier proceso por el que el acreedor recibe sustancialmente lo prometido, incluyendo en esta esfera –con matices y algunas objeciones doctrinales que se verán más adelante– tanto a la sustitución o reparación de bienes, como a la realización de las prestaciones por un tercero con cargo al deudor. Sin embargo, la familia del derecho angloamericano concibe una definición bastante más restrictiva. Se entiende que la *specific performance* se refiere a la sentencia o decreto judicial dictados contra el demandado, por los cuales se le ordena cumplir, ya sea realizando una actividad o absteniéndose de ella. Por lo mismo, dado que no se trata de un genuino derecho al cumplimiento contractual que el acreedor puede hacer exigible, la naturaleza de esta medida se acerca más bien a la de una conminación, pues la orden judicial conlleva la amenaza de castigo por parte de la corte en caso de desobediencia. La intimación usualmente se traduce en el pago de multas, prisión por el deli-

ciar el tráfico comercial. TREITEL, cit. (n. 12): 46, 63-64 y EL MISMO (n. 17): 950; CARTWRIGHT, cit. (n. 12): 256-257; FRIEDMANN, Daniel, *Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared*, in SAIDOV, Djakhongir, CUNNINGTON, Ralph (eds.), *Contract Damages. Domestic and International Perspectives* (Oxford, Hart Publishing, 2008): 65-90. Estas ventajas también las aprovecha el acreedor, especialmente si se considera que se libera de una relación contractual infausta y que evita, además, la prolongación de un extenso proceso judicial. HERM, Shael, *Pacta sunt servanda meets the market: enforcing promises in Spanish and United States law*, in ESPILAU ESPILAU, Santiago, VAQUER ALOY, Antoni (eds.), *Bases de un derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003): 439-458; FAUVARQUE-COSSON, cit. (n. 22): 535-536.

- 24 SHAVER, Steven, *Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*, in *Texas Law Review*, 4, LXXXIV (Austin, 2006): 831-876; RUZ LÁRTIGA, Gonzalo, *El derecho a la ejecución in natura en el cumplimiento de las obligaciones en Chile*, en DEPARTAMENTO DE LA DERECHO PRIVADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (ed.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Abeledo Perrot, 2010): 615-616; VERDERA, cit. (n. 12): 127; KRONMAN, cit. (n. 12): 355-365; SCOTT, KRAUS, cit. (n. 16): 110-113; FRIEDMANN, cit. (n. 23): 86-88.

to de desacato o la consumación del compromiso del deudor contumaz, a través de oficiales del mismo tribunal²⁵.

Se produce entonces una ponderación de los intereses comprometidos frente al incumplimiento: por una parte, el derecho que asiste al acreedor para que se lleve a efecto una obligación o se ejecute una sentencia en sus propios términos y por otra, los derechos del deudor y el pragmatismo²⁶. De este modo, el cumplimiento específico pasa a ser uno de los tópicos más estudiados a propósito de las comparaciones entre ambas tradiciones, precisamente, porque reflejaría uno de sus mayores antagonismos²⁷.

Y es que debe reconocerse que, al adoptar una u otra preferencia, cada sistema representa una opción filosófica sobre la manera de articular los efectos del incumplimiento contractual. Desconocer que en la operatividad del derecho de obligaciones y de contratos existe una genuina filosofía, implica obviar un conjunto de antecedentes históricos, sociológicos y de tradición jurídica que repercuten hasta hoy en la concepción que se tiene sobre el incumplimiento y sus consecuencias²⁸.

- 25 FARNSWORTH, E. Allan, *Farnsworth on Contracts*³ (Gaithersburg, Aspen Publishers, 2010): 167-168; ATIYAH, cit. (n. 15): 324-326; CARTWRIGHT, cit. (n. 12): 251; TREITEL, cit. (n. 12): 46-47, 63-74; KRONMAN, cit. (n. 12): 377; TREITEL, cit. (n. 14), section 16-9: 7; FURMSTON, cit. (n. 3): 797-798.

- 26 TREITEL, cit. (n. 12): 57; MORENO CATENA, Víctor, *La ejecución forzosa*, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín et al., *Derecho procesal civil*² (Madrid, Colex, 1997): 434; FLOUR Jacques, AUBERT, Jean-Luc, *Les obligations. Le rapport d'obligation* III (Paris, Sirey, 1999): 95. Se ha intentado demostrar, con datos concretos, los motivos por los cuales no se demanda la *specific performance* y las desventajas que esta presenta. Y, en general, se señalan sus altos costos, las dificultades para verificarlo en la práctica y un complejo control judicial posterior. LANDO, Enrik, ROSE, Caspar, *On the enforcement of specific performance in Civil Law countries*, in *International Review of Law and Economics* XXIV (Copenhagen, 2004): 475-486; ARBEL, Yonathan A., *Contract Remedies in Action: Specific Performance*, in *West Virginia Law Review* CXVIII (Morgantown-West Virginia, 2015): 387-390, 396-403.

- 27 TREITEL, cit. (n. 12): 57-58; FARNSWORTH, cit. (n. 2): 901-908; ZWIEGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 487-515.

- 28 LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 3; DE ROSSI, cit. (n. 9): 129-130; GORDLEY, cit. (n. 13): 223-229, 233-235; POUND, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law* (Connecticut, Yale University Press, 1971): 135-136; SEFTON-GREEN, Ruth, *French and English crypto-nationalism and European Private Law. An exercise in sentiment and reason*, in *European Review of Contract Law*, 3, VIII (Köthen, 2012): 271-277. Un ejercicio comparativo, pero que matiza algunas de las diferencias en ZWIEGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 510-512.

Sin embargo, cabe preguntarse ¿es efectiva esta pretendida oposición entre ambos sistemas? Es preciso recordar que, aunque cada uno de ellos responde a influencias distintas, que les hacen transitar por supuestas antípodas, el derecho medieval inglés es bastante parecido al derecho romano clásico del que recibió alguna influencia, por muy secundaria que haya sido, hasta la ruptura definitiva con su sistema político a fines del siglo XVI. Y es por ello que características de una y otra tradición pueden convivir armónicamente en algunos ordenamientos jurídicos, como sucede en Sudáfrica, Escocia, Quebec, Luisiana y Puerto Rico²⁹. De este modo que cabría precisar el cuestionamiento e interrogarse si la referida separación entre ambas tradiciones genera actualmente diferencias efectivas y no meramente declarativas, esto es, con repercusiones de relevancia en la práctica³⁰.

Para develar si esta discrepancia es verdadera, es preciso analizar los orígenes de la institución y su aplicación material. Este ejercicio permitirá, más adelante, establecer la configuración actual del cumplimiento específico e indagar sobre los límites que se aplican a su procedencia, de acuerdo con el sustrato filosófico que en él subyace.

En las páginas que siguen, se ensayará una sistematización histórica de las diversas etapas en las que se forjó jurídicamente el cumplimiento específico. En tal sentido, se transitará desde la ejecución en el derecho romano hasta la concepción que adopta el Código Civil chileno en el derecho de obligaciones y contratos. Esta breve revisión, tendrá particular relevancia en los siguientes capítulos, pues permitirá abstraerse de ciertos convencionalismos que rodean esta institución que, con perfiles poco definidos, muchas veces resulta oscura para quien intente estudiarla. Y también será importante para analizar, desde una perspectiva algo más neutra y completa, la pertinencia y justificación de las excepciones al derecho al cumplimiento específico.

Solo reconstruyendo un derecho que, como se señaló, se encuentra disperso en el ordenamiento jurídico, será posible estudiar la derrotabilidad de

29 TETLEY, William, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (codified and uncoded)* (Roma, UNIDROIT, 1999); CARTWRIGHT, cit. (n. 12): 8-9; TREITEL, cit. (n. 14), section 16-10: 8.

30 Por cierto, que estos interrogantes ya se han planteado por algunas opiniones autorizadas, que cuestionan la efectividad de este antagonismo teórico. BEALE *et al.*, cit. (n. 12): 824; FARNSWORTH, cit. (n. 2): 908, 932; ZWEIGERT, KÖTZ, cit. (n. 1): 484; MARGADANT F. Guillermo, *La segunda vida del derecho romano* (México D.F., Porrúa, 1986): 239-245.

la norma, ya sea a nivel de las prescripciones contenidas en la formulación de la regla o a nivel de sus justificaciones subyacentes.

1.2. Evolución histórica en la tradición continental: desde la condena pecuniaria al cumplimiento específico

El cumplimiento específico es un derecho establecido por el ordenamiento jurídico en favor del acreedor para exigir, judicialmente, la realización de las obligaciones contractuales, en la misma forma en que fueron pactadas. Considerado por el sistema angloamericano como una medida residual y no como un remedio tipificado, como se apuntó más arriba, el cumplimiento *in natura* admite en la tradición continental un tratamiento distinto. Ya sea que se le califique como un remedio primario o como una más de las opciones del acreedor, lo cierto es que recibe reconocimiento expreso por parte del derecho sustantivo y no menor atención por parte de la doctrina.

En el siguiente apartado, se revisará la evolución y desarrollo que tuvo el cumplimiento específico desde Roma hasta su recepción por el Código Civil chileno en 1855. Lo anterior será fundamental para determinar los motivos que, históricamente, incidieron en su establecimiento, sus fundamentos y sus límites. Estos últimos, desde antiguo, han sido proyectados en aras de proteger a la persona de deudor y la paz social, así como para asegurar una vía remedial viable que satisfaga el interés del acreedor toda vez que el cumplimiento no sea posible.

A) La ejecución en el sistema romano: ¿existe un derecho al cumplimiento específico del contrato?

La influencia que el derecho romano desplegó en los sistemas continentales no solo es indiscutida, sino que fue decisiva en su formación y posterior desarrollo hasta la actualidad. Por ello, parece interesante analizar si es posible encontrar en él un principio general que reconozca el derecho al cumplimiento específico del contrato³¹.

31 Esta materia indefectiblemente se une al estudio del proceso civil romano, pues, además de detectarse una relación directa entre dichas ramas, se produce una unidad terminológica y conceptual que impide dividir las en forma categórica. JÖRS, Paul,

Durante la Época Arcaica existió una fuerte tendencia –sino un predominio– a aceptar la condena y ejecución *in natura*. Las formalidades que presentaba el procedimiento de las *legis actiones* fomentaban la entrega de la misma cosa y solo se fijaba su valor pecuniario cuando esta no podía ser practicada por el deudor desde antes de la condena. No debe extrañar una situación como la planteada si se repara que, en este período, el uso de la moneda y su circulación aún eran extrañas y poco habituales en las transacciones comerciales y civiles³².

De acuerdo con el contenido de lo que se debía, el juez determinaba el tipo de ejecución. De esta forma, si se trataba de la retención u obtención de la especie litigiosa, el actor estaba legitimado para tomar posesión de la cosa mediante un acto de defensa privada. Pero si se refería a un crédito pecuniario, el demandado insolvente era sometido a las medidas personales propias del régimen de la *legis actio per manus iniectionem*, única fórmula de ejecución ordinaria que contemplaban las XII Tablas. El deudor podía ser encarcelado y forzado a trabajar para cubrir la deuda o bien, ser vendido como esclavo fuera de la ciudad o se le podía dar muerte sin sepultura³³. Ahora bien, la exclusiva manera de extinguir la obligación era mediante el cumplimiento de determinados actos revestidos de múltiples formas que daban por terminado un litigio. Por tanto, dichos ritos debían

KUNKEL, Wolfgang, *Derecho romano privado* (reimp., trad. cast. Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Lábor, 1965): 236; KASER, Max, *Derecho romano privado*² (trad. cast. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1982): 352.

32 Su circulación en forma generalizada comenzó recién en la segunda mitad del siglo IV, es decir, más de cien años después de la entrada en vigencia de las XII Tablas. JÖRS, KUNKEL, cit. (n. 31): 277; VISKY, Károly, *Quelques remarques sur la thèse ipsam rem condemnare et ses rapports économiques*, dans *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3, XIX (Bruxelles, 1972): 470.

33 Voci, Pasquale, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XV (Milano, Giuffrè, 1958): 422-423; CANNATA, Carlo Augusto, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Scritti scelti di diritto romano. A cura di Letizia Vacca I* (Torino, G. Giappichelli editore, 2011): 373-384; EL MISMO, "Tertiis nudinis partis secanto", in *idem*: 391-400; WINKEL, Laurens, *Specific performance in Roman Law*, in HALLEBEEK, Jan, DONDORP, Harry, *The Right to Specific Performance. The Historical Development* (Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia Metro, 2010): 910; WÉRY, Patrick, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil* (Bruxelles, Kluwer Éditions Juridiques Belgique, 1993): 30-34; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano I* (Santiago, Editorial Jurídica, 2001): 251.

practicarse por las partes, ya sea que el demandado hubiese sido forzado a entregar la especie o su avaluación, o si debía soportar una sanción personal³⁴.

La excesiva solemnidad del procedimiento de las *legis actiones* y el rigor –muchas veces corporal– que recaía sobre el deudor, dieron paso al procedimiento formulario, característico de las Épocas Preclásica y Clásica, en el que no es posible encontrar un principio general de cumplimiento en naturaleza. De esta manera, a fines del siglo II a. C. el nuevo procedimiento *agere per formulas*, vino a sustituir definitivamente a las acciones de la ley del Período Arcaico, adoptando una solución similar a aquella que impera en el derecho inglés contemporáneo, pues el asunto del litigio se resolvía mediante la implacable dualidad de condenar o absolver³⁵.

Este procedimiento era introducido por un mandato formulario, solemne y escrito, que dirigía el pretor al juez y que le instruía a condenar o absolver, dependiendo si la hipótesis contenida en él lograba o no ser acreditada. Si aquella parte de la fórmula consistente en la *intentio* envolvía una solicitud de *condemnatio* y esta podía probarse, el deudor quedaba sujeto a una *condemnatio pecuniaria*, que siempre se refería a una cantidad

34 LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2010): 23-24; JÖRS, KUNKEL, cit. (n. 31): 277; VISKY, cit. (n. 32): 470-471 y 489. Debe tomarse en consideración que, en un primer estadio del derecho romano, la obligación importaba un vínculo personal entre el acreedor y el deudor y la *solutio* era la única forma de disolverlo para liberar a la persona. La evolución en esta materia depende del cambio en la noción del vínculo obligatorio, que pasa de representar una sujeción material a una más amplia y exclusivamente jurídica. De este modo, recién en la Época Clásica la *solutio* vino a simbolizar la desvinculación de la relación obligatoria y no ya de la persona. Esto mismo permitió que se eliminaran las formalidades que la revestían anteriormente, bastando el cumplimiento material para todo acto, incluyendo los solemnes, con lo que el simple pago extinguía el crédito. Así también se produce el paso desde una *solutio* o extinción liberatoria a una satisfactoria, pues el acento recae en la figura del acreedor y en su satisfacción crediticia. BRASIELLO, Ugo, *Obbligazione (Diritto Romano)*, in AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano XI* (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957): 565-567; CANNATA, Carlo Augusto, *Le definizioni romane dell'obligatio. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Scritti scelti di diritto romano. A cura di Letizia Vacca I* (Torino, G. Giappichelli editore, 2011): 319-344; SARGENTI, Manlio, *Pagamento (Diritto Romano)*, in *Enciclopedia del Diritto XXXI* (Milano, Giuffrè, 1981): 532-540.

35 GAIUS, *Instituta* 4.43; LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 40; WÉRY, cit. (n. 33): 34.

determinada o indeterminada de dinero, incluso si se trataba de acciones sobre cosas y el deudor las tenía en su poder³⁶.

En este contexto, el único camino para obtener lo contratado en naturaleza era la incorporación a la *intentio* de una cláusula arbitraria, que facultaba al juez a absolver al demandado si este restituía o exhibía la cosa al actor. Pese a que a través de ella el acreedor podía obtener el objeto mismo acordado, lo cierto es que la cláusula arbitraria en realidad constituía una medida que operaba por intimidación. La condena pecuniaria implicaba una valuación de lo debido, muchas veces discrecional por parte del acreedor o del juez, que podía exceder el monto efectivamente adeudado. Por ello, esta solicitud de condena permitía adjuntarse a la cláusula, en caso de que el demandado no ejecutase lo requerido judicialmente. Y en este sentido, es que para evitar una sanción monetaria que resultara de una valoración excesiva del bien, el deudor prefería llevar a cabo lo solicitado, entregando la especie debida. Es necesario hacer hincapié en que esta medida era utilizada para la entrega de cosas. Lo contrario sucedía si las obligaciones involucraban prestaciones de hacer o no hacer, pues en ellas la sentencia siempre se traduciría en una decisión sobre metálico; el deudor condenado por una orden del juez solo puede ser forzado al pago de una suma adecuada³⁷.

Introducido por la *Lex Aebutia*, el procedimiento formulario transforma el objeto de las acciones, ya que contiene un principio de condena pecuniaria que fue constatado por Gayo y que también puede encontrarse en textos

36 GUZMÁN BRITO, cit. (n. 33): 127-134; 141-142, 145; JÖRS, KUNKEL, cit. (n. 31): 522; KASER, cit. (n. 31): 162 y 362; ZIMMERMANN, cit. (n. 2): 173; EL MISMO, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (New York, Oxford Clarendon Press, 1996): 770-772, 825; ÁLVAREZ SUÁREZ, URSICINO, *Curso de derecho romano I* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955): 332; EL MISMO, *Instituciones de derecho romano: derecho procesal civil II* (Madrid, UNED, 1973): 77 y 100; VISKY, cit. (n. 32): 469 y ss.

37 KASER, cit. (n. 31): 522-523; ÁLVAREZ, *Curso*, cit. (n. 36): 338-339 y 411-412; EL MISMO, *Instituciones*, cit. (n. 36): 77-78, 100; VISKY, cit. (n. 32): 473-475; JÖRS, KUNKEL, cit. (n. 31): 523; GORLA, *Intérêts et problèmes*, cit. (n. 1): 17. Algunos autores reconocen otro medio para escapar de la condena en dinero, aunque propiamente no se trata de una ejecución judicial y forzada; en las acciones de buena fe, el demandado podía ser absuelto, en cualquier momento del juicio, si cumplía espontáneamente y en naturaleza con su obligación. Respecto de la procedencia de este recurso en las acciones de derecho estricto, existe una controversia no resuelta. WÉRY, cit. (n. 33): 37-38.

de Celso y de Marciano³⁸. Pese a ello y como bien se apunta³⁹, el origen y la finalidad de este principio no es del todo claro y existen diversas explicaciones que intentan dar respuesta a estas interrogantes. Primeramente, se ha señalado que los ciudadanos romanos gozaban de plenas libertades y no podían ser compelidos a realizar prestaciones contra su voluntad; sus privilegios y prerrogativas no podían quedar sujetos al cumplimiento de sus obligaciones⁴⁰.

Asimismo, la sanción monetaria representó la transición desde una comunidad que solo castigaba las injusticias y que fusionaba todo el sistema jurídico en acciones penales, a otra en que la sociedad misma interviene para evitar el desorden colectivo. Esta intercesión simbolizó un proceso compositivo que evitaba las venganzas privadas y guerras de familia o entre colectividades, que fueron las fuentes originales de la condena. Dado que la ejecución prevista en las XII Tablas se consideró un medio extremadamente riguroso para una sociedad a la que se le encargó la paz común, es que esta, en un afán de no dañar al impartir justicia, decide cambiar el rigor de la ejecución personal por una condena en dinero⁴¹.

Como fuere, lo claro es que en esta época no existía más cumplimiento específico que el voluntario y el contrato solo comprometía al pago de una suma de dinero para el caso de infracciones al mismo⁴². En concordancia con este tipo de condena, el procedimiento formulario contemplaba dos vías de ejecución. Por una parte, la personal, considerablemente atenua-

38 GAIUS, *Instituta* 4.47, 4.48, 4.49; CELSO, *Digesto* 42, 1, 13, 1; MARCIANO, *Digesto*, pr., 12, 3, 5. WINKEL, cit. (n. 33): 10-13; VISKY, cit. (n. 32): 472; MASSIN, Ernest, *Du caractère pécuniaire des condamnations. Droit Romain. Droit civil* (Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs-Libraire de la Cour d'Appel et de l'ordre des avocats, 1893): 113.

39 ÁLVAREZ, *Curso*, cit. (n. 36): 332 y PÉREZ RAGONE, Álvaro, ¿"Nemo praecisi coegit ad factum"? Reinterpretación desde la tutela ejecutiva efectiva de las obligaciones no dinerarias, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII* (Valparaíso, 2014): 362-363.

40 LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 40-41; WINKEL, cit. (n. 33): 10.

41 KASER, cit. (n. 31): 162; JÖRS, KUNKEL, cit. (n. 31): 522; MASSIN, cit. (n. 38): 12-18.

42 Por cuanto toda sentencia tendría un contenido pecuniario, es que se eliminan las diferencias de condena entre las acciones *in rem* y aquellas *in personam*. VOCI, cit. (n. 33): 424; LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 41-42. También WÉRY, cit. (n. 33): 34-35. El autor reconoce la existencia de este principio, pero también la de ciertos temperamentos, aun cuando ellos no corresponden propiamente a la ejecución.

da por la *Lex Poetelia Papiria* del año 326 a. C., que conserva la *manus iniectio*, pero solo en tanto somete al deudor insolvente a realizar trabajos a cuenta del débito (*actio iudicati*). Y por otra, en caso de que se trate de un demandado que tiene bienes, se hace procedente la *bonorum venditio* —siempre antecedida por la institución pretoria de la *missio in possessionem*⁴³— que consiste en la infamante expropiación y venta en bloque de todo su patrimonio en pública subasta⁴⁴.

Si bien el principio rector eran las condenas en dinero, es cierto que el Régimen Clásico tuvo noticias de la *cognitio extraordinem*. Esta variante de la ejecución se presentaba en materias muy excepcionales, en que el magistrado sopesaba la mayor conveniencia de condenar *ad ipsa rem* y de vigilar esta ejecución. Dado que podía utilizar en ello todos los medios necesarios, incluyendo la *manu militari*, es decir, la fuerza pública para consignar la cosa al actor es que, más bien, ejercía un rol de policía y no de justicia⁴⁵.

La evolución continúa y posteriormente en el Imperio, se produce una favorable tendencia hacia las condenas *in natura*, gracias a la generalización del procedimiento de la *cognitio*. Sus reglas, más flexibles y en principio excepcionales, permitían al oficial judicial buscar soluciones equitativas con un margen de discrecionalidad, determinando otro tipo de prestaciones que no fuese únicamente el pago de una suma de dinero⁴⁶.

Este procedimiento no solo se ve difundido, sino también levemente modificado. Sigue comenzando por la *missio in bona*, pero ahora seguirá con la *bonorum distractio*, al abolirse la *bonorum venditio*. La *bonorum distractio* comporta un resguardo con una doble ventaja: evita la infamia del deudor y, además, excluye la venta compulsiva de todo el patrimo-

43 Quien se encontraba legitimado, podía solicitar esta institución a la autoridad judicial, cuya finalidad es conservativa y permitía designar un detentor que custodiara los bienes del sujeto pasivo, quien no pierde la posesión, pero sí su disposición. Voci, cit. (n. 33): 425.

44 Voci, cit. (n. 33): 423-425; Wéry, cit. (n. 33): 37-38; SOZA RIED, María de los Ángeles, *El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XX* (Valparaíso, 1998): 13-34.

45 Voci, cit. (n. 33): 429; Wéry, cit. (n. 33): 38-39; MASSIN, cit. (n. 38): 203.

46 ZIMMERMANN, cit. (n. 36): 771-772.

nio, El magistrado nombraba un curador que tenía la facultad de vender las cosas debidas singularmente y que finalizaba cuando se satisfacía el crédito con lo recaudado. Pero esta condena pecuniaria era excepcional y operaba solo cuando aquella en naturaleza no hubiese sido posible, si el objeto demandando era algo distinto del dinero. Con este régimen, era el magistrado quien se ocupaba de que el acreedor fuese puesto en posesión de la cosa a través de medios de presión, o en caso necesario, por la fuerza (*manu militari*)⁴⁷.

Aunque se ha señalado que en una Constitución del año 530 Justiniano alude a este cambio de la Época del Imperio, tomando posición por la ejecución *in natura*, el motivo que probablemente determinó el abandono del procedimiento formulario y las condenas pecuniarias responde a un fenómeno social y económico, pero no precisamente jurídico. Las sucesivas guerras fueron soportadas de manera estable por Roma durante los dos primeros siglos del Imperio. Pero su prolongación terminó por deprecia la moneda, ya que una medida para cubrir el déficit financiero fue reducir el metal noble de la composición del circulante, con lo que el valor del dinero decreció objetivamente. Así también, se redujo la mano de obra y se desestabilizó el comercio, provocando la disminución de la cantidad de bienes de intercambio que podían adquirirse en el mercado. Por estos motivos y para evitar las injusticias a que llevaría la dificultad o imposibilidad de comprar alternativamente aquello que era debido, es que comenzó a preferirse la condena específica⁴⁸.

Pese a que en la época de Justiniano se intentó revivir el derecho clásico, este segmento nunca fue restituido, por cuanto las dificultades

47 SOZA RIED, cit. (n. 44); Voci, cit. (n. 33): 430; VISKY, cit. (n. 32): 475-477 y 491-492; GUZMÁN BRITO, cit. (n. 33): 252-253.

48 VISKY, cit. (n. 32): 488-492; LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 41-42; KASER, cit. (n. 31): 162-163; ZIMMERMANN, cit. (n. 36): 771-772. La restricción del mercado determina la extrema dificultad o incluso, imposibilidad para adquirir bienes que sustituyan al originalmente debido. Lo anterior, se asemeja a la primera regla del *adequacy test*, enunciado previamente, en que se aceptará la ejecución específica en los sistemas angloamericanos, si el objeto del contrato es único o la indemnización no satisface al acreedor. KNÜTEL, Rolf, *Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni*, in *Roma e America. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e America Latina*, 1, XXVII (Roma, 2009): 29. En este mismo sentido, véase notas 21 y 22.

económicas y el retroceso a la economía natural no desaparecieron. Un retorno a la *condemnatio pecuniaria* era inviable, lo que provocó que el procedimiento formulario cayera definitivamente en desuso a fines del siglo III⁴⁹.

No obstante, y aun cuando el propio Justiniano pudo haber explicitado su preferencia por el cumplimiento en naturaleza, es difícil considerar que se tratara de un principio jurídico asentado o que se hubiese erigido un genuino derecho a la ejecución específica⁵⁰. Efectivamente, no hay suficientes antecedentes para evidenciar de manera irrefutable, que Justiniano haya despreciado las sentencias que ordenaban las condenas en dinero o haya reprochado la actividad de los jueces imperiales en este sentido⁵¹. Solo es posible verificar, con algún grado de consenso, que en la Época Postclásica el derecho justiniano aún mantenía las condenas pecuniarias; de ser posible cumplir con las reglas *ad ipsa rem* o *manu militari* en las obligaciones reales, la ejecución se llevaría a cabo en especie. Pero siempre existirá el recurso a una suma de dinero, cuando esta realización no sea posible y en todo caso, para las obligaciones personales que involucren prestaciones de hacer o de no hacer⁵².

B) La ejecución en el derecho común: hacia el respeto por la libertad personal del deudor

De lo anotado en las líneas anteriores, es posible verificar que las condenas en especie solo pasan a aplicarse con generalidad luego del régimen de Diocleciano, ya en el ocaso de la prosperidad del derecho romano⁵³. El paso desde la ejecución personal a la pecuniaria y finalmente, a aquella *in natura*, marca la tendencia que prevalecerá en la filosofía de la tradición continental y que luego se verá reforzada por las influencias del derecho

49 VISKY, cit. (n. 32): 492-494; WINKEL, cit. (n. 33): 16-17.

50 LAITHIER, Étude comparative, cit. (n. 10): 42.

51 WINKEL, cit. (n. 33): 14.

52 En general la regla indicaba que, si la realización era posible, debía accederse a ello pero siempre que se tratara de obligaciones de dar. En caso de que la prestación fuere de hacer o de actividad, se vuelve a la entrega de una suma de dinero que compense al acreedor por el incumplimiento. WINKEL, cit. (n. 33): 13-16; WÉRY, cit. (n. 33): 39-44; ZIMMERMANN, cit. (n. 34): 772-773.

53 MASSIN, cit. (n. 38): 255.

canónico y del derecho natural: las promesas crean expectativas que deben ser cumplidas y su realización es vital para la estabilidad del interés social depositado en las transacciones⁵⁴. No obstante, si en esta consigna radica la principal fortaleza que anuncia el sistema, también en ella se vaticina su fragilidad. En efecto, mientras se propugna como fundamento la total eficacia de las promesas y acuerdos, su ejecución no siempre será real ni efectiva, por cuanto nunca podrá practicarse la coerción directa sobre el deudor recalcitrante⁵⁵. En este sentido, el avance hacia un derecho al cumplimiento respetuoso de la libertad de la persona no experimentará retrocesos, aunque ello signifique atemperar una de las características propias de la familia del *civil law*.

Dicha evolución llega hasta la actualidad y en parte, fue perpetuada durante la etapa del derecho común europeo, pero con ciertos matices que conviene tener en consideración. Observar el tratamiento que recibió el cumplimiento específico en este período resultará útil para determinar si la primacía que se le atribuye siempre fue tal y si, por ende, se trata de un modelo categórico heredado a los códigos decimonónicos.

Como bien es sabido, el estudio del derecho común en Europa durante la Edad Media se centró en el propio derecho romano y más específicamente, en el *Corpus Iuris Civilis* como normativa vigente. Aunque también forman parte del *ius commune* continental el derecho canónico y algunas

54 Si bien su influencia no fue exclusiva, el derecho canónico permeó en varias instituciones de derecho civil. Además del derecho matrimonial y testamentario, también tuvo injerencia en la doctrina de la causa, en la modificación del derecho de propiedad y en la generalización de los principios *pacta sunt servanda* y del consensualismo en el ámbito contractual. COING, Helmut, *Derecho privado europeo I* (trad. cast. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996): 65; RASI, Piero, *Esecuzione forzata (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del diritto*, XV (Milano, Giuffrè, 1958): 431-434; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Las obligaciones: teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica, 2003): 36-38; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones I* (Santiago, Editorial Jurídica, 2010): 30, 83-84; POUND, cit. (n. 28): 135. En parte, ello se debió a la circunstancia de que, a la época, no existía un texto papal o conciliar que hubiese fijado este derecho, lo que dio flexibilidad a los canonistas para realizar una actividad jurídica más creativa e innovadora. BARRIENTOS GRANDON, Javier, *Introducción a la historia del derecho chileno. Derechos propios y derecho común en Castilla* (Santiago, Barroco Libreros, 1994): 157-158.

55 POUND, cit. (n. 28): 133-135.

instituciones jurídicas medievales, será el derecho justiniano el que perdurará como el principal cuerpo de leyes con aplicación supletoria⁵⁶. En este sentido, el papel que cumplieron los juristas fue muy distinto a la actividad que posteriormente fue encomendada a los reformadores y legisladores del siglo XIX; el jurista medieval solo se remitía a dar cuenta del derecho vigente, cuya autoridad máxima recaía en el *Corpus Iuris* y en ciertas normas locales que, de cualquier forma, eran interpretadas restrictivamente⁵⁷. En este panorama, el derecho romano mantenía su rol primordial dentro del sistema de fuentes, elevándose, en último término, como la estructura de todos los ordenamientos jurídicos europeos continentales⁵⁸.

Su redescubrimiento se remonta a la Italia del siglo XI, cuando Irnerio comienza en Bolonia el estudio y fijación de las compilaciones justinianas del siglo VI⁵⁹. Gracias a su obra, no solo se inicia la Escuela de los Glosadores, sino que también la enseñanza jurídica universitaria, cuya sede principal se radicó en la misma ciudad.

Además de los géneros literarios aportados por los glosadores a la hora de estudiar el *Corpus Iuris Civilis* —la *glossa* y la *summa*— destaca también en ellos la utilización de un método muy cercano al de la Primera Escolás-

56 AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *Dos etapas en la evolución histórica del derecho civil*, en *Estudios jurídicos II* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009): 140-150. Como bien se ha señalado, el *ius commune* es el resultado de una amalgama entre el derecho romano, derecho canónico y derecho feudal. LAITIER, Étude comparative, cit. (n. 10): 42. La presencia de elementos aportados por la realidad germánica, le dio también la denominación de un derecho romano modernizado. FEENSTRA, Robert, *Grocio y el derecho privado europeo*, en *Anuario de historia del derecho español XLV* (trad. cast. Ana María Barrero, Madrid, 1975): 606.

57 COING, cit. (n. 54): 62-64. Las normas y costumbres particulares generaron un localismo jurídico que, al no tener pretensiones totalitarias, nunca se convirtió en antagonista del derecho común, sino más bien, parte integrante y complementaria de este. GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval* (trad. cast. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996): 221-232.

58 ASTUTI, Guido, *Obbligazioni*, en *Enciclopedia del diritto XXIX* (Milano, Giuffrè, 1958): 116; SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *Breve historia del estudio del derecho* (Santiago, Biblioteca Juan de Solórzano y Pereyra, 2001): 26.

59 Se trata de los *Digesta*, el *Codex Iustiniani*, las *Iustiniani Institutiones* y las *Novellae Iustiniani*. Este conglomerado de libros justinianos recibe el nombre de *Corpus Iuris* en el siglo XII. GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Mos italicus" y "mos gallicus", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 2* (Valparaíso, 1978): 13-15.

tica, que se basa principalmente en la autoridad y en la razón⁶⁰. Pero este mismo método de estudio acrecentó la complejidad natural de los cuerpos jurídicos y gestó la crisis de la escuela. La multiplicidad de indicaciones incorporadas en cada texto, hicieron que la investigación, difusión y aplicación de la ley fuesen tareas cada vez más arduas. La edad de los glosadores culminaría con las contribuciones de Azo y de Accursius, este último considerado ahora como la autoridad, gracias a la reorganización —en un texto sistematizado— de los trabajos previos y también a su interpretación de la compilación justiniana, que plasmó en su *Glossa Ordinaria* o *Magna Glossa*, a fines del siglo XII⁶¹.

La importancia de la opinión de los juristas fue aún más radical a partir de la segunda mitad del siglo XIII, con la Escuela de los Comentaristas. En sus estudios, incorporaron la normativa local, municipal y consuetudinaria diseminada en Europa y las revistieron de las categorías romanas. De esta forma es que el *ius commune* comienza a formarse como un derecho culto, desarrollado científicamente en torno al derecho romano como norma material y a la *iurisprudencia*, madurada en las universidades y que, en tanto discusión científica, permitió su difusión en la Europa latina. Efectivamente, la existencia de una formación jurídica universal fue la piedra angular para su consolidación al alero de la jurisprudencia. Los criterios coincidentes de los grandes juristas pasaban ahora a tener fuerza vinculante y contaban con validación en juicio como doctrina directamente aplicable⁶². De la *communis opinio doctorum* formaron parte las enseñanzas de Bartolo de Sassoferrato y su discípulo, Baldo de Ubaldo, quienes aplicaron ideas de la filosofía moral y de la lógica aristotélica en la lectura e interpretación

60 GUZMÁN BRITO, cit. (n. 59): 17-19; AMORÓS, cit. (n. 56): 136-138; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la historia de la filosofía III* (sexta reimp., trad. cast. Wenceslao Roces, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1995): 104-110. La glosa fue, por excelencia, la forma de literatura escolástica. Originalmente, se trataba de un parafraseo explicando o aclarando un elemento único y textual. Pero, con el tiempo, estos se desarrollaron formalmente como un verdadero comentario analítico. THIER, Andreas, *Scholastic jurisprudence*, in BASEDOW, Jürgen, HOPT, Klaus J., ZIMMERMANN, Reinhard, STIER, Andreas (eds.) *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law II* (London, Oxford University Press, 2012): 1.531.

61 GUZMÁN BRITO, cit. (n. 59): 20-22; GORDLEY, cit. (n. 13): 33-39.

62 La unidad idiomática que dio el uso uniforme del latín contribuyó también a la consolidación de un verdadero derecho común en Europa. COING, cit. (n. 54): 66-68; GUZMÁN BRITO, cit. (n. 59): 23-27; MERRYMAN, cit. (n. 2): 8-10; 56-60, AMORÓS, cit. (n. 60): 142-150.

cruzada de los textos romanos, incorporando también las pautas que aportaba el derecho canónico⁶³.

Bartolo fue considerado el jurista más importante del *ius commune* y una verdadera autoridad tanto en la academia como en la jurisprudencia. De hecho, la *interpretatio Bartoli* de los textos legales vigentes llegó a tener carácter normativo⁶⁴ y por esta razón resulta relevante conocer su opinión sobre el cumplimiento específico. Para este autor, la negación absoluta del remedio, como lo hacía el derecho romano clásico, carecía ya de fundamentos. No obstante, propuso una solución intermedia, que distinguía entre las obligaciones de dar, ciertamente aptas para ser cumplidas en sus propios términos y las de hacer, respecto de las cuales indicaba que nunca podrían llegar a exigirse judicialmente⁶⁵ *in natura*, debiendo satisfacerse con el pago de una suma de dinero representativa del interés del acreedor⁶⁶.

63 BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 166-170, 174-176, lo que también se replicó en los estudios y aplicación judicial del derecho en Indias, EL MISMO, *La historia del derecho privado indiano (a propósito de la versión castellana del Derecho Privado Europeo de Helmut Coing)*, en *Revista de Historia del Derecho Privado* (Santiago, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 1998), I, pp. 260, 261, 270; GORDLEY, cit. (n. 13): 38-40. Es más, en el sistema de fuentes del derecho común la *communis opinio doctorum* era considerada la segunda más importante, luego del *Corpus Iuris*; su relevancia era tal, que se le situaba por sobre la jurisprudencia. COING, cit. (n. 54): 111.

64 GROSSI, cit. (n. 57): 225-226; LÓPEZ SANTA MARÍA, cit. (n. 34): 38-39. Su importancia no solo trascendió en el ámbito jurídico privado, sino que también en el público. Su cercanía con la Primera Escolástica y el redescubrimiento y revisión de los trabajos de Aristóteles y Tomás de Aquino influyeron en la idea de libertad, tanto en la sociedad civil como en el movimiento político. SKINNER, Quentin, *Scholasticism and liberty*, in *The foundations of modern political thought. Volume one: the renaissance I* (New York, Cambridge University Press, 1979): 49-62.

65 Cabe destacar que fue el mismo Bartolo quien recalcó el carácter judicial de la ejecución, para terminar con cualquier resabio de venganza privada. Señalaba la necesidad de contar con una sentencia declarativa y de condena, cuyo cumplimiento efectivo únicamente podía ser concluido por el órgano ejecutor competente. RASI, cit. (n. 54): 434; DAWSON, John P., *Specific Performance in France and Germany*, in *Michigan Law Review*, 4, LVII (Michigan, 1959): 505-506.

66 Se ha indicado que la división bartolista tendría un fundamento de orden práctico, toda vez que las obligaciones de dar involucran una riqueza preexistente que solo debe ser transferida; por ello, serían susceptibles de ser ejecutadas con mayor facilidad en especie, incluso, recurriendo a la *manu militari*. En cambio, en las obligaciones de

El planteamiento de Bartolo renovó lo dispuesto por el derecho romano clásico y la aplicación que en su momento hicieron de este los glosadores, quienes sistemáticamente habían aceptado que el deudor quedaba liberado si pagaba una indemnización. Aun cuando la preocupación por el cumplimiento específico como una alternativa frente a la inobservancia de las promesas surge recién a partir de los últimos glosadores y primeros comentaristas, en ningún caso, se le pretendió elevar al nivel de un principio establecido o de un derecho inherente al acreedor insatisfecho. Más bien, el interés se dirigía a dilucidar en qué situaciones era posible reconocer a la realización *in natura* como único medio de liberación para el deudor; y la respuesta hasta el siglo XVI provino del mismo Bartolo, quien profundizó la *summa divisio* inicialmente planteada, con el fin de aportar un nuevo régimen⁶⁷.

El sistema propuesto, a partir de una novedosa interpretación del *Corpus Iuris Civilis*, distingue soluciones de acuerdo con el tipo de obligación involucrada. Tanto las obligaciones de *dare*, que implican la transferencia de la propiedad, como las *restituendi*, pueden ser exigidas como tales y la condena recaerá sobre el objeto mismo, mientras este exista. En ambos casos, el cumplimiento podrá ser incentivado a través de medidas compulsivas o bien, definitivamente ejecutado, con el uso de la fuerza si fuese necesario⁶⁸. Pero, si se trata de bienes corruptibles o de hipótesis en que la entrega genera grandes dificultades al deudor, la condena solo atenderá al valor del interés insatisfecho del acreedor⁶⁹.

Por su parte, las obligaciones de *tradere*, destinadas a conferir la tenencia de un bien, en general no pueden ser exigidas específicamente; el cumplimiento, en estos casos, no se considera un remedio aplicable, ni menos un derecho del acreedor. Pese a ello, debe puntualizarse que sí existió

hacer importa la eventual creación de una riqueza, lo que no podría ser realizado por la fuerza. MASSIN, cit. (n. 38): 257-258. Empero, la falta de unanimidad doctrinal ha generado críticas en torno a este argumento. WÉRY, cit. (n. 33): 48-49.

67 LAITHIER, Étude comparative, cit. (n. 10): 42-43; WÉRY, cit. (n. 33): 46-48; ZIMMERMANN, cit. (n. 36): 773-774; PÉREZ RAGONE, cit. (n. 39): 363.

68 WÉRY, cit. (n. 33): 50; GORDLEY, cit. (n. 13): 77.

69 DONDORP, Harry, *Precise cogi: enforcing specific performance in medieval legal scholarship*, in HALLEBEEK, Jan, DONDORP, Harry, *The Right to Specific Performance. The Historical Development* (Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia Metro, 2010): 26-29; MASSIN, cit. (n. 38): 259.

un tratamiento particular en el marco de la compraventa. Dado que este contrato no obliga a transferir la propiedad, sino solo a dejar al acreedor en posición de prescribir, es que Bartolo tuvo que precisar que, si el vendedor tiene la cosa y es dueño, el cumplimiento de su obligación de entrega constituirá simultáneamente, el de una obligación de dare, por lo que podría ser reclamada en naturaleza. Y lo mismo sucederá si el vendedor no es dueño, ya que también se transferirá la propiedad, aunque esta vez más adelante, gracias a la prescripción⁷⁰.

Bartolo, tal como hicieran los glosadores, compartió la idea de que la simple entrega –*tradere*– forma parte de las prestaciones de hacer y este rasgo es precisamente el que le impedía aceptar que, en general, su cumplimiento fuese instado por la fuerza. En efecto, salvo que se tratara de obligaciones dispuestas por ley, por el testamento u otras derivadas de un derecho real, a cualquier deudor de *facere* siempre se le permitía pagar una suma dineraria equivalente al interés del acreedor para liberarse⁷¹. En este sentido, se entendió que las partes no podían, convencionalmente, obligarse *præcise*, es decir, imponiéndose como única forma de cumplimiento la ejecución precisa de lo pactado, sino que la ley añade a la obligación de hacer, una de pagar daños en caso de contravenirse la primera. El fundamento de esta posición radica no solo en la virtual intromisión en la persona del deudor y en el detrimento de su libertad, sino que también en los propios fines del contrato, pues un acreedor no podría obtener más de aquello que represente su interés: todo deudor será libre para realizar o no la actividad comprometida, si compensa –con el pago de los daños ocasionados– el interés del acreedor en la consumación de la promesa⁷².

70 Una opinión más restringida fue la manifestada por el propio discípulo de Bartolo, Baldo de Ubaldi, quien redujo la posibilidad de pedir el cumplimiento solo al caso del vendedor que es dueño. Si este no es propietario, se presentará una simple obligación de tradere cuyo cumplimiento no puede ser forzado, puesto que no a todo vendedor se le puede reclamar la entrega y, por ende, dejar al adquirente en posición de prescribir. Para ilustrar esta situación, pone como ejemplo el caso de un vendedor que, al mismo tiempo, esté siendo demandado por su comprador y por el verdadero dueño del objeto debido. DONDORP, cit. (n. 69): 32-41. Una interpretación de la doctrina de Bartolo, que se acerca más bien a lo planteado por Baldo, en WÉRY, cit. (n. 33): 50.

71 BORRÈ, Giuseppe, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare* (Napoli, Casa Editrice Jovene, 1966): 13-15; WÉRY, cit. (n. 33): 50-51; MASSIN, cit. (n. 38): 259.

72 PÉREZ RAGONE, cit. (n. 39): 363-364; DONDORP, cit. (n. 69): 50-53. Cabe destacar que la visión de Bartolo fue precedida de un intenso debate, ya entre los glosadores, en que

Esta idea posteriormente fue expuesta con mayor rigurosidad por Antoine Favre, quien en 1601 acuñó en Francia el adagio *nemo potest præcise cogi ad factum*, para declarar que nadie puede ser constreñido a realizar algo y –ya sea que se trate de dar o de hacer– nunca será posible demandar nada que no sea una indemnización. Usualmente se ha señalado que este estaba referido solo a las obligaciones de hacer; no obstante, la prohibición de Favre también se extendió a las obligaciones de dar, tanto por su incondicional respeto por las libertades, como por su tenaz apego al derecho romano clásico⁷³. En este sentido, su doctrina comprendía dentro de las obligaciones de hacer, a aquellas de dar, por cuanto estas últimas requerían para ser consumadas, la verificación de ciertos actos solemnes que debían ser practicados por el deudor. Las razones esgrimidas por el jurista para sustentar su posición entrelazaban el orden moral y el práctico: la imposibilidad material para obligar al deudor reticente a cumplir y el inevitable empleo de la fuerza o la intimidación, eran vistos como un vestigio de una esclavitud anacrónica, que ya había sido abolida en Roma⁷⁴. Este mismo motivo le hizo abogar por la indemnización de daños como solución frente al incumplimiento, a la que consideró una medida que presenta mayores ventajas –como la simpleza, rapidez y tempestividad– en comparación con un procedimiento ejercido por la fuerza, siempre más severo y engorroso⁷⁵.

se citaban textos del *Corpus Iuris* para justificar posturas más o menos cercanas a las posibles demandas de cumplimiento específico en obligaciones de hacer. En este punto véase también a DONDORP, cit. (n. 69): 45-50.

73 LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 43; MASSIN, cit. (n. 38): 259. Este adagio representa la recepción de la condena pecuniaria como principio básico del derecho romano. WINKEL, cit. (n. 33): 17.

74 En este sentido, DONDORP, cit. (n. 69): 21-22. Para Favre, nunca podría forzarse el cumplimiento de una obligación sin violencia ni opresión. Así, CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Les biens. Les obligations II* (Paris, Quadrige-PUF, 2004): 2.544.

75 WÉRY, cit. (n. 33): 52-56. El rigor de Favre fue temperado en el siglo XVII por el holandés Arnold Vinnius, quien propuso distinguir, dentro de las obligaciones de hacer, aquellas que constituyen hechos nudos y simples –imposibles de ser cumplidos sin usar la fuerza o intimidación contra un deudor reticente– y los hechos que son parte de la prestación de una cosa. Estos últimos, recaerían sobre un bien y para el autor, su ejecución puede ser concretada omitiendo o supliendo la voluntad del deudor. Se trata de casos que no presentan mayores complicaciones en su cumplimiento, ya que únicamente envuelven el desplazamiento de una riqueza preexistente. Con ello se arriba al mismo fundamento propuesto por Bartolo para las obligaciones de *dare* (vid. n. 66), con la salvedad de que Vinnius no ve impedimento alguno en extenderlo a las

En suma, el decaimiento de Roma como unidad política no supuso la extinción de su derecho. Muy por el contrario, este sobrevivió y logró coexistir junto con los nacientes derechos feudales y la ley canónica. La gran obra de los glosadores y comentaristas no solamente significó la pervivencia del *Corpus Iuris Civilis*, sino que lo transformó en un derecho culto, estudiado y complementado con parámetros filosóficos y racionales. Y de esta manera, a través de las opiniones de sus máximos representantes—consideradas incluso como fuentes directas—es que se heredó un capítulo considerable del derecho continental contemporáneo. Merecido examen reciben entonces las obras de Accursius, Baldo y por supuesto, Bartolo de Sassoferrato, quien dedicó parte de su obra a estudiar el cumplimiento específico de las promesas.

Como se señaló, Bartolo comentó las compilaciones justinianeas y recibió las discusiones de los últimos glosadores, quienes pretendían definir los casos en que un deudor no podría liberarse de sus compromisos pagando una indemnización; por este motivo, sistematizó su opinión indicando que, en principio, el cumplimiento específico era procedente. Pero, también se ocupó de excluir de dicha declaración a las obligaciones de *tradere* que no derivaran de la compraventa y por cierto, a las obligaciones de *facere*. Ninguna de ellas podría ser forzada y el acreedor estaba obligado a aceptar una compensación en dinero. Posteriormente en Francia, Favre adoptaría esta misma premisa, extendiéndola también a las obligaciones de dar, suprimiendo así la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento *in natura* de las obligaciones.

¿Cuál es la tendencia que siglos más tarde heredaría el Código Civil chileno? A pesar de que hay una coincidencia parcial de criterios, no es posible soslayar las divergencias que separaron el contexto jurídico galo de aquel que acunó Bolonia. Los métodos de estudio y enseñanza del derecho de los glosadores y comentaristas, conocidos como *mos italicus*, terminaron por diferenciarse de la tendencia que, principalmente en Francia, desarrollaron los humanistas durante los siglos XVI y XVII, denominada *mos gallicus*⁷⁶. Dicho movimiento, en términos muy generales, se carac-

de *tradere*, comprendiendo hipótesis que quedaban fuera de la entrega en la compraventa, como la dote, el comodato, la donación o la permuta. WÉRY, cit. (n. 33): 56-60; MASSIN, cit. (n. 38): 260-262; BORRÉ, cit. (n. 71): 15-17.

76 GUZMÁN BRITO, cit. (n. 59): 31.

terizó por centrar la atención en el hombre, divorciándose de los valores y soberanías religiosas; sustituyó la autoridad del *Corpus Iuris* y de su interpretación medieval, por aquella que encontraron en el derecho; y de autores griegos y latinos clásicos. Esta corriente supuso un cambio fundamental en el pensamiento, representando la antesala del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII y luego, del impulso codificador, que clausuraría definitivamente la vigencia del derecho medieval⁷⁷. En tanto, una realidad paralela se vivía en España, donde se enriquecían los pilares que sustentarían la Segunda Escolástica, cuyos principios y normativa influyeron de manera decisiva en el derecho de contratos que, en definitiva, se plasmaría en el Código Civil chileno de 1855.

C) *El derecho común en Castilla y su recepción en el Código Civil chileno: la consolidación del cumplimiento específico como un medio de tutela del acreedor*

La Segunda Escolástica o Escuela española del derecho natural, constituyó un bloque de resistencia frente al movimiento humanista y al protestantismo, logrando conservar la influencia del derecho canónico a través de la búsqueda del orden moral, objetivo que se alzaría como su principio y fundamento. Así, los estudios desarrollados con esplendor en Salamanca lograron una inédita síntesis entre el derecho romano y la filosofía aristotélica y tomista, dando paso a una alianza entre la moral y el derecho, mediada por la virtud de la justicia⁷⁸. Sus fines prácticos transitaban desde

77 DE LOS MOZOS, José Luis, *Iusnaturalismo y Pandectismo en las grandes codificaciones modernas*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid, Universidad Complutense, 1978): 276-288; MERRYMAN, cit. (n. 2): 61-63; BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 303-316; ASTUTI, cit. (n. 58): 126; GUZMÁN BRITO, cit. (n. 59): 27-39 y EL MISMO, cit. (n. 33): 73, 74. Para una panorámica general de la realidad que se desarrollaba paralelamente en la pandectística alemana, puede consultarse PÉREZ RAGONE, cit. (n. 39): 367-370.

78 AMORÓS, cit. (n. 60): 150-152; MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud* (trad. cast. Amelia Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987): 192-193. Por esta razón, se ha señalado que en este período se produjo tanto una "legalización de la moral", como una "moralización del derecho". DEL VECCHIO, Jorge, *La justicia* (trad. cast. Luis Rodríguez-Camuñas y César Sancho, Madrid, Ediciones Góngora, 1925): 21-29. La restauración de las fuentes e ideas del derecho natural, unieron también las tradiciones romanas y griegas. VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris, Montchretien, 1975): 341-355.

la persecución del bien común en la organización del ordenamiento privado civil, hasta la unificación del desorden legislativo en que convivían el propio derecho romano, los fueros regionales y municipales y un texto particularmente importante en la materia: las *Siete Partidas*⁷⁹.

La erudición y dedicación acuciosa en sus estudios del Colegio Español de Bolonia, la utilización del método bartolista y la presencia de las *Siete Partidas*, habrían sido los elementos que distinguieron a la actividad ibérica. El florecimiento de la Segunda Escolástica significó una renovación en la academia, la que trasladó el centro académico universitario de referencia, desde Italia a España⁸⁰.

Los siglos XVI y XVII contaron con la lucidez de los representantes más destacados de la Segunda Escolástica. Mundialmente reconocidas fueron las obras de Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias, Domingo de Soto, Francisco Suárez, Luis de Molina y el holandés, Leonard Lessius. Dichos trabajos trascendieron⁸¹ y se transformaron en un verdadero sistema doctrinal que, en buena parte, se perpetúa en los ordenamientos jurídicos continentales⁸². Precisamente, los actuales conceptos de propie-

dad, contratos, restitución y derechos individuales y libertades no pueden ser entendidos como tales sin el aporte de estos autores, quienes también trabajaron teniendo en vista las recientemente creadas reglas coloniales⁸³.

En efecto, si bien comúnmente se relacionan nociones como el cumplimiento del contrato y la obligatoriedad de las promesas exclusivamente con el cristianismo⁸⁴, una revisión histórica indica que se trata de ideas cuyo contenido más trascendental fue desarrollado durante este período⁸⁵. La Escuela salamantina, siempre hostil frente al protestantismo, revivió el estudio del derecho natural y de Santo Tomás, lo que no fue óbice para tomar cierta distancia de un derecho divino. A pesar de seguir formando parte de sus respectivas órdenes religiosas, los representantes de esta corriente promueven también la laicidad y el racionalismo del derecho, remarcando que se trata de un orden que emana de la naturaleza de las cosas; y será en la inteligencia del hombre y en su voluntad para obligarse, en donde deben buscarse las reglas de aquello que es justo⁸⁶.

de estos autores sigue cumpliendo un rol de innegable relevancia. Si se analizan las doctrinas y los conceptos fundamentales de derecho privado en la actualidad, es posible constatar que constituyen simplificaciones de la síntesis entre el derecho romano y la filosofía moral aristotélica y tomista, que solo ellos pudieron alcanzar. GORDLEY, cit. (n. 13): 3-7, 69-73; VILLEY, cit. (n. 78): 348-350; MERRYMAN, cit. (n. 2): 10. Para un extenso y completo panorama sobre el trabajo político de los principales representantes de esta escuela, véase el estudio de HAMILTON, Bernice, *Political thought in sixteenth-century Spain. A study of the political ideas of Vitoria, De Soto, Suárez and Molina* (London, Oxford University Press, 1963).

83 THIER, cit. (n. 60): 1.532; SALVAT, cit. (n. 58): 30.

84 Una crítica en este sentido en LÓPEZ SANTA MARÍA, cit. (n. 34): 42-45.

85 En realidad, no se cuestiona su influencia, pero el esquema planteado resultaba ser bastante más rudimentario y lejano a lo netamente jurídico. Efectivamente, los canonistas fueron los primeros en generar la ruptura con la *condemnatio pecuniaria* como principio de ejecución de las obligaciones. Entre ellos se postulaba que, al exigírsele el cumplimiento específico, el demandado actuaría de acuerdo con la buena conciencia y honraría su promesa. ZIMMERMANN, cit. (n. 36): 780; PÉREZ RAGONE, cit. (n. 39): 365. Pero la preocupación por el quiebre de una promesa tenía una finalidad distinta entre canonistas y civilistas. Mientras los primeros se preguntaban si esto constituía un pecado, los segundos apuntaban a dilucidar si esa promesa incumplida era o no ejecutable. GORDLEY, cit. (n. 13): 41, especialmente nota 46; POUND, cit. (n. 28): 142.

86 MOLINÆ, Ludovici, *De iustitia commutativa circa bona honoris & fama intem[ue] circa bona spiritualia*, en *De iustitia et iure*, V, tractatus IV, especialmente *disputationes* 1ª a 6ª (Antwerp, Apud Ioannem Keerbergium, 1615): 3-12; Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural*, en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (trad. cast.,

79 Las *Siete Partidas* representaron el mayor hito de recepción del *ius commune* en Castilla, ahora como un derecho culto, forjado en la actividad universitaria y académica, que daría unidad jurídica a todo el territorio español a través de un texto emanado del mismo rey. Sus principales fuentes fueron el *Corpus Iuris Civilis*, las *Decretales* y los *Libri Feudorum*, todas propias del derecho común. Las *Siete Partidas* constituyeron la principal tarea de Alfonso X y su permanente aplicación en la práctica fue posteriormente refrendada en 1348 gracias al *Ordenamiento de Alcalá*, bajo Alfonso XI. BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 223-228; SALVAT, cit. (n. 58): 28-29; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones latinoamericanas*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* II (Santiago, Universidad Diego Portales, 2005): 28-29.

80 FRAGA IRIBARNE, Manuel, *Los seis libros de la justicia y el derecho. Traducción, estudio preliminar y notas*, 1. II (Madrid, Imprenta de José Luis Cosano, 1943): 27-30. De esta manera, la ciencia española queda asentada principalmente en clérigos pertenecientes a las órdenes religiosas de los dominicos, jesuitas y franciscanos. VILLEY, cit. (n. 78): 342; BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 321.

81 De estas doctrinas también puede constatar una recepción en la tradición angloamericana. Principalmente, porque los escolásticos modernos radicaron el perfeccionamiento del contrato en el acuerdo entre las partes; y en el mismo sentido, los autores angloamericanos del siglo XIX definieron el contrato en sí, como un convenio o mutuo consentimiento. GORDLEY, cit. (n. 13): 134-136.

82 DE LA MAZA, Iñigo, *Contra la influencia del Code*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* II (Santiago, Universidad Diego Portales, 2005): 93-95. Así es como hoy en día la obra

En el derecho privado, un expediente medular fue el estudio de la *restitutio*; enraizada en la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino y en las ideas aristotélicas de *justicia conmutativa*, su examen se concentraba en problemáticas sobre propiedad, responsabilidad y algunos contratos⁸⁷. Dado que se trata de una forma de aplicación de dicha clase de justicia, es que la *restitutio* funda tanto un deber de reparación de cada daño, como otro de restablecimiento del reparto correcto de los bienes. Para ello, se divide principalmente en dos especies: la *restitutio ratione acceptionis*, respecto de quien ha recibido algo que no ha devuelto y la *restitutio rei*, por parte del acusado de tener cosas que no le pertenecen. Eso sí, en algunos casos la primera hipótesis puede llegar a entenderse también como cumplimiento, siempre que exista una obligación que signifique regresar, en especie o en equivalente, un objeto entregado previamente. La diferencia entre *restitutio* y *solutio* aquí es clara, pues esta última es la que involucra directamente la realización de lo debido, por una promesa, juramento o liberalidad comprometida⁸⁸.

Francisco de Ayala, Buenos Aires, Losada, 1946): 15-52; VILLEY, cit. (n. 78): 345-348; ASTUTI, cit. (n. 58): 126-127; POUND, cit. (n. 28): 143; GORDLEY, cit. (n. 13): 162; MACINTYRE, cit. (n. 78): 185-206.

87 BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 321-322. Aunque la distinción aristotélica sobre la justicia que ha sido mayormente promovida en el derecho civil es entre la justicia distributiva y correctiva, en Santo Tomás esta última toma la denominación de justicia conmutativa. Esta nomenclatura es utilizada por los seguidores de la concepción tomista-aristotélica, como en su momento lo hicieron los representantes de la Segunda Escolástica. PINO EMHART, Alberto, *Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, XXI (Santiago, 2013): 94; HEVIA, Martín, *Justicia correctiva y derecho contractual*, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 1. XII (Bogotá, 2010): 35-48. El uso de esta locución ampliaría el campo de aplicación de la llamada justicia correctiva. En efecto, al emplear como concepto a la *commutatio*, no solo se intenta dilucidar aquello que es correcto, equitativo o justo respecto de los intercambios voluntarios —o negociales— sino que abarca todo tipo de relación que surja de la interacción humana, que no se circunscriba a la asignación o distribución de un acervo común. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales* (trad. cast. Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000), 195-202, 206-207. El uso distintivo de esta expresión puede encontrarse en DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma de Teología. Parte II-II (a)*, III, cuestión 61, artículos 1-4 (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990): 510-516.

88 HALLEBEEK, Jan, *Specific performance in obligations to do according to early modern spanish doctrine*, in HALLEBEEK, Jan, DONDORP, Harry, *The Right to Specific Performance. The Historical Development* (Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia Metro,

La escuela española agregó como tercer tipo a la *restitutio ex contractu*, que abordaba la ejecución de la obligación de pagar el precio o de cualquier otra que proviniera de una *stipulatio*⁸⁹. Sin embargo, únicamente se concentró en las *devoluciones*, dilucidando si estas debían realizarse en especie o en equivalente, y se dejó de lado la discusión sobre el cumplimiento específico de las obligaciones contractuales. El escaso debate apuntó a las obligaciones de hacer y en general, los autores mantuvieron las prescripciones del *Digesto*, profundizadas en su época por Bartolo, en el sentido de señalar que las obligaciones *restituendi* y las de *dare* que surgen de la compraventa, son ejecutables en especie, mientras que las de hacer cualquier otro tipo de acto no lo son. Cabe recordar que, en este último caso, el deudor incumplidor podía siempre liberarse pagando los daños equivalentes al interés del acreedor en la prestación quebrantada; junto al *facere* se adjunta una *obligatio ad interesse*. Solamente el jesuita Luis de Molina dedicó parte de sus escritos a dar una explicación distinta a estas problemáticas⁹⁰.

La importancia de Molina fue tal, que su tratado *De iustitia et iure* continuó aplicándose incluso luego de la expulsión de la Compañía de Jesús desde las Indias y llegó a servir de fuente inspiradora en la elaboración del Código Civil de Bello, en especial, respecto del capítulo de las obligaciones⁹¹. Si bien la Iglesia desde antiguo consideró que el incumplimiento de los pactos era inmoral⁹², de Molina imprimió el derecho natural en la obligatoriedad del contrato. Para él no se trata de que el cumplimiento

2010): 58; GORDLEY, cit. (n. 13): 72-74. La teoría tomista de la *restitutio* como parte de la justicia conmutativa, se encuentra en DE AQUINO, cit. (n. 87), cuestión 62, artículos 1-8: 516-524.

89 THIEME, Hans, *Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique spagnole?*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studi a cura di Paolo Grossi* (Milano, Giuffrè, 1973): 14-15. Este esquema, que abarca desde la reparación por daños hasta la ejecución de un contrato, es el que termina por cimentar el camino del derecho de obligaciones moderno. *Idem*: 15-19.

90 HALLEBEEK, cit. (n. 88): 58-61, 66-67; PÉREZ RAGONE, cit. (n. 39): 366; GORDLEY, cit. (n. 13): 76-77.

91 BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 324. De Molina consiguió plasmar una brillante simbiosis entre el derecho y la moral, en que el derecho natural trasciende sus propias creencias religiosas. FRAGA IRIBARNE, cit. (n. 80): 30; HALLEBEEK, cit. (n. 88): 58.

92 Cabe anotar, eso sí, que, aun cuando el derecho canónico postulaba la observancia de los acuerdos y la intervención judicial para asegurarlo, recién en el siglo XV las cortes

proviniera de una moral exclusivamente católica, sino que de aquella que es propia del derecho natural. Así, su fundamento radica en que el hombre debe ser veraz y fiel, tanto en su intención de comprometerse como en la disposición a cumplir⁹³. Por ello es que el legislador debe propender a dotar a los pactos de una acción civil y fomentar la ejecución⁹⁴.

Como se anotó más arriba, entre los textos más importantes que estudiaron estos escolásticos modernos se encontraban las *Siete Partidas*. Ellas introdujeron modificaciones al *ius commune*, una de las cuales determinó una radical separación por parte de la ley castellana: se altera la máxima *nemo potest præcise cogi ad factum* y de acuerdo con la interpretación de Molina, este principio quedaría definitivamente excluido de la legislación real, sin que procedan los intentos por adaptarlo al derecho común y romano que se mantenía vigente⁹⁵.

Para de Molina, es cuestionable que un deudor de hacer que esté en posición de cumplir específicamente pueda liberarse por medio del pago de dinero. Quien parece tener la opción respecto del cumplimiento o los daños, según su interés, es el acreedor y es razonable que el deudor quede vinculado por esta elección⁹⁶.

La opinión de Molina se apegaba férreamente a las reglas consagradas en las *Partidas*, las cuales en forma expresa establecían la posibilidad de demandar el cumplimiento específico de las obligaciones de hacer. Dicha circunstancia es crucial y marca una tendencia propia de Castilla, con un importante efecto expansivo; por cuanto en 1348 el *Ordenamiento de Alcalá* situó a las *Partidas* como la fuente legal supletoria en el reino⁹⁷, es

eclesiásticas ordenaron el cumplimiento específico de las obligaciones. DONDORP, cit. (n. 69): 21-23; PÉREZ RAGONE, cit. (n. 39): 365.

93 FRAGA IRIBARNE, cit. (n. 80): 77, 82-84; GORDLEY, cit. (n. 13): 56, 71-73, 79-81.

94 MOLINÆ, Ludovici, *De contractibus*, en *De justitia et jure. Opera omnia*, II, tractatibus V, *disputatio* 252, números 4 a 7 (Coloniæ Allobrogum [Genova], Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet, editio novissima, 1733): 3-5.

95 HALLEBEEK, cit. (n. 88): 72-73.

96 *Idem*: 63, 64. La referida interpretación de la *solutio* respecto de las obligaciones de hacer, puede encontrarse en MOLINA, Ludovico, *Disputationes de contractibus, tractatibus* II, *disputatio* 562, números 1 a 6, (Venezia, Apud Sessas, 1607): 831-833.

97 La Ley I de Toro de 1505, que revisó el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, estableció el orden de prelación de las fuentes legislativas de la época. En primer lugar, debían

que las obligaciones de hacer son ahora ejecutables en especie en España y en Indias.

Su reglamentación a este respecto estipulaba que la verificación del acto prometido debe efectuarse siempre si al deudor le es posible hacerlo, pudiendo ser obligado por el tribunal local respectivo⁹⁸. En caso contrario, deberá cumplir con la demanda del acreedor de alguna otra manera a criterio de la autoridad, sin perjuicio de pagar los daños por llevar a cabo una prestación diferente⁹⁹. Con ello, la discusión más difícil en cuanto a la exigibilidad en naturaleza de las obligaciones queda explícita y formalmente zanjada¹⁰⁰.

La utilización de esta compilación en Indias fue vasta, dado que era el derecho general aplicable a falta de legislación municipal indiana, escasa

aplicarse los ordenamientos y las pragmáticas que, en 1805, quedaron fijadas en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. En segundo lugar, los fueros, reales y municipales; y por último, como fuente general y de aplicación supletoria, figuraban las *Siete Partidas*. Dado que ellas representan el *ius commune*, es que la vigencia del derecho romano recogido en este último se mantuvo en Indias hasta la conformación de los Códigos Civiles. BARRIENTOS, cit. (n. 63), 235-244; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* (Cizur Menor-Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2006): 33-34, 39-40, 50-56, 129, 544 y EL MISMO, Andrés Bello codificador, *Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile I* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982): 46-50; 60-64.

98 *Partidas* 5.11.13: "E no tan solamente es tenuto de cumplir lo que prometio de dar o de fazer; mas aun dezimos, que deue pechar demas desto, todos los daños, e los menoscabos que rescibio el otro, por razon que le non cumplio en aquel logar, lo que le prometio."; 5.11.35: "[...] que si tanto tiempo dexasse pasar, el que fizo tal prometimiento como este, en que lo pudiera cumplir, si quisiesse, e finco por su negligencia, que lo non quiso fazer; que dalli adelante, quel puede demandar lo que le fue prometido, con todos los daños e los menoscabos, que rescibio por razon de que non cumplio aquello que prometio"; 3.27.5. Esta última incluso reconoce los apremios personales para las condenas en las obligaciones de hacer "E si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razon de alguna cosa que deuiessse fazer, deuelo apremiar, que la faga assi como fue puesto, o lo prometio [...]".

99 *Partida* 5.14.3: "Pagamiento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recibir, e deuese fazer de tales cosas, como fueron puestas, e prometidas en el pleyto, quando lo fizieron, e non otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga. [...] si el que ouiese fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, que deue cumplir de otra guisa el pleyto, según su aluedrio del Judgador del lugar. E deue pecharle el daño, e el menoscabo que le vino por razon que non fizo aquella cosa, assi como prometio".

100 HALLEBEEK, cit. (n. 88): 72-73.

en aquella época. De este modo, es que su vigencia –y en consecuencia, la del derecho castellano contenido en ella– se extiende en Chile sin mayores restricciones, hasta la entrada en vigencia del Código Civil en 1857 y del Código de Procedimiento Civil en 1903¹⁰¹.

La *Quinta Partida* es una de las piedras angulares del actual contenido del derecho de obligaciones y contratos, aunque su sistematización formal sea la del influyente modelo francés¹⁰². El propio Mensaje del Código constata la importancia estructural que en su texto tuvo la legislación española, cuando señala que, “En materia de contratos y cuasicontratos, hallaréis muy poco que no tenga su fuente en la legislación actual, que es lo más, o en la autoridad de un código moderno, en especial el francés, o en la doctrina de los más eminentes jurisconsultos”¹⁰³. Y es sabido que la tarea de Bello fue bastante más dedicada y acuciosa que la mera asunción del *Code*; sus esfuerzos, de hecho, principiaron por una lucha en contra de los intentos de transcripción y asimilación de este en Chile¹⁰⁴, para luego decantarse en la elaboración de un cuerpo normativo adaptado a la realidad jurídica, histórica, política, social y económica criolla¹⁰⁵.

101 BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 256-258 y EL MISMO, cit. (n. 97): 244-245; SALVAT, cit. (n. 58): 28-29; GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 79): 28-29.

102 BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 250-251; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República (II). Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del “Código Civil de Chile” y de sus proyectos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos I* (Valparaíso, 1977): 103-104; EL MISMO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 539; EL MISMO, cit. (n. 97), *Andrés Bello codificador*: 414-415, 422-423.

103 *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*, §XXXVI; BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 257-259; GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 208-209.

104 GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 81-82, 110; EL MISMO, cit. (n. 97), *Andrés Bello codificador*: 158-159; 266-269; *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*, §III: “Desde luego concebireis que no nos hallábamnos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país”.

105 BARRIENTOS GRANDON JAVIER, *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada I* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley, 2016): XXII, XXIX-XXXI; GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 114-116, 119. Pero no solo el Código Civil fue una obra dedicada a Chile y Latinoamérica.

La falta de referencias históricas que muestren una discusión mayor sobre el cumplimiento específico hace suponer que su procedencia en las obligaciones de dar persistió sin objeciones desde que el propio Bartolo se inclinó por ella. Pero en cuanto a las de hacer, cabe preguntarse si el codificador decidió mantener la vigencia del antecedente español o utilizó la norma francesa en esta materia que, como se verá más adelante, contiene una solución diversa a la de las *Partidas*. Y la respuesta es que, al parecer, Bello consideró “más adaptable y conveniente”¹⁰⁶ conservar la reglamentación española, expresa y especialmente, incluso en su versión más problemática, es decir, en las obligaciones de hacer¹⁰⁷. La formación de Andrés Bello en Caracas y en Europa tuvo una raigambre fuertemente escolástica y luego, en su madurez académica, se inclinó por las influencias del iusnaturalismo español y del iusnaturalismo racionalista. Lo anterior, sumado a un acercamiento al positivismo¹⁰⁸, explicaría por qué, dentro de

Previamente, su *Gramática* fue una exitosa iniciativa por crear unidad, esta vez idiomática y que, como él mismo indicó, no se dirigía al pueblo español, sino que a los habitantes de la América española. MIRROW, Mathew Campbell, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America* (Austin, University of Texas Press, 2004): 100-101. Su objetivo político, dirigido a fundar identidad y pertenencia, queda claramente plasmado en el prólogo de la *Gramática*. BELLO, Andrés, *Gramática de la lengua castellana*, en *Obras completas IV* (Santiago, Imprenta Pedro G. Ramírez, 1883): 1-11.

106 Nuevamente, el *Mensaje* reconoce como fuentes tanto a las *Siete Partidas* como al *Code*, cuyas soluciones se adoptaron o desecharon según fuese más apropiado para el Chile de esa época. De esta manera, se señala que “Por punto general, el código de las partidas y el código civil francés, han sido las dos lumbreras que se han tenido más constantemente a la vista. Donde ellos difieren, se ha elegido lo que más adaptable y conveniente parecía”. *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*, §XL; GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 203-204.

107 Una solución similar se previó en el antiguo Código Civil argentino, en el que Dalmaio Vélez Sarsfield decidió apartarse de la norma francesa, manteniendo la tradición española en el artículo 629. Esta disposición se aplicó incluso como base para obtener el cumplimiento *in natura* de sentencias judiciales. ORSINI, Juan Ignacio, *Ejecución forzada de sentencias: nulidad del despido y reinstalación del trabajador*, en *Revista Derecho del Trabajo*, 8. III (Buenos Aires, 2014): 153-154.

108 Su paso por Londres, antes de su arribo a Chile, fue determinante en este sentido. Véase GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 97): 254-258; MIRROW, cit. (n. 105): 137-138; LIRA URQUIETA, Pedro, *Andrés Bello* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1948): 59-125.

un esquema de codificación, se incluye una regla iusnaturalista como esta, aunque solo haya sido incorporada en la versión definitiva del Código.

En efecto, el art. 6 del Título XI del *Proyecto de 1842*¹⁰⁹ y el art. 97 del Título XIII del *Proyecto de 1847*¹¹⁰, contenían una regla diferente de la que rige desde 1855. Estos señalaban que: "Toda obligación de hacer una cosa se convierte, a elección del deudor, en la de indemnizar los perjuicios, si no hace la cosa. Mas, en este caso, el acreedor, si la cosa de que se trata puede ejecutarse por un tercero, tendrá derecho a que se le autorice para hacerla ejecutar a expensas del deudor, quedándole siempre a salvo la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar". Esta redacción cambia ligeramente en el artículo 1732 del *Proyecto de 1853*¹¹¹, para luego dar un giro completo en el artículo 1732 del *Proyecto Inédito*¹¹², que alberga el actual artículo 1553. Como puede observarse, la gran modificación radica en el numeral 1º de esta norma, que contiene el principio de cumplimiento

109 BELLO, Andrés, *Proyectos de Código Civil (1841-1845)*, en *Obras completas XI* (Santiago, Imprenta Pedro G. Ramírez, 1887): 163.

110 BELLO, Andrés, *Proyectos de Código Civil (1846-1847)*, en *Obras completas XI* (Santiago, Imprenta Pedro G. Ramírez, 1887): 430. No cabe duda, como se apuntará más abajo, que estos preceptos tenían como fuente cercana a los artículos 1142 y 1444 del *Code Civil*, complementados con las observaciones de Delvincourt. BARRIENTOS GRANDON, Javier, *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada II* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley, 2016): 554-555. Luego de señalar que las obligaciones de hacer y de no hacer no pueden ser forzadas sin intervenir la libertad natural y que su incumplimiento se resuelve en el pago de daños y perjuicios, Delvincourt hace extensivo el efecto indemnizatorio también a los casos de ejecución por un tercero con cargo al deudor. Curiosamente, esta es una particularidad que no se expresaba en la norma francesa, pero que sí acogió la chilena. DELVINCOURT, Claude Étienne, *Cours de Code Napoléon II* (Paris, Gueffier, 1813): 37.

111 BELLO, Andrés, *Proyectos de Código Civil (1853)*, en *Obras completas XII* (Santiago, Imprenta Pedro G. Ramírez, 1888): 410. El cambio fue tan sutil, que bien pudo tratarse de un mero error de imprenta. BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 110): 554.

112 BELLO, Andrés, *Proyectos de Código Civil (Proyecto inédito)*, en *Obras completas XIII* (Santiago, Imprenta Pedro G. Ramírez, 1890): 392-393. Las obligaciones de no hacer no parecieron concitar mayor contrapunto, pues el contenido de la norma se ha mantenido hasta hoy, aunque con una redacción diversa. Esencialmente, el artículo 1555 conserva las mismas reglas que se enuncian en los *Proyectos* de 1842, 1847, 1853 y en el *Proyecto Inédito*. BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 110): 565-566. Además, la única hipótesis relevante para efectos del estudio del cumplimiento específico está representada por los casos en que deba destruirse la obra realizada con lo que la obligación, finalmente, transmuta en un hacer.

en naturaleza de las obligaciones de hacer respecto del deudor mismo, al contemplar la posibilidad de que el acreedor exija apremios personales para forzar la ejecución.

De esta manera, al regular la hipótesis más compleja e incómoda del cumplimiento específico, Bello opta por su consagración final. Se distancia así, no solo de Francia, sino que también de la regla que posteriormente imperará en España¹¹³. Por lo demás, la construcción del libro IV del Código Civil sobre la base de la *Partida* 5.11, cuyo modelo, a su vez, es el de la *stipulatio*¹¹⁴, hace ya innegable que el cumplimiento específico se considere definitivamente instalado como una opción en favor del acreedor, protegida legalmente¹¹⁵.

113 Como se verá más adelante, la reglamentación española matiza la norma alfoncina y la une con aquella francesa. El codificador chileno habría tenido acceso al proyecto de Código Civil español, en el que destacó la discusión sobre esta controversial regla; y esta podría haber sido una de las razones que hicieran mutar al precepto criollo, ya en la etapa conclusiva de la codificación. BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 110): 555-557.

114 La *Quinta Partida*, en su título XI enuncia "De las promisiones, e pleitos, que fazen los omes vnos con otros, en razon de fazer, o de guardar, o de cumplir algunas cosas". Vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La promesa obligacional en las "Partidas" como sede de la doctrina general de las obligaciones*, en *Revista Chilena de Derecho*, 3. XXXIV (Santiago, 2007): 395-403; BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 54): 250-251. También VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado: una relectura de las disposiciones del "Código Civil" sobre incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, LegalPublishing, 2007): 499-500; PEÑAILILLO, cit. (n. 54): 40; BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, *Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico VII* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2011): 237-328.

115 La *stipulatio* era un negocio oral, solemne y de carácter unilateral. Se trataba de la culminación de las negociaciones entre dos partes, en que una de ellas formula a la otra una pregunta que involucraba su aceptación para dar, hacer o no hacer algo. Una vez que se contestaba afirmativamente, la pregunta se transformaba en el contenido obligacional acordado por estipulante y promitente. Dado que el vínculo generado era unilateral, la única manera de generar obligaciones para el estipulante era perfeccionar una segunda *stipulatio*, en que este pasaba a ser promitente de una prestación distinta, invirtiendo los roles inicialmente designados. En este esquema, el deudor se liberaba exclusivamente mediante la disolución del vínculo, por lo que era necesaria la realización efectiva de la prestación prometida. Solo de este modo, el cumplimiento específico permitiría disolver la relación entre las partes, liberando de esta manera al promitente (*solutio, solvere* o *satisfacere* y *liberatio*). GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano II* (Santiago, Editorial Jurídica, 2001): 9-17, 291-293; BRA-

Este esquema que nace en el derecho castellano, y que fue estudiado, aplicado y promovido por la Escolástica española, y que luego arribó a Chile gracias al Código Civil, genera el quiebre final con el derecho romano clásico y el principio de la condena pecuniaria, que también se encontraba presente, con matices, en el *ius commune*.

¿Por qué perpetuar la norma alfonsina en Latinoamérica, a pesar de la dirección inversa que se seguía en las codificaciones europeas que influyeron a Bello? Aunque no existen mayores registros sobre el motivo del cambio que experimentó el actual artículo 1553, puede percibirse que este se adaptaba de mejor forma a la realidad de los procedimientos en 1855. Las *Partidas* no solo estaban dotadas de un contenido sustantivo, sino que también de uno adjetivo y representaron el derecho procesal de la época hasta 1903, cuando entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil¹¹⁶. De haberse perseverado en la idea original de los primeros proyectos del Código Civil, el sistema habría presentado una antinomia entre una regla chilena que solo permitía al acreedor exigir una indemnización o requerir la realización del hecho por un tercero y otra española que admitía forzar la ejecución de lo prometido al deudor mismo.

La modificación del precepto primigenio, entonces, probablemente sirvió para armonizar el plano sustantivo, fundado por el Código, con el adjetivo que aún se mantenía en las *Partidas*. Pero ¿qué sucedió con la histórica objeción al cumplimiento de las obligaciones de hacer? Seguramente, la discusión constitucional que pretendía proteger a la persona del deudor o, bien, no se produjo, o terminó por ceder en favor del cumplimiento *in natura* de la obligación contractual. Prueba de ello es que, años más tarde, la posibilidad de decretar arrestos y multas para apremiar al deudor contumaz se transmitió y cristalizó, definitivamente, en el propio estatuto procesal codificado.

Este era el panorama en Chile al momento de gestarse e implementarse la codificación. ¿Cuál era la realidad que se vivía en Europa? A pesar de la enorme influencia de la doctrina española en los siglos XVII y XVIII, esta no logró imponerse en el régimen del cumplimiento de las obligaciones de hacer. Las *Partidas* siempre constituyeron una peculiaridad exclusiva del

SIELLO, cit. (n. 34): 560-561. La misma descripción de la *stipulatio* se recoge en una nota a la Lex I, en el título XI de la *Quinta Partida*.

116 Especialmente trataba el aspecto procedimental o ejecutivo la *Tercera Partida*, título XXVII. *Vid.* n. 101.

país ibérico y en este acápite, ni siquiera fueron asimiladas por completo en el Código Civil español. No debe olvidarse que las ideas de la Segunda Escolástica lidiaban en Europa con el humanismo; ambas corrientes solo lograron ser aleadas brillantemente por Hugo Grocio¹¹⁷, quien incorporó características de dichos movimientos, especialmente a la fuerza moral que reviste a las promesas, y sus lecciones llegaron a Portalis, Domat y Pothier¹¹⁸. Y mientras el antiguo adagio de Favre terminaba por depositarse en el artículo 1142 del *Code Civil des français*¹¹⁹, en el territorio español indiano se asentó un cumplimiento específico transversal.

D) El cumplimiento específico en el Code Civil y la fuerza obligatoria como su fundamento: desde un remedio primario a uno opcional en otra de las fuentes de Bello

Como se señaló en líneas precedentes, el advenimiento del humanismo en el siglo XVI inició una corriente crítica sobre la forma de estudiar y en-

117 Él es, sin duda, el máximo representante de la llamada jurisprudencia elegante. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Grocio, Puferndorf y el iusnaturalismo racionalista*, en DIEZ-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miguel II* (Cizur Menor-Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014): 2875-2879; GORDLEY, cit. (n. 13): 4; GUZMÁN BRITO, cit. (n. 33): 75 y EL MISMO, cit. (n. 59): 39. En su obra, Grocio se ocupó de forjar un sello propio. La consideración del humanismo y la creación de la extraña y novedosa noción de derechos subjetivos —diametralmente distinta a la romana— permitió la difusión de la Segunda Escolástica en Europa, preparando el camino para los movimientos codificadores. THIEME, cit. (n. 89): 18; FEENSTRA, cit. (n. 56): 606-607; CONG, cit. (n. 54): 108-109. En efecto, a dicha noción, concebida a mediados del siglo XVIII, se le deben también los intentos por crear aquella de *relación jurídica*, cuyos mejores intentos se deben a Kant y a Savigny. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los orígenes del concepto de "Relación Jurídica" ("Rechtliches Verhältniss" - "Rechtsverhältniss")*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVIII* (Valparaíso, 2006): 187-226. Aunque hay opiniones disidentes que indican que el concepto puede encontrarse en la obra del propio Gayo. ROBLEDA, Olis, *El derecho subjetivo en Gayo*, in GROSSO, Giuseppe (coord.), *Studi in onore di Gaetano Scherillo I* (Milano, Instituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, 1972): 7-17 y EL MISMO, *La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*, en VOLTERRA, Edoardo (dir.), *Bulletino dell'istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 3. XIX (Milano, Guiffirè, 1977): 23-41.

118 GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations* (Paris, PUF, 1992): 55-62; POUND, cit. (n. 28): 146; FEENSTRA, cit. (n. 56): 619.

119 ZIMMERMANN, cit. (n. 36): 773-774. *Vid. supra*, WINKEL, cit. (n. 33): 17; DONDORP, cit. (n. 69): 21-23; DAWSON, cit. (n. 65): 506-510.

señar el derecho que, hasta ese momento, era prácticamente de dominio exclusivo del *mos italicus*. El *mos gallicus* pasó a ser el principal movimiento de detracción, que proponía estudiar el *Corpus iuris civilis* desde un punto de vista histórico y no ya dogmático; así, su vigencia como ley aplicable, poco a poco quedaba en entredicho¹²⁰. Francia fue el centro donde el humanismo jurídico alcanzó su máxima prosperidad¹²¹ y posteriormente, la influencia del iusnaturalismo racionalista en los siglos XVII y XVIII iniciaría un movimiento codificador que vería terreno fértil en el país galo. Los ideales nacionalistas, se reflejaron en el proyecto de un nuevo sistema que derogaría al anterior, terminando de una vez con la vigencia del *ancien régime* y del *ius commune*¹²². Bastó un solo cuerpo jurídico para dar fin a esta larga tradición y al vigor del derecho romano que en ella estaba presente: el *Code Civil des français* pasaría a ser la legislación codificada más difundida e influyente del siglo XIX¹²³.

El efecto expansivo del *Code* llegó a América, generando particular interés en Chile¹²⁴. Andrés Bello, quien conocía los primeros códigos que vieron la luz en Europa¹²⁵, decidió seguir la técnica de su par francés en lo

120 En este punto, remítase a lo señalado en GUZMÁN BRITO, cit. (n. 59) y EL MISMO, *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 97): 123-130.

121 Aun cuando su gestación se atribuye al italiano Andrea Alciato. ARNAUD, André-Jean, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise* (Paris, LGDJ, 1973), XVI: 3-7; GUZMÁN BRITO, cit. (n. 59): 31.

122 LAURENT, François, *Principes de droit civil I* (Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie. Éditeurs, 1893): 7-10, 29-33; ZACHARIE, Karl Salomo, *Le droit civil français I* (trad. fr. Gabriel Massé et Charles Vergé, Paris, Auguste Durand, 1854): 17-20; AUBRY, Charles, RAU, Charles, *Cours de droit civil français I* (Paris, Marchal, Billard y Cie., 1869): 12-27; CABRILLAC, Rémy, *Les codifications* (Paris, PUF, 2002): 33-34; DAWSON, cit. (n. 65): 512-525; BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 105): XXVII, XXVIII. ARNAUD, cit. (n. 121): 8-14. Fue la pérdida de la noción de comunidad en Europa, la que marcó el inicio del nacionalismo. COING, cit. (n. 54): 116-118.

123 Para una panorámica global, véase la obra de CABRILLAC, cit. (n. 122) y también el libro colectivo AA.VV., *Le Code Civil 1804-1904. Livre du centenaire* (Paris, Dalloz, 2004), especialmente el tomo II, tercera parte, *Le Code Civil à l'Etranger*: 587-896; GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 90-91 y EL MISMO, cit. (n. 79): 27-60; LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica, 1956): 8.

124 Por todos, GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 141-143.

125 Tal como se ha señalado, se trataba, además del francés, de los códigos "bávaro, prusiano, austriaco, sardo, de la Luisiana, holandés, del cantón de Vaud". GUZMÁN

que sería la primera gran empresa de legislación civil auténticamente chilena. De ello no cabe duda, toda vez que en el propio Mensaje declara que uno de sus pilares gravita en torno a "la autoridad de un código moderno, en especial el francés, o en la doctrina de alguno de los más eminentes jurisconsultos"¹²⁶, con lo que también reconoce la excelsa contribución, previa y posterior, que la doctrina francesa aportó a la ejecución de esta tarea¹²⁷.

Tal como lo señala el Mensaje, son estas dos de las grandes fuentes que toma el legislador chileno para gestar su obra. La tercera fuente eran las *Siete Partidas*. En este sentido, la legislación española solo aportó a través de dicho instrumento. El Código Civil español tuvo menos relevancia, en principio, porque es posterior al chileno¹²⁸.

Con todo, cabría preguntarse si la autoridad del ordenamiento galo fue la que determinó el reconocimiento del derecho del acreedor al cumplimiento específico en Chile. Y como se revisó anteriormente, la respuesta es no. Al menos en lo que concierne al acápite más problemático de este remedio —las obligaciones de hacer¹²⁹— la regla chilena siguió de cerca a la Escolástica española reflejada en las *Partidas* como ningún otro ordenamiento lo había hecho hasta ese momento.

Incluso García Goyena llegó a un estatuto de consenso, que media entre el rigor de Alfonso X y el principio de Favre. El precepto español no trans-

BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 209; LIRA URQUIETA, cit. (n. 123): 75-76.

126 Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil, §XXXVI.

127 DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno*, en Cuadernos de Análisis Jurídico II (Santiago, Universidad Diego Portales, 2005): 61-80; PIZARRO WILSON, Carlos, *La influencia del Code en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?*, en PIZARRO WILSON, Carlos, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2010): 132; GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 209.

128 Bello solo alcanzó a acceder al Proyecto de Código Civil con concordancias de García Goyena, pero este fue consultado recién para la formulación del Proyecto de 1853. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, cit. (n. 97): 209; LIRA URQUIETA, cit. (n. 123): 8, 27, 75-98; BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 110): 556.

129 KLEINSCHMIDT, cit. (n. 18): 1.581.

forma llanamente el cumplimiento de las obligaciones de hacer en una indemnización; y aunque sí considera la verificación de lo prometido *a costa* del deudor, en ningún caso ello se ejerce directamente *sobre* el deudor¹³⁰. La norma francesa, en cambio, había sido fiel a los postulados del sabotaje, introduciendo el artículo 1142 en el *Code*, que permitía proteger la intangibilidad del cuerpo humano, evitar que el acreedor reciba un trabajo mediocre y propender a la paz social, eludiendo el uso de la violencia¹³¹.

Previamente se registró la opinión que iniciaría el alejamiento entre el derecho romano y el *ius commune* respecto del principio de condena pecuniaria. Bartolo de Sassoferrato consideraba que ya, en aquella época, no se percibían mayores objeciones a las prestaciones en naturaleza, al menos respecto de las obligaciones de *dare* y las *restituendi*¹³². No obstante —y salvo el caso particular de la obligación de entrega en la compraventa— las de *facere* y *tradere*, siempre serían cumplidas mediante una suma de dinero¹³³.

Pothier, por su parte, había dado una interpretación restrictiva al respecto en su obra general de obligaciones, pero presentaba una postura distinta

130 *Vid. supra*, n. 102, 106 y 113; BARRIENTOS GRANDON, cit. (n. 110): 555-557. El artículo 1.098.1 del Código Civil español señala: "Si el obligado a hacer una cosa no la hiciere, se mandará a ejecutar a su costa". Entre la literatura dedicada a estudiar esta norma destacan MORENO QUESADA, Bernardo, *Problemática de las obligaciones de hacer*, en *Revista de Derecho Privado*, 6. LX (Madrid, 1976): 467-502; MARTÍN PÉREZ, Antonio, *Artículo 1.098*, en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 1. XV (Madrid, Edersa, 2004); BADOSA COLL, Ferrán, *Comentario del artículo 1.098*, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo, *Comentario al Código Civil II* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1993): 28-30. Para un estudio de esta institución en el Código Civil español en la etapa previa a la codificación, véase SEVERIN FUSTER, Gonzalo, *El derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer en la doctrina española del siglo XIX anterior a la codificación civil*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXVII* (Valparaíso, 2015): 377-397. Y para la realidad codificada, en su aspecto civil y procesal, EL MISMO, *El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal*, en *Revista de Derecho Privado*, 30 (Bogotá, 2016): 171-219.

131 CARBONNIER, cit. (n. 74): 2.539.

132 *Vid. supra*, n. 65 y 68.

133 Debe recordarse que, en el caso de la compraventa, si el vendedor es dueño, la obligación de entrega se confundiría con la de *dare* o de transferencia del dominio. En caso contrario, esta operaría posteriormente por medio de la prescripción adquisitiva del bien. *Vid. supra*, n. 70.

y algo más flexible en aquellas sobre contratos particulares¹³⁴. Para el autor, en principio, las obligaciones de hacer no son ejecutables en especie y deben regirse por la máxima acuñada por Antoine Favre, sin que el acreedor pueda pedir otra cosa que los daños por el incumplimiento¹³⁵. No obstante, en el caso de la compraventa, el autor se decanta por la posibilidad de forzar al vendedor a entregar la cosa que está en su poder¹³⁶; y en cuanto al arrendamiento, da la opción al arrendatario para exigir que se le permita el goce de la misma cosa arrendada¹³⁷.

Pero la irrupción de Favre no pasó inadvertida y su adagio *nemo præcise cogi potest ad factum*, se ancló definitivamente en el *Code* de 1804, en un artículo que, hasta hoy, provocaba no menos que perplejidades¹³⁸. La doctrina iniciada por Bartolo quedaba afianzada en el artículo 1142 que señalaba: "*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*".

Como bien apunta Laithier¹³⁹, esta formulación se introdujo en la estructura misma del *Code*. De hecho, el propio Domat consideró que, si bien la consecuencia normal de las convenciones es su cumplimiento, un

134 Es por esto que se ha manifestado que en Pothier pueden encontrarse argumentos para defender una u otra postura, sin que haya una línea definida en cuanto a la extensión del artículo 1142. LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 43-44; MASSIN, cit. (n. 38): 276-278.

135 POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations*, in BUGNET, Jean Joseph (éditeur), *Œuvres II* (Paris, Henri Plon-Cosse et Marchal, 1861): 69-70-75.

136 POTHIER, Robert Joseph, *Traité du contrat de vente*, in BUGNET, Jean Joseph (éditeur), *Œuvres III* (Paris, Henri Plon-Cosse et Marchal, 1861): 30-31.

137 POTHIER, Robert Joseph, *Traité du contrat de louage*, in BUGNET, Jean Joseph (éditeur), *Œuvres IV* (Paris, Henri Plon-Cosse et Marchal, 1861): 29-30. Es a propósito de este contrato que se producen las mayores vacilaciones respecto de la opinión de Pothier. Luego de señalar que el arrendatario tiene el derecho de pedir el cumplimiento *in natura* de su contrato, el autor manifiesta que la regla del artículo 1142 se reduce a un cierto grupo de casos, muy específicos. Solamente será procedente para aquellas obligaciones de hacer, cuya ejecución implique un acto corporal del deudor. La constrictión personal que atente contra la persona o su libertad queda proscrita, por lo que, en las demás situaciones, una obligación de hacer obligaba *præcise*. En apoyo de esta interpretación, MASSIN, cit. (n. 38): 265-267, 275-278; WÉRY, cit. (n. 33): 62-68, 89-90.

138 KLEINSCHMIDT, cit. (n. 18): 1.581; KNÜTEL, cit. (n. 48): 29; DAWSON, cit. (n. 65): 506.

139 LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 43.

segundo efecto es el pago de los daños, cuando el deudor *no pueda* o simplemente *no quiera*, realizar la prestación comprometida¹⁴⁰.

A pesar de lo anterior, a partir de la segunda mitad del siglo XIX el cumplimiento *in natura* comenzó a ser el centro de atención de la doctrina francesa y a considerársele como una *sanción ideal*, a la que genuinamente aspiraba el acreedor, llegando a confundir con el cumplimiento mismo¹⁴¹. El argumento principal que fue la base de esta interpretación es la preeminencia del antiguo artículo 1134 del *Code*: el cumplimiento específico debe considerarse el remedio primario del sistema, pues es el único que puede dar verdadera vigencia a la fuerza obligatoria del contrato. Solo mediante su reconocimiento, será posible materializar el derecho del acreedor¹⁴².

140 "En toutes conventions, l'engagement de l'un étant le fondement de celui de l'autre, le premier effet de la convention est que chacun des contractants peut obliger l'autre à exécuter son engagement, en exécutant le sien de sa part, selon que l'un et l'autre y sont obligés par la convention [...]. En toutes conventions, c'est le second effet des engagements (sic), que celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse, ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages et intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution ou du retardement, et les circonstances". DOMAT, Jean, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, partie I, livre I, titre I, section III, N° 2 et 4, in REMY, Joseph, *Œuvres* (Paris, Alex-Gobelet libraire, nouvelle édition, 1835): 134-135.

141 "Assurer à chacun ce qui lui est dû, ce n'est pas seulement, au cas d'inexécution volontaire, l'indemniser du préjudice qui lui est causé, mais chercher à lui procurer la satisfaction même à laquelle il a droit, la dation ou la prestation qu'il réclame. L'idéal de toute sanction consiste à remettre le créancier exactement dans le même état que si l'obligation avait été volontairement exécutée, à être adéquat dans ses résultats à l'exécution volontaire. L'action se confondant aujourd'hui avec le droit, dont elle n'est que l'exercice, ne peut plus avoir un autre objet que lui". MASSIN, cit. (n. 38): 229.

142 Vid. DEMOLOMBE, Charles, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*² (Paris, Durand et Hachette, 1870): 485-487; ZACHARIÆ, Karl Salomo, *Le droit civil français* III (trad. fr. Gabriel Massé et Charles Vergé, Paris, Auguste Durand, 1854): 389-390 (aunque reconoce sus limitaciones para las obligaciones de hacer y no hacer); GAUDEMET, Eugène, *Théorie générale des obligations* (Paris, Dalloz, 2004, réimpression de l'édition de 1937): 346 et ss. y más recientemente, ROWAN, cit. (n. 1): 49-50; ROCHFELD, cit. (n. 10): 172-174; RÉMY, cit. (n. 10): 323 et ss.; MAZEAUD, Denis, *La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence*, in BROS, Sara, MALLET-BRICOURT, Blandine (comp.), *Liber amicorum Christian Larroumet* (Paris, 2009): 338-339, 359-360; WÉRY, cit. (n. 33): 71-82. Los plazos de gracia del derecho francés pueden considerarse también como una manera de promover el cumplimiento y con ello, dar efectividad a la fuerza obligatoria del contrato. En este sentido, WHITTAKER, Simon, *Taking time and giving time for performance. A compa-*

En lo que concierne al alcance que tuvo el artículo 1142 se propusieron diversas aproximaciones. Más allá de quienes, en su momento, asumieron la norma de manera literal¹⁴³, hay autores que sugieren una interpretación más flexible de la letra de la ley, muy similar a la segunda versión de aquella de Pothier. Para este sector de la doctrina, la regla, tal como fue establecida, debía aplicarse solo por excepción. Era procedente únicamente respecto de aquellas obligaciones de hacer personales, en que el cumplimiento impuesto por la fuerza implique violentar al deudor como individuo, único que podía ejecutarlas¹⁴⁴. La regla general, entonces, sería la realización de lo debido, de modo tal que el deudor no podía liberarse simplemente pagando la indemnización, en tanto ello no implicara ejercer violencia personal en este.

rision of aspects of the English and French law, in ESPIAU ESPIAU, Santiago, VAQUER ALOY, Antoni (eds.), *Bases de un derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003): 261-285. Luego de la entrada en vigencia de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, el 1 de octubre de 2016, ratificada el 20 de abril de 2018 por la ley N° 2018-287, el antiguo artículo 1134 queda ahora integrado por los artículos 1103, 1104 y 1193, de la nueva regulación del *Code*.

143 Entre otros, LAROMBIÈRE, Léobon, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil, art. 1101 à 1386 I* (Paris, G. Pedone-Lauriel, 1885): 531-534; TOULLIER, Charles Bonaventure Marie, DUVERGIER, Jean Baptiste, *Le droit civil français* XIII⁶ (Paris, F. Cotillon-Jules Renouard et Cie., 1860): 138-141; ZACHARIÆ, cit. (n. 138): 362; SAINT-PRIX, Félix Berriat, *Notes théoriques sur le Code Civil* XII (Paris, Librairie Videcoq, 1856): 390-393. Este autor sí reconoce en el artículo 1142 una derogación de lo dispuesto por el artículo 1134 inciso 1°, debido a la imposibilidad de constreñir personalmente al obligado a efectuar una prestación determinada. Sin embargo, realza el papel que cumple el artículo 1144, que permite al acreedor obtenerla a través de un tercero con cargo al deudor. Por otra parte, Planiol asume la misma posición invocando un fundamento práctico: normalmente la prestación obtenida contra la voluntad del deudor será defectuosa e implicará, con alta probabilidad, el empleo de medios de constricción que violentarán la libertad del deudor. PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil* II⁵ (Paris, LGDJ, 1909): 63-66.

144 En este sentido, CARBONNIER, cit. (n. 74): 2.540-2.541; AUBRY, Charles, RAU, Charles, *Cours de droit civil français* IV⁴ (Paris, Marchal, Billard y Cie., 1871): 41-43; MASSIN, cit. (n. 38): 288-293. Por ello, solo podrían ser cumplidas en especie, las obligaciones dinerarias. Estas se obtendrían, ya sea por medio de la entrega misma de la suma acordada o por la venta de bienes de deudor en pública subasta. Así lo señala, Huc, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil* VII (Paris, F. Pichon successeur, 1894): 189-198; MARCADÉ, Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code Civil* IV⁷ (Paris, Delamotte et fils éditeurs, 1873): 437-438.

Un análisis dogmático más reciente de dicha norma, pretende separar la obligación contractual misma, de la ejecución de la condena a realizar una prestación. Con el propósito de sortear la supuesta incongruencia entre los artículos 1134 inciso 1º y 1142, se indicaba que la obligación de hacer siempre podía cumplirse *in natura*, por mandato de la primera de las normas citadas, lo que hará efectiva la fuerza obligatoria del contrato. Mas, si su cumplimiento era ordenado por una sentencia judicial y ella no era obedecida, se aplicaba lo dispuesto por el artículo 1142 y la ejecución misma se resolvería en el pago de los daños ocasionados al acreedor¹⁴⁵. La introducción de una regla procesal en el *Code Civil*, que regule los efectos de la transgresión de una orden judicial, sumado a lo inexplicable que resulta que sea la desobediencia la que se sancione con el pago de una indemnización, hacen de esta una conclusión algo dudosa¹⁴⁶.

¿A qué obedece este cambio de perspectiva que desplaza la regla expresada en el artículo 1142, otorgando un papel preponderante al artículo 1134? Luego de la codificación, sobrevino un importante influjo de ideas liberales, que sumaron cambios en la visión que se tenía del derecho. Pautinamente, se dejan atrás algunas de las concepciones escolásticas, para dar paso a otras propias del individualismo. Los arcaicos conceptos aristotélicos de virtud —conservación de la promesa, liberalidad o justicia conmutativa— que fundaban la obligatoriedad del contrato, así como alguna parte del sustrato humanista francés, se sustituyen ahora por el imperio de la voluntad y autonomía privada como la justificación de la fuerza vinculante de las convenciones¹⁴⁷.

Aunque es cierto que hubo críticas a este nuevo fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, ellas no fueron inmediatas y recién a comienzos del siglo XX se desarrollaron estudios que contradecían sus

145 WÉRY, cit. (n. 33): 86-134.

146 En este mismo sentido crítico, LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 74-76.

147 GUALAZZINI, Ugo, *Obbligazione (Diritto intermedio)*, in AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano XI* (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957): 579-580; JAMIN Christophe, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, in *Le Dalloz*, 11 *chroniques* (Paris, 2002): 902-903; BEALE, Hugh, HARTKAMP, Arthur, KÖTZ, Hein, TALLON, Denis, *Cases, Materials and Text on Contract Law* (Oxford, Hart Publishing, 2002): 118-122; ASTUTI, cit. (n. 58): 127-128; GORDLEY, cit. (n. 13): 162-164.

postulados¹⁴⁸. En este sentido, una serie de cuestionamientos históricos desmienten la pretensión de que en el *Code* radicarán los principios de la corriente voluntarista¹⁴⁹, demostrando que esta solo se presenta en la doctrina francesa a partir de fines del siglo XIX¹⁵⁰, por una errada interpretación de las teorías kantianas¹⁵¹.

148 Como se ha destacado, el principio fue estudiado con detención y prácticamente reconstruido por sus propios adversarios. CHÉNÉDÉ, François, *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité*, in *Annuaire de l'institut Michel Villey IV* (Paris, 2012): 156; PIZARRO WILSON, Carlos, *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2, XXXI (Santiago, 2004): 231. Dos obras sirven de referencia a este respecto, pues marcaron las tendencias posteriores. Vid. GOUNOT, Emmanuel, *Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* (Paris, Rousseau, 1912) y RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept* (Paris, PUF, 1980).

149 Como lo propuso Arnaud. Para el autor, el artículo 1134 inciso 1º reúne dos corrientes racionalistas, la teológico-canónica y la voluntarista. Luego de interpretar de un modo muy particular algunos pasajes de Domat y Pothier, concluye asumiendo que una de las fuentes incontestables del derecho francés sería el dogma de la autonomía de la voluntad. ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français IX* (Paris, LGDJ, 1969): 203-214.

150 Es curioso que el mismo Arnaud reconozca este desfase temporal entre la época en que se dictó el *Code* y la muy posterior aparición del dogma. ARNAUD, cit. (n. 149): 199-203.

151 Así lo denuncian JAMIN, cit. (n. 147): 902-905 y GAZZANIGA, cit. (n. 118): 187-188. En la doctrina nacional también se han formulado críticas al principio de la fuerza obligatoria fundado en la autonomía de la voluntad, tanto en Francia como en su recepción chilena. Entre otros, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de Derecho patrimonial privado*, en BARROS BOURIE, Enrique (coord.), *Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica, 1992): 211-261; BARROS BOURIE, Enrique, *El contrato y el hecho que causa daño como antecedente de la responsabilidad*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *Estudios de derecho civil IV* (Santiago, LegalPublishing, 2009): 297-300; PIZARRO, cit. (n. 146): 225-237. El principal impulsor de la "lectura descuidada de la doctrina francesa de los primeros decenios del siglo XX", habría sido Alessandri, a quien luego le sucederían otros civilistas (*idem*: 235). Así ALESSANDRI *et al.*, cit. (n. 11): 46-50, ABELIUK, cit. (n. 54): 124-127, 129-130; SOMARRIVA, Manuel, *Algunas consideraciones sobre el principio de autonomía de la voluntad*, en FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (comp.), *Doctrina civil chilena en el bicentenario* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010): 109; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico III* (Santiago, Universidad Diego Portales, 2005): 160-161; PEREIRA FREDES, Esteban, *Acerca de la*

De esta forma, puede aseverarse que el Código Civil francés no fue una creación de las doctrinas liberales, ni tampoco sus intérpretes conocieron el dogma de la autonomía de la voluntad. En realidad, los autores del siglo XIX no dieron una explicación teórica profunda del motivo por el cual los contratos obligaban; simplemente señalaban que el acuerdo voluntaria y libremente acordado era obligatorio, porque había sido formado gozando de estas características¹⁵².

En consecuencia, ya no parece cierto que la fuerza obligatoria provenga de la autonomía de la voluntad¹⁵³. Y tampoco es nada claro que esta justifique el cumplimiento específico como la sanción o remedio por antonomasia. No porque las partes se hayan vinculado de manera libre y voluntaria, deberán verificar sus obligaciones en especie de manera irrestricta y primaria, sin que les quepa posibilidad de recurrir a otro medio que tutele sus intereses. Lo que se propone, es conectar el cumplimiento del contrato con la satisfacción del acreedor, por cualquier vía remedial que ella sea posible; es así como se impone una revisión del principio de fuerza obligatoria del contrato, que lo independice de *l'exécution forcée en nature*¹⁵⁴.

fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado, en Revista de derecho. Escuela de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 6 (Santiago, 2014): 69-136. Por su parte, López Santa María presenta los principios de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato de manera independiente y solo constata la existencia de teorías voluntaristas que justificarían el *pacta sunt servanda*. LÓPEZ SANTA MARÍA, cit. (n. 34): 191-198, 223-235.

152 RANOUIL, cit. (n. 148): 71-72; CHÉNEDÉ, cit. (n. 148): 163-166; GORDLEY, cit. (n. 13): 162-163, 217-218. Gordley destaca brillantemente que el objetivo de los juristas del siglo XIX era evitar los problemas filosóficos que se suscitaron en la Escolástica. No obstante, ello se convirtió en una tarea impracticable, pues tuvieron que explicar reglas vigentes que servían a ciertos propósitos humanos, mediante definiciones que estaban abstraídas de esos mismos propósitos. *Idem*: 164, 230-233.

153 ACCATINO, Daniela, *La "teoría clásica" del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial*, en *Revista Chilena de Derecho*, 1. XLII (Santiago, 2015): 41-48.

154 LAITHIER, *Étude comparative*, cit. (n. 10): 1-31, 61-66. Y en Chile, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional*, en *Revista Chilena de Derecho*, 3. XXXIII (Santiago, 2006): 439-454; EL MISMO, *Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista*, en *Revista Chilena de Derecho*, 1. XXXIV (Santiago, 2007): 49-50; PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía*, en PIZARRO WILSON, Carlos, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (Bogotá, Universidad del Rosario, 2010): 308-311; BAHAMONDES, cit. (n. 114): 250-252.

La discusión, al menos en Francia, parece estar llegando a su fin. Luego de cuatro proyectos de reforma, *l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, instaló un nuevo artículo 1217 en el *Code Civil*. Gracias a dicha incorporación, es que, a partir del 1 de octubre de 2016, el acreedor puede aspirar a una opción horizontal de remedios, ahora establecida por ley¹⁵⁵.

155 Dicha ordenanza fue ratificada por la Ley N° 2018-208, de 20 de abril de 2018, transformando el estatus de este acto, que pasa de ser reglamentario a constituir una ley propiamente tal, confundiendo con el que aprobó su contenido. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas, LAITHIER, Yves-Marie, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *La semaine juridique*. 18 (Paris, LexisNexis, 2018), pp. 885, 886. MINISTÈRE DE LA JUSTICE FRANÇAISE, *Loi N° 2018-287 du 20 avril 2018 qui ratifie l'ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, que ratifica el *Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *Journal Officiel de la République Française du 10 février 2016* (Paris, Ministère de la Justice, 2016): 25. "Art. 1217.- La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut:

"- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation;

"- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation;

"- solliciter une réduction du prix;

"- provoquer la résolution du contrat;

"- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

"Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter".

Con una redacción muy similar, el proyecto de reforma previo –presentado por el Ministerio de Justicia francés en 2015– establecía los efectos del incumplimiento contractual. Cabe destacar que en este se utilizaba el término *remèdes* y que dicha expresión fue suprimida en la *Ordonnance*, la que como se ve, emplea la tradicional e histórica voz *sanctions*. Ambas iniciativas constituyeron una separación de los tres proyectos de reforma que anteriormente fueron difundidos y sometidos a una intensa discusión académica. Tanto en el *Projet Catala*, como en el *Projet de la Chancellerie* y el *Projet Terré*, se presentaba una primacía del cumplimiento específico por sobre los otros medios de tutela. Aunque en el tercero esto era menos evidente, en los dos primeros seguía siendo una sanción de principio. FERRANTE, Alfredo, *Una primera aproximación al Avant-Projet Catala y a la nueva responsabilidad en el derecho francés*, en *Indret*. 1 (Barcelona, 2008): 29; PIZARRO WILSON, Carlos, *Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de*

Esta reforma trajo consigo la abolición del principio de condena pecuniaria del polémico artículo 1142 y ratificó la interpretación inversa que, con apoyo de la doctrina, venía sosteniendo la Corte de Casación. Pero no se limitó solo a eso, sino que también barrió con las diferencias entre las obligaciones de dar, hacer y no hacer, y sus respectivos tratamientos, fundiéndolos en un único régimen de cumplimiento específico compuesto por los artículos 1221 y 1222. En suma, se legaliza la procedencia de esta *sanction* en todo tipo de obligación, pero no se le considera ya como una medida jerárquicamente superior a las demás, desechando a la fuerza obligatoria como su pretendido cimiento. Con ello, el fundamento aristotélico y tomista de la obligatoriedad del contrato, representado por la justicia conmutativa, experimentaría un renacimiento¹⁵⁶.

De lo expuesto puede concluirse, entonces, que la normativa chilena sobre cumplimiento específico tiene ciertas características distintivas, que representaron una innovación respecto de los cuerpos codificados que le precedieron. La influencia de las *Siete Partidas* y de su interpretación y aplicación escolástica son, ciertamente, su mayor fuente de inspiración. Una muestra de ello es que tanto el *Code Civil*, como la regla española, tomaron rumbos diversos que el codificador nacional decidió no proseguir.

Y es por esta peculiaridad que en Chile no puede negarse la genuina existencia del cumplimiento específico como remedio del acreedor. Es más, se trató de una verdadera decisión legislativa civil y procesal, que hoy se ve refrendada con importantes límites, remociones y correcciones por el propio código francés. Eso sí, debe destacarse que el legislador galo de 2016 se preocupó de dar un giro contemporáneo y fijó manifiestamente un catálogo horizontal de sanciones por incumplimiento en favor del acreedor.

contratos, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1. XXXVI (Valparaíso, 2011): 126-130; MOMBERG URIBE, Rodrigo, *La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, XXIV (Santiago, 2015): 121-142.

- 156 MINISTÈRE DE LA JUSTICE FRANÇAISE, cit. (n. 155): 25. Un análisis de la justicia conmutativa en el derecho francés, como fundamento de las obligaciones contractuales, en CHÉNEDÉ, cit. (n. 148): 166-177. Del mismo autor, véase el estudio completo en CHÉNEDÉ, François, *Les commutations en droit privé* (Paris, Economica, 2008) y EL MISMO, *Las conmutaciones en el derecho privado. Contribución a la teoría general de las obligaciones*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* XVIII (trad. cast. Sara Moreno Fernández, Santiago, 2012): 123-148; ACCATINO, cit. (n. 153): 42.

Empero, no ha de desconocerse que una evolución similar ha experimentado la posición del cumplimiento específico en la doctrina nacional. Pese a que Chile nunca resistió su procedencia en cualquier tipo de obligación, el declive de la jerarquía entre el cumplimiento y la indemnización de daños se va instalando definitivamente¹⁵⁷ con una incipiente, pero progresiva, aceptación jurisprudencial¹⁵⁸.

De esta manera, el panorama inicialmente expuesto en este capítulo experimenta una metamorfosis. Por una parte, Francia se decidió a renovar su Código Civil y consolidó en este las decisiones de sus tribunales, pero con un estatuto que elimina toda jerarquía entre los medios de tutela del acreedor. Y, por otra, Chile continúa el legado de la norma alfonsina, a la que la doctrina —y poco a poco la jurisprudencia— han ido dotando de temperamentos, para conducir una solución similar a la actual francesa, por vía de la interpretación de las normas vigentes.

Este derecho de opción, acunado en la dogmática y hoy reconocido al acreedor, también pasa a ser un motivo que impulsa el análisis del es-

- 157 Uno de los primeros estudios más acabados sobre esta visión horizontal de remedios en Chile, lo aportó LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* XV (Santiago, 2010): 65-113. Este escrito hoy constituye una completa monografía, vid. LA MISMA, *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley, 2015). Pero antes, ya hubo múltiples manifestaciones de este necesario cambio, PIZARRO WILSON, Carlos, AGUAD DEIK, Alejandra, *Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual* en *Revista Chilena de Derecho Privado* IX (Santiago, 2007): 151-153; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Compraventa, incumplimiento y remedios*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* IX (Santiago, 2007): 161-165; PIZARRO WILSON, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico) *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, LegalPublishing, 2008): 395-402; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil*, en CORRAL TALCIANI, Hernán, RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coord.), *Estudios de Derecho Civil II: Código Civil y principios generales, nuevos problemas, nuevas soluciones*² (Santiago, LegalPublishing, 2007): 517-538; EL MISMO, *El incumplimiento*, cit. (n. 114): 499-500; BAHAMONDES, cit. (n. 114): 235-262.

- 158 Como lo demuestra LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma?*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* XXIII (Santiago, 2014): 139-207.

cenario procesal que debiese enfrentar un demandante si elige obtener el cumplimiento de su contrato.

Por tratarse de una norma casi tan antigua como el Código Civil y que fue dictada para dar coherencia adjetiva a los mandatos sustantivos, es que, en lo que sigue, se revisará la manera en que la reglamentación del Código de Procedimiento Civil fue establecida, para suplir las fórmulas procesales vigentes en las *Siete Partidas*. Dado que respecto de la ejecución de las obligaciones este cuerpo de leyes no ha experimentado cambios sustanciales desde su entrada en vigor en 1903, es que la revisión amerita ser hecha a continuación del apartado recién expuesto.