

CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL. UNA PERSPECTIVA MÁS REALISTA*

ÁLVARO VIDAL OLIVARES**

RESUMEN: En toda obligación de origen contractual es posible distinguir un objeto real de otro ideal, siendo este último el relevante para apreciar el fenómeno del incumplimiento y sus efectos. El problema del incumplimiento se reduce a si el deudor desplegó, o no, la conducta debida y esta es la que inicialmente proyectaron las partes. El deudor junto con obligarse a dar o a hacer alguna cosa, debe emplear en la ejecución de su prestación una diligencia promotora del cumplimiento, que se materializa en la adopción de medidas concretas para la superación de obstáculos o impedimentos que afecten el fiel desarrollo de la prestación, sean o no previsibles. El incumplimiento es un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación respecto de la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato. Ese incumplimiento, carente de una valoración subjetiva, es el que permite articular el sistema de los remedios de que dispone el acreedor y entre los cuales puede optar más o menos libremente.

Palabras Clave: obligación, cumplimiento, incumplimiento.

ABSTRACT: Every obligation arising from a contract is composed of a so-called “real” object and an “ideal” object, the latter of which being relevant when the issue of non compliance is at stake and when its effects are to be determined. The non compliance problem can be summed up as follows: has the debtor adopted the appropriate behaviour and is the behaviour he finally adopted the one both parties had initially agreed upon? The debtor does not only oblige himself to give or to do something. He must also perform his obligation in such a way that actively promotes compliance, i.e. take concrete measures in order to overcome hurdles or obstacles which could possibly interfere with a dutiful fulfillment of the obligation, no matter how foreseeable such obstacles could be. Non compliance is an objective fact that identifies itself with any deviation by the debtor

* Este trabajo se enmarca en una línea de investigación que se viene desarrollando desde el año 2003 y que parte de los resultados obtenidos han sido incluidos en un trabajo que está en prensa y en él se estudia, por un lado, el modelo de obligación considerado por Andrés Bello, el de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto y sus consecuencias en el ámbito de los efectos del incumplimiento y, por otro, el de las obligaciones con objeto fungible a las que el legislador le presta una menor atención, pero que son las que prevalecen hoy en el tráfico jurídico. Sobre esa base se intenta una relectura a partir de las normas y principios que rigen esta clase de obligaciones, en particular, las de dar un género y las de hacer, con la colaboración de los principios que inspiran el sistema en la Convención de Viena y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. El trabajo se titula “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del *Código Civil* sobre incumplimiento” y que será publicado en las *Actas del Congreso Internacional en conmemoración del centésimo quincuagésimo aniversario de la promulgación del Código Civil de Chile*. En el presente artículo se persigue profundizar acerca de uno de los aspectos del trabajo anterior, el del cumplimiento e incumplimiento contractual.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la PUCV (Chile) y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Abogado de Oelckers, Urrutia y Cía. Ltda. (Valparaíso-Chile). <http://www.alvarovidal.cl>

from the path he must follow to perform his obligations under the contract. Non compliance implies no subjective assessment whatsoever and is as such the key to the remedies which are available to the creditor, and which he can more or less freely choose.

Key words: obligation, compliance, non compliance. Planteamiento y justificación

PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

La doctrina nacional no se ha hecho cargo de definir aquello a lo que se obliga el deudor y, menos, cuándo se entiende que cumple o incumple su obligación. Si la cuestión se examina abstractamente y se trabaja con categorías separadas, como las de obligación, cumplimiento o pago e incumplimiento, no se alcanzan a detectar problemas a que ellas dan lugar. Sin embargo, ello varía cuando tales categorías se conectan a un supuesto contractual concreto en que las partes discuten el alcance de la obligación y si habido incumplimiento o no. Concurren aquí varios problemas: de interpretación e integración de la regla contractual, de cumplimiento y de incumplimiento y consiguiente insatisfacción del interés del acreedor.

El incumplimiento se identifica con las modalidades que este puede asumir a partir del artículo 1556 CC: no haber cumplido; haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado el cumplimiento; y sus efectos se examinan sobre la base de una dicotomía: falta de cumplimiento y cumplimiento tardío; supuestos en los que, en principio, la cuestión del incumplimiento no ofrece dificultades ni da lugar a mayores conflictos. Basta con la constatación de la pasividad del deudor o el retardo en el cumplimiento.

Las cosas tornan un poco más complejas cuando se desciende a la práctica contractual y se detectan supuestos en los que si bien el deudor ha desplegado alguna actividad en ejecución de su obligación, ella no coincide plenamente, al menos a juicio del acreedor, con el programa inicial e ideal de prestación y ello hace que el acreedor declare su interés insatisfecho y se dirige en contra del deudor. Lo que aquí acontece es que el deudor ha cumplido, pero lo ha hecho imperfectamente.

Al final en estos casos el problema se traduce a uno de interpretación e integración del contrato, o como le he denominado en otro sitio, de construcción de la regla contractual¹. No es fácil averiguar ni mucho menos definir aquello a lo que se ha obligado el deudor y a lo que, en definitiva, tiene derecho a exigir el acreedor. Las declaraciones de voluntad son por lo general incompletas e insuficientes, y por qué no decirlo, ambiguas e imperfectas; lo que obedece a que las partes más que estar preocupadas en la definición de los efectos del contrato que celebran, lo están en los intereses que motivan su decisión de contratar y su ulterior satisfacción por medio del instrumento contractual. Siendo así la afirmación “el deudor cumplió o el deudor incumplió” presupone una ardua tarea de interpretación e integración de la declaración de voluntad, que en casos de cumplimientos imperfectos resulta extremadamente más difícil. De la realización de esta actividad surge

¹ Sobre la noción de la construcción de la regla contractual en el derecho civil chileno, véase: VIDAL OLIVARES (2000).

un resultado, la regla contractual, y con apoyo en ella, el juez o árbitro, bien dará lugar a la pretensión del acreedor, bien la desechará por infundada.

En las líneas que siguen se examinará la cuestión del cumplimiento e incumplimiento del contrato, a partir de un supuesto específico, el de los cumplimientos imperfectos y referido no a cualquier obligación, sino especialmente a las obligaciones con un objeto fungible². Esta última elección obedece a que estas obligaciones tienen un régimen legal, aunque insuficiente, bastante más próximo a las actuales condiciones del tráfico jurídico y a que son las obligaciones que hoy día prevalecen en el tráfico³.

Lo anterior no quiere decir que se prescindirá de las obligaciones con objeto específico (de dar una especie o cuerpo cierto o de hacer personalísima), sino que simplemente se tendrá como punto de partida el régimen de las de objeto fungible, para luego intentar la generalización de sus reglas toda clase de obligación.

Estas obligaciones, las de objeto fungible, se caracterizan por admitir tantas posibilidades de satisfacción como las disponibles en el mercado. La satisfacción del interés del acreedor no queda supeditada a una prestación única y específica, sino que ella se producirá en la medida que el deudor ejecute una prestación idónea para dicho fin⁴.

Las disposiciones, aunque escasas, sobre esta clase de obligaciones, interpretadas en conexión con las generales sobre los efectos de las obligaciones y del incumplimiento, ofrecen soluciones que resultan lo suficientemente amplias como para dar una adecuada salida a los problemas de insatisfacción del interés de acreedor, sin tomar en cuenta concretamente la clase de obligación incumplida: de objeto fungible o específico.

Este modelo de obligación es el considerado hoy día por los ordenamientos que integran lo que se conoce como Nuevo Derecho de los Contratos, como lo son la

² Una obligación será fungible cuando su objeto sea recíprocamente sustituible o intercambiable por otro; sin lesionar la efectiva satisfacción del interés del acreedor. La posibilidad de satisfacción no es única, sino hay que hay tantas como las disponibles en el tráfico. Entonces, la obligación será una con objeto no fungible, o específico, cuando la posibilidad de satisfacción del interés del acreedor sea única: solo esa cosa determinada o la actividad que despliegue el deudor será idónea para este objeto. Las obligaciones con objeto fungible envuelven a las de dar genéricas y a las de hacer no personalísimas o fungibles. En este trabajo se denominará a ambas obligaciones con objeto fungible. Refiriéndose a las obligaciones genéricas, a su carácter fungible y a su particular régimen normativo: DÍEZ-PICAZO (1996) p. 291-294 y FENOY PICÓN (1996) p. 26 y ss.

³ Las condiciones del tráfico han cambiado respecto a las que tuvo a la vista Bello y el Derecho de las obligaciones y de la responsabilidad por incumplimiento debe ajustarse a ellas. Hoy día el tráfico tiene por objeto bienes en masa constitutivos de géneros cada vez más diversificados; y, también, lo son nuevos servicios determinantes para pasar del sector industrial al sector terciario de los servicios. Estos bienes y servicios son por regla general fungibles. No quiere decir que las obligaciones con objeto específico hayan desaparecido, ellas subsisten; sin embargo, son cada vez más escasas. El modelo relevante no es el de las obligaciones de dar una cosa específica, sino el de las obligaciones de dar una cosa genérica y de hacer, o con objeto fungible. Las escasas disposiciones diseminadas en el *Código* sobre estas obligaciones y las generales sobre los efectos del incumplimiento, permiten aproximarse a la responsabilidad civil y, en general, a los remedios por incumplimiento, desde una perspectiva mucho más funcional y apropiada pudiendo alcanzar un sistema lo suficientemente versátil para dar respuesta a todos los problemas del tráfico sin importar la clase de obligación concernida.

⁴ Pronunciándose sobre las obligaciones genéricas: FENOY PICÓN, (1996), p. 26; y sobre estas y las de hacer: DÍEZ-PICAZO, (1996), pp. 291-294.

Convención de Viena; los Principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL)⁵ y los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales⁶; la Directiva N° 44 de 1999 sobre ventas de consumo del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (99/44/CEE) que reemplaza para esta clase de compraventas el tradicional sistema de las acciones edilicias por uno más amplio, el de la falta de conformidad de la cosa⁷ y la reforma al *BGB* del año 2002⁸.

En el presente trabajo como cuestión previa se desvelará el contenido de las obligaciones con objeto fungible en contraste con las de objeto específico; seguidamente se examinará la tensión existente entre cumplimiento y el cumplimiento imperfecto, intentando aproximarme a un concepto amplio de incumplimiento; y, finalmente, se describirá en general cómo el sistema protege al acreedor afectado por el incumplimiento.

1. PRIMERA CUESTIÓN: ¿A QUÉ SE OBLIGA EL DEUDOR?

1.1. LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL Y SU OBJETO

En las obligaciones con objeto fungible el deudor se obliga a desplegar toda la actividad que sea necesaria para alcanzar el fin último del contrato. Y este fin es la satisfacción del interés del acreedor que se dibuja a partir del propósito práctico incorporado a la regla contractual⁹. En cambio, en las obligaciones específicas, el deudor, más bien, compromete una determinada actividad; sobre él pesan unos deberes de conducta bien delimitados y acotados. Las posibilidades de cumplimiento son más amplias en la primera especie de obligaciones.

⁵ LANDO (2000); DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002). Estos principios carecen de fuerza vinculante directa, deben incorporarse al contrato por un acuerdo entre las partes o por aplicación de las prácticas establecidas anteriormente por ellas mismas o de los usos del tráfico (elementos de interpretación integradora del contrato). En el artículo 1101 de los PECL se lee: “Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos”.

⁶ Aprobados en el mes de mayo de 1994 por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT y cuya última versión fue aprobada el año 2005. Los PCCI, los comentarios a sus artículos y jurisprudencia que los ha aplicado, se encuentran en el sitio <http://www.unilex.info> Estos principios, al igual que los PECL, carecen de fuerza vinculante directa, deben incorporarse al contrato por un acuerdo entre las partes o por aplicación de las prácticas establecidas anteriormente por ellas mismas o de los usos del tráfico (elementos de interpretación integradora del contrato). En el preámbulo de los PCCI se expresa: “Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos”.

⁷ En Alemania, junto con incorporarse la Directiva, la reforma al *BGB*, modifica el régimen general de la compraventa acogiendo el régimen de la falta de conformidad para toda compraventa. En todo caso, la reforma no se limita a la compraventa, sino, también, al derecho general de las obligaciones y del incumplimiento de las mismas, cualquiera sea su fuente. En el Derecho español, la ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, incorpora al Derecho español la comentada Directiva europea, derogando el art. 11.2 y 3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios española. Sobre la ley 23/2003 y el régimen por falta de conformidad que ella instaura, véase: FENOY PICÓN (2006).

⁸ ALBIEZ (2002a) pp. 1133-1227; ALBIEZ (2002 b) p. 187 y ss; EBERS (2003) pp. 1575-1608.

⁹ MORALES MORENO (1983) p. 530.

En el Derecho Civil español la doctrina se ha planteado cuál es el verdadero alcance de la obligación y su objeto, y para ello el acento se ha puesto en el interés de acreedor y su ulterior satisfacción. Para Luis Díez-Picazo la prestación puede entenderse en dos sentidos, a) como comportamiento efectivo del deudor que se confunde con el propio cumplimiento de la obligación, y b) como plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira que se haga realidad en un momento posterior. Para el jurista este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación y no la cosa o el hecho sobre la que recae; plan o proyecto que en su ejecución se integra por la diligencia que, por un lado, sirve para determinar pormenorizadamente su contenido y, por otro, impone al deudor una serie de deberes accesorios que tienen por objetivo la actividad previa necesaria para promover e impulsar la prestación y la satisfacción del interés del acreedor. El autor, en definitiva, antepone el deber ser –el comportamiento comprometido por el deudor– antes que la conducta efectiva, la cosa o el hecho¹⁰. Esta forma de entender el objeto de la obligación permite la construcción de un concepto amplio de incumplimiento que se identifica con cualquiera desviación de la conducta del deudor en contraste con el proyecto inicial e ideal¹¹. Recientemente, Antonio Morales Moreno, al estudiar el principio de la conformidad consagrado en la CV y en la Directiva (1999/44) y la adaptación del *Código Civil* español a ese principio en materia de compraventa, explica que en la obligación genérica (de objeto fungible en la terminología aquí empleada) el objeto es siempre el correspondiente al género, es decir, el que debe ser. En la específica, en cambio, se pueden contraponer dos maneras distintas de entender el objeto. Según una, el objeto es el real, tal como es, con independencia de que tenga o no las cualidades que conforme el contrato debieran tener. Según la otra, el objeto de la obligación no es el real, tal cual es, sino el ideal previsto por las partes; es decir, el objeto real con todas las cualidades que conforme el contrato debe tener. Este modo de entender el objeto, agrega el autor, es aplicable, tanto a obligaciones específicas como genéricas: el objeto de la obligación del vendedor en la compraventa es la de entregar una cosa conforme al contrato. Finaliza diciendo que el objeto no es la cosa tal cual es, sino tal como debe ser y ello hace que pierda sentido la diferenciación entre el régimen de la obligación específica y el de la obligación genérica en lo que a él le interesa, la conformidad de la cosa. Con apoyo en la distinción entre objeto real e ideal el autor una noción amplia de incumplimiento comprensiva de todos los defectos de que puede adolecer la prestación (cuantitativos y cualitativos)¹².

Si bien ninguno de los autores sostiene que esta manera de concebir el objeto de la obligación coincide con el objeto de las obligaciones de dar y hacer fungibles, su forma de entender la obligación y su objeto calzan perfectamente con el mode-

¹⁰ DÍEZ-PICAZO (1996) pp. 236-237.

¹¹ DÍEZ-PICAZO (1996) pp. 567-570.

¹² MORALES MORENO (2003) p. 1613.

lo de estas últimas obligaciones, que en el caso de Morales Moreno, la extiende inclusive a las obligaciones específicas.

Volviendo al contenido de la obligación, a su objeto, ahora entendido como lo que debe ser, lo idealmente convenido por las partes, en las obligaciones con objeto fungible será el juez quien debe apreciar –al resolver el conflicto entre partes en torno a su cumplimiento o incumplimiento– la suficiencia o no de la actividad desplegada por el deudor en la ejecución de su prestación y para ello deberá, como primera cosa, interpretar e integrar la regla contractual y así determinar cuál es el objeto de la obligación, ¿qué es aquello que prometió el deudor (el deber ser)? y, después, considerará la diligencia exigible al deudor conforme a esa regla. La diligencia que compromete el deudor en el cumplimiento corresponde a su función promotora del cumplimiento y es intrínseca a la prestación debida (elemento de la naturaleza ex art. 1444 *Código Civil*) y tiene respecto de ella un carácter instrumental¹³. El artículo 1547 *Código Civil* regla sobre la diligencia en esta función, la que depende, sea de la economía del negocio, sea de la voluntad de las partes.

En las obligaciones específicas igualmente el deudor debe emplear esta diligencia promotora, sin embargo, el deber de prestación del deudor está más acotado. Si la cosa perece o pasa a manos de tercero o si el deudor de una obligación de hacer personalísima está impedido de ejecutar el hecho prometido o si es prohibido por la ley, no hay nada más que hacer, o la obligación se extingue, si concurren los requisitos de la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor (art. 1670 *Código Civil*) o ella subsiste, pero cambia de objeto, al producirse la *perpetuatio obligationis* (art. 1672 *Código Civil*). El acreedor no puede esperar otra actividad del deudor, salvo exigir la cesión de los derechos o acciones que tenga en contra de terceros por la objetiva imposibilidad de la prestación (*commudum*)¹⁴.

1.2. LA DILIGENCIA EXIGIBLE Y EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

La diligencia promotora del cumplimiento consiste en toda la actividad necesaria para que la prestación –contemplada inicialmente como un proyecto ideal– se convierta en una realidad. El deudor, actuando esta diligencia, debe superar toda clase de impedimentos u obstáculos –incluso imprevisibles al tiempo de contratar– que incidan en la ejecución de la obligación. Tratándose de estos impedimentos u obstáculos imprevisibles al tiempo del contrato, como ocurre en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, la diligencia promotora es regla de integración de la prestación, imponiendo al deudor una actividad que no tuvo cómo prever inicialmente y, consiguientemente, unos costos adicionales.

¹³ La distinción entre estas dos funciones de la diligencia se recoge de: BADOSA COLL (1987) pp. 169-212. La diligencia-prestación sirve para dotar de contenido y determinar una prestación, generalmente de hacer, identificada con una referencia de carácter genérico. La diligencia promotora, en cambio, corresponde a una función que es intrínseca a la prestación debida y tiene respecto de ella un carácter instrumental. Corresponde a la actividad necesaria para que la prestación, contemplada inicialmente como proyecto, pueda convertirse en realidad.

¹⁴ A ella me referiré más abajo.

El límite de esta diligencia y de la actividad que se puede esperar del deudor está representado por la irresistibilidad de las consecuencias del impedimento u obstáculo. Este límite permite unir la responsabilidad civil por daños con la exoneración de la misma por caso fortuito o de fuerza mayor (artículo 1547 y 45 CC). El deudor incumplidor responde mientras no pruebe que su incumplimiento tuvo por causa un hecho constitutivo de caso fortuito, que se define concretamente, según sea su diligencia exigible.

Si las cosas se aprecian de esta forma, la diligencia promotora en su faz negativa atribuye responsabilidad al deudor, lo que por regla general sucederá por el solo incumplimiento (art. 1547 *Código Civil*). En la indemnización de daños contractuales el criterio de atribución, o lo que es igual, de imputación subjetiva, es la culpa¹⁵; y el deudor únicamente se exonera de ella cuando acredita el caso fortuito, que sobreentiende la prueba de un suceso o evento externo imprevisible al tiempo del contrato, inevitable e insuperable en el momento mismo de la ejecución de la prestación, todo ello apreciado según la diligencia promotora que le hubiese sido exigible al deudor¹⁶. En principio, el caso fortuito torna inexigible el cumplimiento al deudor, pese a su objetiva posibilidad. Es precisamente la falta de exigibilidad de la obligación la que explica la exoneración de responsabilidad a favor del deudor. Y esta falta de exigibilidad denota el límite de la actividad que puede esperarse y exigirse al deudor.

La obligación subsiste, el caso fortuito por sí solo no la afecta y como consecuencia de ello el deudor debe emplear la diligencia que le sea exigible y evitar y superar el impedimento u obstáculo en que consiste y sus consecuencias, cumpliendo la obligación, aunque tardíamente.

De esta forma, el caso fortuito se aplica y extiende su eficacia de exoneración, tanto a las obligaciones con objeto específico, como a las de objeto fungible, incluidas las genéricas¹⁷. La regla del *genus nunquam perit* no es una regla de responsabilidad, sino de riesgo de la prestación; una cosa es que el género no perezca y otra muy distinta es someter al deudor a una responsabilidad absoluta sin posibilidad de exoneración¹⁸. En toda obligación el deudor puede ver afectado el cumplimiento de su obligación por un

¹⁵ Considerando otros criterios de imputación de responsabilidad, de carácter más objetivados: BARAONA (1997) p. 156, distingue la pretensión de la *aestimatio rei*, que es acción de cumplimiento, de la pretensión indemnizatoria, que nace *ex novo*, porque se ha causado un daño con ocasión del cumplimiento/incumplimiento de la obligación. Con relación a la pretensión de la *aestimatio rei*, la culpa no actúa como factor de imputación, porque corresponde a lo que el deudor se obligó. En lo que concierne a los daños propiamente obligacionales, como denomina, distingue entre las obligaciones de actividad y resultado, precisando que en las primeras la prueba de la diligencia no es causa de exoneración, sino que constituye cumplimiento; el dolo constituye una forma de agravación de responsabilidad.

¹⁶ En la doctrina nacional, el profesor PIZARRO WILSON (2004) pp. 7-15, estudia la fuerza mayor como defensa del deudor, sin embargo, prescinde absolutamente del criterio de la diligencia en las obligaciones de resultado en las que la responsabilidad es objetiva y los problemas de exoneración serían de causalidad y no de culpabilidad. Para el autor, el art. 1547 del *Código Civil* se aplicaría exclusivamente a las obligaciones de medios.

¹⁷ Así lo reconocen: DÍEZ-PICAZO (1996) p. 585; PANTALEÓN PRIETO (1991) p. 1.070; FENOY PICÓN (1996) p. 99.

¹⁸ Para un riguroso estudio acerca del régimen de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones genéricas, véase: CAFFARENA LAPORTA (1982) pp. 291-354.

impedimento u obstáculo imprevisible al tiempo de contrato, inevitable e insuperable y que causa el incumplimiento. Otra cosa es la imposibilidad sobrevenida de la prestación, cuyos efectos varían según sea su causa. a) Si es el hecho o culpa del deudor, este sigue obligado, ahora a la indemnización de daños que comprenderá el valor de la prestación y los otros daños que excedan de dicho valor (art. 1672 *Código Civil*); b) si es un caso fortuito en los términos explicados, el efecto es la extinción de la obligación y, consiguientemente, la indemnización queda excluida (art. 1672 *Código Civil*). El caso fortuito no extingue la obligación, sino que integra el supuesto de su causa de extinción, pérdida de la cosa que se debe.

En suma, por virtud de la diligencia promotora del cumplimiento que integra toda obligación, el deudor está obligado a desplegar aquella actividad que le permita superar las consecuencias del impedimento u obstáculo imprevisible y de este modo cumplir con su obligación, como lo espera el propio acreedor y a lo que tiene derecho, aunque ello acontezca tardíamente.

2. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO

El concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor¹⁹. Fernando Pantaleón Prieto define el incumplimiento de la obligación como desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso²⁰. Por su parte, Antonio Morales Moreno considera más útil manejar el concepto de insatisfacción de interés negocial, para comprender mejor y entender en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio²¹.

En el *Código Civil* no existe una definición general de incumplimiento, ella se induce *a contrario sensu* de las normas sobre la fuerza obligatoria del contrato (art. 1545

¹⁹ Este concepto amplio y objetivo de incumplimiento lo recoge la Convención de Viena, que en sus artículos 45 y 61 articula el sistema de responsabilidad a partir del hecho objetivo del incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones del deudor (vendedor/comprador), poniendo a disposición del acreedor afectado, en principio, cualesquiera de los remedios que tales preceptos establecen, incumplimiento que, incluso, podría estar amparado por una excusa de exoneración (art. 79 (5) CV). Por su parte, el art. 1301 de los PECL contiene una definición del incumplimiento como hecho objetivo al disponer que este “denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”. Sobre el alcance de este concepto y su relación con el sistema de remedios de los PECL, véase DÍEZ-PICAZO *et al.* (2002) pp. 321-324.

²⁰ Fernando PANTALEÓN PRIETO (1995) pp. 3507-3508. En este mismo sentido: CASTILLA BAREA (2001) pp. 109-114, entiende que hay incumplimiento siempre que la prestación no se ejecute conforme a lo pactado sin juicio de reprochabilidad al deudor.

²¹ MORALES MORENO (1983) p. 530. SAN MIGUEL PRADERA (2004) p. 123 apunta que existe incumplimiento cuando no se obtiene un determinado nivel de satisfacción de interés del acreedor (que es el que se entiende que el deudor garantiza)

Código Civil) y del medio de extinción de las obligaciones el pago (art. 1567 y concordantes). Desde el ángulo del pago de las obligaciones el esquema cambia si la prestación de lo debido (art. 1567) se lee como la realización de lo suficiente, según la regla contractual, para la satisfacción del interés del acreedor. De este modo, la *solutio* del deudor (efecto liberatorio del pago) queda condicionada a la *satisfactio* del acreedor. Si el deudor no hace lo suficiente no hay *solutio* y ello justificaría el tránsito desde efectos normales de las obligaciones a los efectos anormales, cuyo presupuesto básico es el incumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones.

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

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

El art. 1569 CC, en su inciso segundo, prescribe lapidariamente que el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni, aun, a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida. Debería uno preguntarse ¿cuál es el alcance de esa disposición si se la mira precisamente desde la óptica contraria, la del incumplimiento de la obligación?

En las obligaciones con objeto fungible la identidad de la cosa o del hecho (objeto de la prestación) resulta de la concurrencia de las características que las partes acordaron que debía tener, teniendo en cuenta que en ellas la satisfacción del interés del acreedor no queda restringido a una cosa o hecho determinado. Hay varias cosas o hechos aptos para la satisfacción de dicho interés, pudiendo el deudor cumplir dando una cosa o ejecutando un hecho, que aunque no coincida plenamente con el programa inicial de prestación, sí satisface tal interés²². Esa falta de coincidencia o de conformidad a la que me refiero constituiría una forma de incumplimiento y, por consiguiente, abriría paso a los efectos que le son propios.

Siendo así y pese a lo tajante de la disposición del artículo 1569, el acreedor debería conservar la prestación no conforme en la medida que ella sea igualmente idónea para la satisfacción de su interés, eso sí, sin perjuicio de su derecho a reclamar la indemnización de daños o, incluso, la reparación o corrección de la prestación imperfecta. Pero si la falta de coincidencia obsta definitivamente a la realización del interés del acreedor, este podría resolver el contrato ex art. 1489 *Código Civil* o exigir la sustitución de la prestación, siempre que sea procedente. Si el rechazo es infundado y el acreedor resuelve será él mismo, en su calidad de deudor, quien habrá incumplido el contrato, quedando sujeto a la consiguiente responsabilidad y al ejercicio de los restantes remedios de que dispone el acreedor afectado.

²² Así se infiere: SÁNCHEZ CALERO (1980) p. 84, quien se refiere a las cosas infungibles determinadas genéricamente y admite la falta de coincidencia entre lo acordado y la prestación realizada por el deudor.

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

Con la finalidad de ilustrar lo que hasta aquí se ha afirmado se propone el siguiente caso hipotético.

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

Aquí se trata de una obligación que las partes configuran como específica, empero, de acuerdo con la regla contractual, la obligación verdaderamente es de objeto fungible. Por esta razón, el vendedor cumple entregando las mercaderías de reemplazo, aunque lo hace imperfectamente. El acreedor debe aceptar el cumplimiento, sin perjuicio de su derecho a indemnización del menor valor de las mercaderías y el lucro cesante que experimente en la venta final.

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

En las obligaciones de objeto específico el principio de la identidad del pago se comporta de la misma forma, con la salvedad que hay una sola cosa o hecho idóneo para satisfacer el interés del acreedor. Si el deudor ejecuta la prestación específica y lo hace imperfectamente, el acreedor se encuentra en la misma situación arriba descrita, se tendrá que conformar con la prestación imperfecta, a menos que el defecto sea de tal gravedad, que le autorice para rechazar la prestación o resolver el contrato. Con relación a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, hay regla expresa que así lo

reconoce, me refiero al artículo 1590 CC que dispone sobre los deterioros de la cosa debida.

El legislador protege el interés del acreedor frente a los incumplimientos del deudor, pero lo hace de forma equilibrada. Los principios de la conservación de contrato y de la buena fe objetiva del art. 1546 del *Código Civil* obligan al acreedor a aceptar y conservar una prestación defectuosa o no conforme siempre y cuando el incumplimiento no sea grave habida cuenta su interés contractual. Si lo es, el acreedor podrá resolver el contrato o rechazar la prestación y exigir su sustitución.

¿Cuándo el defecto es importante o grave? Lo es cuando hace desaparecer para el acreedor la utilidad que para él ese contrato –el incumplido– representa, sin perjuicio que subsista o no su interés en conseguir la realización de la prestación²³ o, bien, le priva de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del mismo con tal que ese resultado haya sido previsible al tiempo de la celebración del contrato²⁴. Esta noción de defecto importante o grave se vincula con el incumplimiento resolutorio del artículo 1489 Código Civil. La doctrina²⁵ y jurisprudencia²⁶ reservan la resolución por inejecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando así el ejercicio de la

²³ Idea que se extrae del art. 1926 del *Código Civil* en materia de incumplimiento del arrendador.

²⁴ Sobre la noción de incumplimiento esencial o resolutorio se considerará más adelante.

²⁵ CLARO SOLAR (1936) p. 193; FUEYO (1991) pp. 312-313; LÓPEZ SANTA MARÍA (1998) pp. 403 y 556; ALCALDE RODRÍGUEZ (2003a) pp. 69-93 y ALCALDE RODRÍGUEZ (2003b) pp. 387-395; KREBS POULSEN (1999) pp. 839-874.

²⁶ En la jurisprudencia se limita la resolución del contrato a incumplimientos de una cierta gravedad o envergadura, siendo improcedente cuando se trata de incumplimientos insignificantes. Entre las sentencias más importantes se citarán las que siguen: a) Sentencia de 29 de junio de 2000, www.lexisnexis.cl indicador N° 17025, se declara en atención a la entidad del incumplimiento invocado por la demandada para terminar anticipada y unilateralmente el contrato de transporte que “en atención al espíritu del contrato y la buena fe, con que estos deben ejecutarse resulta desproporcionado e injusto el actuar de la demandada, no habiendo entonces antecedentes serios y graves que permitieran a la empresa demandada poner término anticipado y unilateral a la relación contractual” (considerando 19°); b) Sentencia de la Corte Suprema del 7 de mayo de 2002 disponible en www.lexisnexis.cl indicador N° 25338 declara que no procede pedir la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes, por incumplimiento de obligaciones accesorias no condicionantes de escasa entidad, si se han cumplido las obligaciones principales. El sentenciador funda esta tesis en el art. 1852 del *Código Civil*, que dispone que si la evicción no cae sobre toda la cosa vendida y la parte evicta es tal que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la resolución de la venta. De esta forma, se añade, es dable concluir que no todos los incumplimientos llevan necesariamente a la resolución, y c) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 12 de noviembre de 1920, *Gaceta de los Tribunales* de 1920, segundo semestre, p. 610. En ella se declara lo que sigue: “la falta de cumplimiento de las demás obligaciones accesorias mencionadas (...) no es bastante para determinar la resolución del contrato, por más absolutos que parezcan los términos en que está concebida la disposición del artículo 1489 del Código Civil, dado que tratándose de una materia tradicional como es esta, que es regida por la equidad antes que por el derecho, o, mejor dicho, en la cual las disposiciones legales que la rigen aparecen inspiradas únicamente en principios de equidad natural, debe decidirse la resolución o negarse lugar a ella, según sean las circunstancias de la causa, circunstancias que, en este caso, inducen a negar lugar a la acción resolutoria en razón de que, habida consideración a la poca o a ninguna influencia de estas obligaciones en los fines prácticos del contrato (...) es de presumir que aun sin ellas el comprador lo habría celebrado”. La importancia de esta sentencia y esa es la razón de su cita al final es que no se conforma con afirmar que incumplimientos de poca monta o importancia no hacen procedente la resolución, sino que la conecta con la los fines prácticos del negocio, considerando en qué medida la obligación incumplida le afectó.

facultad de resolver para aquellos casos en los que el incumplimiento incide en obligaciones esenciales o cuando en sí es grave.

Para determinar si el acreedor tiene derecho a rechazar, o no, la prestación o, bien, está obligado a conservarla, primeramente, deberá considerarse la regla contractual concreta –lo querido por las partes– y ello presupone la interpretación de la declaración de voluntad. De ello resultará si la prestación ejecutada –la cosa o el hecho– coincide con el objeto ideal. Si de la regla contractual aparece que el acreedor busca que la cosa o el hecho reúnan una determinada característica o tenga una cualidad específica, y no otra, el asunto está zanjado: si no tiene esa característica o cualidad, el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación, pudiendo invocar el art. 1569 o, directamente, el art. 1489 del *Código Civil*.

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

Aquí se ha puesto de relieve una modalidad de incumplimiento más bien olvidada por nuestra doctrina y jurisprudencia²⁷, la del cumplimiento defectuoso o imperfecto que, sin duda, es la más compleja frente a la solución de los conflictos entre partes²⁸. El supuesto es que hay una actividad desplegada por el deudor, sin embargo, ella no coincide con el programa inicial dibujado por el operador jurídico al interpretar e integrar el contrato. En cambio, cuando no hay cumplimiento alguno, los únicos problemas que surgen están referidos a la posibilidad del cumplimiento posterior y a su idoneidad para satisfacer el interés del acreedor. Esta falta de atención muy probablemente obedezca al modelo de obligación relevante para nuestro codificador, el de las obligaciones de dar específicas, en el que los cumplimientos imperfectos tienden a identificarse con los vicios redhibitorios. Sin embargo, la noción de cumplimiento defectuoso o imperfecto es más amplia que la de vicio redhibitorio, al comprender toda falta de conformidad de la prestación²⁹. Los vicios ocultos tienen un ámbito más limitado, se aplican a las obligaciones dar una especie o cuerpo cierto, discutiéndose si alcanzan, o no, a las genéricas³⁰. De esta forma, toda anomalía cualitativa de la prestación que no

²⁷ ALESSANDRI, *et al.* (2004) pp. 251-252 y 264, afirman: “El vocablo incumplimiento se usa en sentido lato y en otro estricto. En sentido lato significa tanto retraso en la obligación, o incumplimiento temporal, cuanto incumplimiento propio y verdadero, o incumplimiento definitivo de la misma. En sentido estricto solo significa el incumplimiento definitivo de la obligación”. En la misma dirección, ya ALESSANDRI (1988) p. 63.

²⁸ La doctrina restringe el cumplimiento imperfecto a una de sus manifestaciones, el de cumplimiento parcial. Así: ALESSANDRI, *et al.* (2004) pp. 257 y 264; MEZA BARROS (1963), p. 257; ABELIUK MANASEVICH (1993) p. 671. Aunque este último autor emplea la expresión cumplimiento parcial, sin embargo, incluye dentro del mismo la entrega de una cosa deteriorada. En nuestra doctrina reconociendo esta clase de incumplimiento y la importancia de su consideración en materia de indemnización de daños: BARAONA GONZÁLEZ (1997).

²⁹ Así se recoge: María Isabel ÁLVAREZ VEGA (2003) pp. 328-329.

³⁰ En el Derecho Civil español se discute sobre la aplicación de las acciones edilicias a las obligaciones genéricas. Antonio ORTI VALLEJO (1987) pp. 84 y 267, considera que a la compraventa genérica se aplica las acciones generales de incumplimiento y a las específicas las de saneamiento. Para él, el vendedor en esta clase de compraventa está obligado a entregar una cosa con las cualidades de género pactado, sin importar si ha mediado, o no, la especificación de la obligación. Para NAVAS NAVARRO (2004) pp. 104, 109-111, 240-241, 245-246, en la compraventa genérica la entrega de una cosa con anomalías cualitativas supone

caiga en el ámbito de los vicios ocultos constituye cumplimiento defectuoso y produce los efectos generales del incumplimiento.

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

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

Una reciente sentencia de la Corte Suprema³¹ recoge implícitamente un concepto amplio de incumplimiento, comprensivo, incluso, de los vicios redhibitorios, tratados como un cumplimiento imperfecto que produce unos efectos especiales, distintos de los generales. La sentencia califica a la acción redhibitoria o rescisoria como resolutoria especial. Según el sentenciador no hay vicio oculto, sino cumplimiento imperfecto, que produce los efectos generales de todo incumplimiento, cuando el vendedor no entrega la cosa realmente vendida, sino otra que no reúne los requerimientos del comprador. El vendedor entregó un *aliud pro alio* y con ello cumple, pero lo hace imperfectamente, infringiendo la regla de art. 1828, que le obliga a la entrega de lo que reza el contrato. En el caso, acción redhibitoria o rescisoria como resolutoria especial. En el caso, el vendedor entrega al comprador sal en una concentración distinta a la por él requerida (sal nitrificada en una concentración de 0,8% y el vendedor entregó sal de cura en una concentración cercana al 8,0%). Apoyado en ese incumplimiento el comprador demandó la resolución del contrato por incumplimiento, más la indemnización de daños conforme el art. 1489 del *Código Civil* y, subsidiariamente, la rescisión de contrato por vicio redhibitorio. El tribunal falla que la sanción que debe aplicarse al vendedor por entregar una cosa distinta a la debida, que no sirve para el objeto que

un incumplimiento del vendedor, con lo que hay que aplicar las acciones generales derivadas de incumplimiento; en cambio, si la compraventa es específica, no procede aplicar el régimen del incumplimiento, sino el del saneamiento por vicios ocultos. En esta misma dirección: DE VERDA Y BEAMONTE (2004) pp. 226-227. Con una opinión diversa la profesora FENOY PICÓN (1996) pp. 93-105 expresa que para la compraventa genérica es usual afirmar que, mientras ella tenga dicha condición, es procedente aplicar las acciones generales de incumplimiento, sin embargo, la especificación de la compraventa genérica produce un cambio de régimen jurídico, consistente en que no cabe aplicar el incumplimiento, sino el saneamiento. Haciendo esta misma distinción: DÍEZ-PICAZO (1996) p. 297; SÁNCHEZ CALERO (1980) pp. 656-660.

³¹ Sentencia de 27 de julio de 2005 dictada en recurso N° 5320/ 2003, disponible en www.lexisnexus.cl, indicador N° 32452.

buscaba el comprador, es la resolución, considerando que el incumplimiento reúne la exigencias del art. 1489 del *Código Civil* y da lugar, además, a la indemnización de daños.

Esta modalidad de incumplimiento permite apreciar el fenómeno del incumplimiento en toda su dimensión y, al mismo tiempo, la construcción de un sistema de adecuada protección al acreedor afectado.

3. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO. LA PROTECCIÓN DEL ACREEDOR AFECTADO

El solo incumplimiento es suficiente para poner a disposición del acreedor unas medidas de protección que, genéricamente, se las llama remedios por incumplimiento³², es decir, acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente y cuyo objetivo es la realización de su interés en la prestación, afectado por la infracción. Esto es, los denominados efectos anormales de las obligaciones o derechos y acciones por incumplimiento, pero ahora referidos a toda clase de obligación y no solo a las unilaterales como hace el *Código Civil* y la doctrina³³.

Se trata de una responsabilidad en sentido amplio, sinónima de un conjunto de consecuencias que se siguen de la infracción del deudor y que debe soportar por ese mismo hecho, a la que, más propiamente, conviene denominar sistema de remedios por el incumplimiento. La responsabilidad civil en su sentido restringido se identifica con la indemnización de daños^{34, 35}.

³² La expresión ‘remedios’ proviene del *Common Law* y se definen como aquellos medios por los cuales se ejecuta un derecho o se evita, compensa o indemniza su violación. CAMPBELL (1996) p. 1294.

³³ Como explica Luis Díez-PICAZO (1991) pp. 715-716, refiriéndose al *Código Civil* español –afirmación válida para el nuestro–, “En el Código, la idea de obligación designa un vínculo o situación en que se encuentran dos personas, de las cuales una es titular de un derecho a exigir una prestación de dar, hacer o no hacer y la otra se encuentra sometida al deber jurídico de llevarla a cabo. Esta idea simplificada de obligación como vínculo unidireccional –al que se ha llamado en ocasiones obligación simple– tiene su origen en el hecho de que históricamente la teoría general de las obligaciones se construye a partir de las obligaciones nacidas de la *estipulatio* (...)”. En esta misma dirección: FENOY PICÓN (2005) p. 549; MORALES MORENO (2003) p. 1615.

³⁴ PANTALEÓN PRIETO (1995) p. 3922, empleando la expresión en su sentido restringido, manifiesta: “Es uno de los remedios (la responsabilidad civil contractual) –junto a la pretensión de cumplimiento (artículos 1096 I -II, 1098, 1099 CC; artículos 924.I, 926 LEC), la resolución por incumplimiento (artículo 1124 CC), y la atribución del *commodum representationis* (art. 1186 CC)– con los que cuenta el acreedor frente al incumplimiento de deudor. Se caracteriza frente a los restantes porque requiere que la falta de cumplimiento haya causado daño al acreedor y sea subjetivamente imputable al deudor”.

³⁵ Sobre la distinción entre la responsabilidad civil en sentido estricto y el sistema en la compraventa internacional, véase VIDAL OLIVARES (2005) pp. 71-74.

Tradicionalmente estos efectos se asocian y limitan al cumplimiento específico o ejecución *in natura* y la indemnización de daños (compensatoria y moratoria)³⁶; la resolución se la estudia en materia de condiciones resolutorias o de los efectos particulares de los contratos bilaterales. A la cabeza de cualesquiera de estos efectos está la culpa, que es el elemento esencial que permite hilvanarlos. Sin embargo, la culpa representa su papel en materia de efectos del incumplimiento, solo limitadamente y no con relación a todos ellos. Hoy se avanza poco a poco hacia una suerte de objetivación de los efectos del incumplimiento, circunscribiendo el papel de la culpa, en su expresión negativa (caso fortuito o de fuerza mayor), a la indemnización de daños³⁷.

En realidad, el elemento que permite articular la responsabilidad es el hecho objetivo del incumplimiento, que pone a disposición del acreedor un abanico de medidas de protección³⁸. El acento está en la protección de su interés y no en la falsa idea de sanción al deudor³⁹, ajena al derecho del incumplimiento, salvo en el caso del dolo del art. 1558 del *Código Civil* o de las cláusulas penales a las que las partes atribuyen tal carácter⁴⁰.

³⁶ MEZA BARROS (1963) pp. 200-201, expresa: “Los efectos de las obligaciones son, sustancialmente, el conjunto de medios que la ley pone a disposición del acreedor para obtener el cumplimiento íntegro y oportuno”. Entre esos medios considera un derecho principal para obtener el cumplimiento, un derecho secundario y supletorio para obtener por equivalencia la prestación que se le debe; y un conjunto de derechos encaminados a mantener el patrimonio de deudor.

³⁷ Así se recoge en DÍEZ-PICAZO (1996) p. 575: “La pregunta por la imputación no es necesaria en relación con las restantes medidas de protección del derecho de crédito (de la indemnización). Para poner en juego la acción o reclamación de cumplimiento, el problema de la responsabilidad contractual queda por completo al margen. Igualmente, para poner en marcha los mecanismos de defensa en el caso de relaciones obligatorias de carácter sinalagmático, como son la resolución o la excepción de incumplimiento contractual”. SAN MIGUEL PRADERA (2004) pp. 123-124. En el nuevo Derecho de la Contratación se prescinde de la culpa y del modelo de conducta de la persona diligente. La responsabilidad por incumplimiento actúa objetivamente y el modelo de conducta es el de la persona razonable. El deudor se exonera por impedimentos ajenos a su esfera de control y su eficacia se extiende al remedio de los daños, sin perjuicio de la incidencia por rebote que puede tener sobre el cumplimiento específico. Con relación a la CV véase: VIDAL OLIVARES (2005).

³⁸ PANTALEÓN PRIETO (1993) pp. 1728 y 1737, habla de “medios de tutela frente al incumplimiento de que dispone el acreedor” y entre ellos considera: a) pretensión de cumplimiento, incluyendo la reparación de los vicios o defectos, la sustitución del objeto y cualquiera otra forma de corrección de la prestación defectuosa; b) remedios sinalagmáticos: resolución por incumplimiento, reducción del precio y la *exceptio inadimpleti contractus*; c) los remedios indemnizatorios; d) la pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenida por el deudor a costa del acreedor, y e) el *commodum representationis* en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable a una de las partes; remedio incompatible con la resolución, no así con la indemnización de daños. En esta misma dirección: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (1996) y, recientemente, SAN MIGUEL PRADERA (2004) p. 126; FENOY PICÓN (2005) p. 536.

³⁹ En general: FUEYO LANERI (1991) p. 256. El autor define el incumplimiento como “aquella situación antijurídica que se produce, cuando por la actividad culpable de obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquel para imponerle las consecuencias de su conducta”. En esta misma dirección, considerando al incumplimiento un hecho injusto o ilícito: ABELIUK MANASEVICH (1993) p. 656. Para la indemnización de daños: RODRÍGUEZ GREZ (2003) p. 142.

⁴⁰ MORALES MORENO (1998) p. 1538, explica que entender unitariamente el problema de los remedios disponibles frente al incumplimiento presenta una doble ventaja: en primer lugar, permite adecuarlos todos al interés concreto que ha quedado insatisfecho y, en segundo lugar, pone en conexión a todos los remedios, aunque cada uno de ellos conserve su propia identidad e independencia como resultado de la

Entre estas medidas se encuentran el cumplimiento específico o ejecución forzada en sus distintas modalidades, la reparación y sustitución de la prestación defectuosa; la indemnización de daños, la resolución por inejecución y el *commodum representationis* en supuestos de imposibilidad⁴¹. Todas las medidas tienen como elemento común el incumplimiento, pero cada una descansa en un supuesto de hecho distinto, que actúa como un genuino filtro. La procedencia de uno cualquiera depende del particular reparo de riesgos efectuado por las partes o de aquel que hace la ley dispositiva.

La opción de ejercitar uno u otro pertenece al acreedor, quien la ejercerá según mejor convenga a su interés afectado⁴². Después del incumplimiento, que rompe el orden normal de las cosas (los contratos se celebran para cumplirse), es el acreedor quien debe decidir sobre el o los remedios de que hará uso para la realización de su interés, sin más límites que los provenientes de los supuestos específicos de cada remedio⁴³.

CONCLUSIONES

1.- En toda obligación de origen contractual es posible distinguir un objeto real de otro ideal, siendo este último el relevante para apreciar el fenómeno del incumplimiento y sus efectos.

2.- Los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato se reducen a si el deudor desplegó, o no, la conducta debida y esta es la que se proyectó al inicio idealmente por las partes.

3.- El deudor junto con obligarse a dar o a hacer alguna cosa, debe emplear en la ejecución de su prestación una diligencia promotora del cumplimiento, que se materializa

autonomía de su supuesto de hecho.. En la misma dirección PANTALEÓN PRIETO (1993) p. 1721, afirma que: “la primera premisa de un Derecho del incumplimiento congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda la desviación de programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso”.

⁴¹ El *commodum representationis* es una pretensión en virtud del cual el acreedor ante la imposibilidad de cumplimiento específico, incluso, por una causa no imputable al deudor, puede reclamarle la cesión de todos los derechos y acciones que tuviese en contra terceros en razón del objeto de la prestación debida. Esta cesión no opera de pleno derecho, sino que es necesario que el acreedor la exija al deudor como una pretensión en el juicio respectivo, idéntica a la de indemnización, resolución o cumplimiento. En nuestro Derecho Civil es posible construir este remedio a partir de las disposiciones de los arts. 1677 y 1590, ambos del *Código Civil*. El reconocimiento de este al acreedor presupone que cuando opera la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, la extinción afecta a la obligación, no así a la relación contractual, que subsiste, a menos que se ejerza la acción resolutoria. Véase PANTALEÓN PRIETO (1991) pp. 1021 y 1022; SAN MIGUEL PRADERA (2004) pp. 151-161.

⁴² Reconociendo esta opción entendida como un verdadero poder de decisión del acreedor enfrentado a un abanico de remedios disponibles: DÍEZ-PICAZO (1996) p. 674; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (1996) pp. 393-394; PANTALEÓN PRIETO (1991) p. 1043.

⁴³ Recientemente y pronunciándose a favor de la opción entre el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños: PIZARRO WILSON (2006) pp. 247-249. El profesor Pizarro apoya la libre opción del acreedor en el principio de la fuerza obligatoria del contrato y, en último término, en la protección del interés del acreedor y afirma: “Este principio, el de la fuerza obligatoria, no debe entenderse como la necesidad de cumplir el contrato, sino que frente al incumplimiento, el acreedor debe escoger la sanción más adecuada para satisfacer su interés al momento de celebrar el contrato”.

za en la adopción de medidas concretas para la superación de obstáculos o impedimentos que afecten el fiel desarrollo de la prestación, sean o no, previsibles.

4.- En aquellos casos de cumplimientos imperfectos el acreedor en principio está igualmente obligado a aceptar y conservar la prestación, pese a ser defectuosa o imperfecta, siempre que tal prestación sea idónea para satisfacer su interés. Ese acreedor tiene a su disposición el remedio de la indemnización de daños e incluso el del cumplimiento específico para obtener la reparación o corrección de la prestación defectuosa.

5.- Si la prestación imperfecta no posee tal idoneidad el deudor habría ejecutado una prestación distinta a la debida y el acreedor está autorizado para rechazarla o resolver el contrato, según sea el caso.

6.- El incumplimiento es un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación con relación a la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato.

7.- Ese incumplimiento, carente de una valoración subjetiva, es el que permite articular el sistema de los remedios de que dispone el acreedor y entre los cuales puede optar más o menos libremente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (1993): *Las obligaciones* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica) 1.148 pp.
- ALBIEZ, Klaus (2002a): “Un nuevo derecho de las obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LV: pp. 1133-1228.
- ALBIEZ, Klaus (2002b): “La modernización del derecho de las obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*: pp. 187-206.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003a): “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido”, *Actualidad Jurídica*, vol. 8: pp. 69-83.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003b): “Distinción entre obligaciones principales y secundarias y consecuencias de tal distinción en relación con la resolución de un contrato bilateral”, *Revista Chilena de Derecho* XXX (1): pp. 387-395.
- ALESSANDRI, Arturo *et al.* (2004): *Tratado de las obligaciones* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica)
- ALESSANDRI, Arturo (1988): *Teoría de las obligaciones* (2ª edición, Santiago, Editorial).
- ALVAREZ VEGA, María Isabel (2003): “Régimen Jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en el derecho europeo”, en: ESPIAU ESPIAU, Santiago *et al.* (Edit.) *Bases de un Derecho contractual europeo o Bases of a European Contract Law* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 328-329.
- BADOSA COLL, Ferrán (1987): *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España) 1.042 pp.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997) “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 24 (1) pp. 151-177.

- CAFFARENA LAPORTA, Jorge (1982): “Genus nunquam perit”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXXV (2) pp. 291-354
- CAMPBELL BLACK M.A, Henry *et al.* (1996): *Black's Law Dictionary* (6ª edición, St. Paul, Minn, Editorial West Group).
- CASTILLA BAREA, Margarita (2001): *La imposibilidad de cumplir los contratos* (Madrid, Editorial Dykinson) 562 pp.
- CLARO SOLAR, Luis (1936): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, V: De las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 812 pp.
- DE VERDA Y BEAMONTE, Ramón (2004): “Saneamiento por vicios oculto. Las acciones edilicias” *Revista Derecho Privado* 12.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (Madrid, Editorial Civitas) 909 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis *et al.* (2002): *Los principios del derecho europeo de contratos* (Madrid, Editorial Civitas) 529 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1989): “El Derecho de Obligaciones en la Codificación Civil Española”, *Centenario del Código Civil (1889-1999)* vol. I: pp. 707-717.
- DÍEZ-PICAZO, GIMÉNEZ, Gema (1996): *La mora y la responsabilidad contractual* (Madrid, Editorial Civitas) 618 pp.
- EBERS, Martin (2003): “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LVI: pp. 1575-1608.
- FENOY, Nieves (1996): *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)* (Madrid, Editorial Reus) 611 pp.
- FENOY, Nieves (2006): *El sistema de protección del comprador* (Madrid, Colegio Nacional de Registradores) 366 pp.
- FENOY, Nieves (2005): “Sentencia de 10 de julio de 2003”, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, vol. LXVIII: pp. 509-556.
- FUEYO LANERI, Fernando (1991)²: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 642.
- KREBS POULSEN, Claus (1999): “La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 (4) pp. 839-874.
- LANDO, Ole (2000): *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (Boston, Kluwer Law International).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998): *Contratos: parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 610.
- MEZA BARROS, Ramón (1963): *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1983): “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico)”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXXVI (4) pp. 1529-1530.

- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2003): “Adaptación de Código Civil al derecho europeo de la compraventa”, *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*: pp. 109-149.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Adaptación del Código Civil al derecho europeo: La compraventa”, *Anuario de Derecho Civil* 56 (2003): 4, pp. 1609-1651.
- NAVAS NAVARRO, Susana (2004): *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar* (Madrid, Editorial Reus) 368 pp.
- ORTI VALLEJO, Antonio (1987): *La protección del comprador* (Granada, Ediciones TAT) 449 pp.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991): “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44 (3) pp. 1019-1091.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1995): “Voz Incumplimiento (D° Civil)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*: pp. 3507-3508.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1993): “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46 (4) pp. 1719-1745.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004): “La fuerza mayor como defensa del deudor: a propósito de restricción de suministro de gas a Chile”, *Gaceta Jurídica* N° 288, (2004) pp. 7-15.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2006): “Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno”, *Cuadernos de Actualidad Jurídica*, vol. 3.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula (2004): “Resolución de contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio” (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad).
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (1980): “Las obligaciones genéricas”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 64: pp. 644-660.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, (2000), “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, *Revista de Derecho, PUCV*, vol. XXI: pp. 219-222.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2005): “Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir de artículo 79 de la Convención de Viena”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, vol. 18: pp. 55-88.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Ana María Cvitanic Kusanovic con Sociedad Forestal Russfin Limitada* (2000): Corte Suprema, disponible en www.lexisnexus.cl indicador N° 17025.
- Benedicta Aliaga Contreras con Roberto Alguello Castillo* (2002): Corte Suprema, disponible en www.lexisnexus.cl indicador N° 25338.
- Partes no disponible* (1920): Corte de Apelaciones de Talca, *Gaceta de los Tribunales* 1920, Segundo semestre, p. 610.
- Cecinas La Preferida S.A. con Sociedad Comercial Salinak Limitada* (2005): Corte Suprema, disponible en www.lexisnexus.cl indicador N° 32452.

