

CUMPLIMIENTO
ESPECÍFICO Y EJECUCIÓN
FORZADA DEL CONTRATO
De lo sustantivo a lo procesal

ALVARO VIDAL O.
RODRIGO MOMBERG U.
EDITORES



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

COLECCIÓN LEGAL
SERIE MONOGRAFÍAS Y ESCRITOS REUNIDOS
ESCUELA DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y EJECUCIÓN FORZADA DEL CONTRATO
DE LO SUSTANTIVO A LO PROCESAL
Alvaro Vidal O. y Rodrigo Momberg U.
EDITORES

ISBN: 978-956-17-0779-5
Derechos Reservados
Tirada: 300 ejemplares

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta,
puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna
ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico,
de grabación o de fotocopia, sin permiso de los editores.

Colaboraron en la edición de este libro los ayudantes del
Departamento de Derecho Privado de la PUCV
Matías González Garay, Ignacio Henríquez Cortés y Natanuel Peña Calderón

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Calle Doce de Febrero 21, Valparaíso
Correo electrónico: euvs@pucv.cl
www.euv.cl

Impresión Salesianos S.A.

IMPRESO EN CHILE

Presentación

Este libro recoge los trabajos presentados en el Congreso Internacional “Incumplimiento contractual. Ejecución y remedios del acreedor”, organizado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y que tuvo lugar en la ciudad de Valparaíso los días 28 y 29 de noviembre de 2016, reunión científica en la que participaron profesores de derecho privado nacionales, de otros países de Latinoamérica y europeos, todos especialistas en derecho de contratos.

El libro que presentamos está articulado partir del estudio de la pretensión de cumplimiento específico, cuyo régimen en nuestro derecho privado se construye dogmáticamente bajo el influjo de lo que ha venido en denominarse “*nuevo derecho de contratos*”.

De esta construcción resulta que la pretensión de cumplimiento es concebida como un derecho de que es titular el acreedor para exigir a su deudor la realización de lo pactado, de la ley del contrato, y que encuentra su fundamento en el vínculo contractual, entendido como garantía de realización del contrato. Esta comprensión permite la inclusión en el objeto de este derecho, de las pretensiones de reparación y sustitución. En efecto, la corrección de la no conformidad del cumplimiento –por cualquiera de estas modalidades– imponen una actividad que difiere de aquella originariamente prevista por las partes al contratar y que el deudor está obligado a desplegar, porque al contratar garantizó al acreedor la satisfacción de su interés.

La pretensión de cumplimiento, así entendida, fija una marcada separación entre la dimensión sustantiva y procesal del cumplimiento del contrato. La ejecución forzada, que representa la dimensión adjetiva, es un procedimiento que presupone la existencia de un título, en la especie, de una sentencia de condena dictada en un juicio declarativo. La pretensión de cumplimiento específico toma distancia y se distingue de la ejecución forzada, especialmente tratándose de obligaciones no dinerarias. El énfasis en esta obra está en lo sustantivo, no obstante considerar algunos aspectos procesales del cumplimiento.

La pretensión de cumplimiento, al igual que todo remedio contractual, posee su propio supuesto de hecho constituido por aquellas condiciones que activan su procedencia, emergiendo la imposibilidad –material o jurídica– como primer obstáculo al ejercicio de este derecho, que si bien puede ser imputable al deudor –que será la regla–, puede no serlo. Esta última hipótesis nos plantea una interrogante acerca de sus efectos, que nos aparta de la solución decimonónica que ofrece la denominada “teoría de los riesgos”, para discutir si a partir de un concepto amplio de incumplimiento, tal imposibilidad puede quedar sometida, o no, a la disciplina del incumplimiento. Empero, hemos de advertir que, aunque el cumplimiento sea material y jurídicamente posible, la realización específica del interés del acreedor sigue pendiente, dado que la fuerza obligatoria puede encontrar un freno en la buena fe objetiva al imponerle un límite de carácter económico. Así acontecerá cuando el cumplimiento específico implique para el deudor unos costes excesivos, siendo que el acreedor disponía de otro remedio igualmente idóneo para la satisfacción de su interés, pero de menor costo. Aparece el límite económico a la pretensión de cumplimiento específico que deja al descubierto un abierto conflicto entre la fuerza obligatoria y la buena fe objetiva, conflicto que se resuelve prestando especial atención al interés del acreedor. Este límite que se construye desde la buena fe objetiva bajo el modelo del nuevo derecho de contratos es una manifestación de la razonable gestión de los efectos del incumplimiento, que persigue imprimir equilibrio al sistema, eso sí, sin llegar a sacrificar el interés del acreedor. En la doctrina se discute si este límite económico es o no manifestación del principio general de la mitigación, planteándose que la carga de minimizar el daño sería sólo una manifestación de tal principio. De aceptarse esta idea, la mitigación sería, al mismo tiempo, principio y regla.

La división entre lo sustantivo –la pretensión de cumplimiento específico– y lo procesal –la ejecución forzada–, se manifiesta especialmente en que, si bien la realización de lo pactado puede ser posible y viable económicamente, la ejecución de la sentencia puede resultar impracticable por norma procesal, ordenándose de ser así, la conversión en dinero de la prestación de dar o hacer a que fuera condenado el deudor. Quiere decir que es posible que en un juicio ejecutivo el acreedor persiga el cumplimiento en naturaleza y obtenga uno en equivalencia, una suma de dinero que no puede calificarse de indemnización. En sede procesal queda en evidencia la fragilidad del derecho del acreedor al cumplimiento y la insuficiente tutela procesal al derecho de crédito, planteándose la interrogante acerca de la conveniencia de ejercitar esta pretensión en lugar de otro remedio que igualmente permita al acreedor acceder a la realización de su interés, como la resolución seguida por una operación de reemplazo o la indemnización autónoma, entendida como tal y no como cumplimiento en equivalencia.

En nuestro derecho privado común, la construcción dogmática de este remedio se hace a partir del modelo que ofrece el derecho uniforme y armonizado de los contratos, ocupando un lugar especial la CISG, los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, los PECL, la reciente reforma al Código Civil

francés y los proyectos de reforma al Código civil español; y, en nuestro medio, el régimen de la garantía legal y convencional de la ley N° 19.496 sobre protección de derechos del consumidor. Se suma como instrumento de referencia, el actual texto de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (PLDC).

En lo que concierne al contenido y estructura del libro, éste se divide en cinco partes. La primera reúne trabajos sobre la pretensión de cumplimiento específico, su objeto y tratamiento en el derecho europeo y uniforme de los contratos. La segunda, se centra en el cumplimiento específico en el derecho civil chileno, sus condiciones y límites. En lo que concierne a éstos, se desarrolla el límite económico al cumplimiento, la imposibilidad y la imprevisión. También se examina el rol que le cabe a la autonomía de la voluntad en la modulación de la pretensión de cumplimiento específico. La tercera, recoge estudios que tratan sobre la relación entre el cumplimiento específico y los remedios en general y en particular con la indemnización de daños, la resolución seguida por una operación de reemplazo y la reducción del precio. La cuarta, aborda el régimen de cumplimiento específico en algunos contratos en particular, como lo son los de consumo y los de prestación de servicios. Finalmente, la quinta parte del libro está dedicada a la ejecución como procedimiento de sentencias judiciales, laudos arbitrales y acuerdos de mediación. Se incorpora como anexo, el régimen de la pretensión de cumplimiento específico en los instrumentos que configuran lo que se conoce como nuevo derecho de contratos y que han servido de modelo para su construcción dogmática en nuestro derecho privado común.

Si bien el libro, tal como expresamos al comienzo, recoge los trabajos presentados en el Congreso Internacional del mes de noviembre de 2016, el director académico de la reunión científica ha decidido con el objeto de ampliar y profundizar el análisis y reflexión acerca de algunos aspectos de la pretensión de cumplimiento específico, incluir otros trabajos anteriores de los investigadores del Proyecto Fondecyt que abajo se individualiza.

Finalmente, debemos consignar que el Congreso de mes de noviembre de 2016 y el libro que hoy presentamos, fuera de contar con el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y su programa de Magíster en Derecho, se enmarca en la ejecución en la ejecución del Proyecto Fondecyt N° 11500511, del Proyecto Anillo Conicyt SOC 1406 y del Proyecto del Ministerio de Educación y Competitividad de España, N° DER 2014-53972

ÁLVARO VIDAL OLIVARES
PROF. DERECHO CIVIL PUCV
DIRECTOR ACADÉMICO

Índice

Presentación	5
------------------------	---

PRIMERA PARTE

Evolución y dilemas actuales del cumplimiento específico como remedio a la inexecución de obligaciones contractuales ANTONIO MANUEL MORALES MORENO	15
El cumplimiento específico en los instrumentos supranacionales de derecho uniforme RODRIGO MOMBERG	35
La ejecución específica frente al incumplimiento del vendedor en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías (CISG) ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI	51
Subsanación y plazo suplementario para cumplir en la compraventa internacional de mercaderías JORGE OVIEDO ALBÁN	63
La ejecución forzosa en la reforma del Código Civil francés FABRICIO MANTILLA ESPINOSA	85

El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor	
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO	109

SEGUNDA PARTE

La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código civil	
ÁLVARO VIDAL OLIVARES	121
La imprevisión contractual como límite al cumplimiento específico	
RODRIGO MOMBERG	135
La distribución de los riesgos de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor	
ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ	149
Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: La delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación	
MARÍA GRACIELA BRANTT ZUMARÁN	169
La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio	
ÁLVARO VIDAL OLIVARES	191
Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato	
CARLOS PIZARRO WILSON	211
El límite económico como manifestación del principio de mitigación	
LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA	225

TERCERA PARTE

Cumplimiento específico en el ambiente de los remedios contractuales	
CARLOS PIZARRO WILSON	247
Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual	
CLAUDIA BAHAMONDES O.	255

¿Cumplimiento en equivalencia o indemnización de daños? Desde lo sustantivo a lo procesal	
ÁLVARO VIDAL OLIVARES	283
Realización específica del interés del acreedor por otros medios. Resolución y operación de reemplazo	
JOSÉ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN	301
Reducción del precio e indemnización de daños en el derecho italiano y europeo armonizado	
ALFREDO FERRANTE.	331

CUARTA PARTE

La garantía legal y sus remedios en el derecho de consumo chileno. Una mirada actual a la <i>praxis</i> judicial	
FRANCISCA MARÍA BARRIENTOS CAMUS.	345
Las garantías voluntarias y convencionales en el derecho del consumo	
JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ	361
Sobre el cumplimiento específico en los contratos de servicio. Una mirada al Derecho alemán	
GONZALO SEVERIN FUSTER	375
Los deberes complementarios en los contratos de servicios y su cumplimiento específico	
MARÍA GRACIELA BRANTT ZUMARÁN	397
La reparación y sustitución como modalidades de la ejecución forzada en los contratos de servicios	
CLAUDIA MEJÍAS ALONZO.	415

QUINTA PARTE

Cumplimiento forzado de las obligaciones contractuales de carácter no pecuniario: la experiencia brasileña	
CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI	433

Cumplimiento y ejecución del laudo arbitral en Chile. Algunas disquisiciones entre el régimen interno y el internacional M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA.	449
La ejecución del acuerdo de mediación sobre asuntos patrimoniales en el derecho chileno (Análisis comparativo con la transacción extrajudicial y el avenimiento judicial) EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ	489
LOS AUTORES.	507
ÍNDICE DE NORMAS CITADAS.	511

PRIMERA PARTE

Evolución y dilemas actuales del cumplimiento específico como remedio a la inejecución de obligaciones contractuales

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

I. El cumplimiento específico: ¿remedio del incumplimiento o contenido del derecho de crédito?

En la moderna construcción del contrato suele afirmarse que el derecho del acreedor al cumplimiento específico y la pretensión correspondiente a ese derecho es un remedio más del incumplimiento, junto al resto de los remedios: indemnización de daños, suspensión del cumplimiento, resolución del contrato, rebaja del precio. Remedios, además, compatible con la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

¿Es esta naturaleza adecuada a la pretensión de cumplimiento? ¿No es, acaso, la pretensión de cumplimiento algo más que un remedio: el contenido del propio derecho de crédito?

Frente a esta caracterización, tradicionalmente, el derecho al cumplimiento específico (la pretensión de cumplimiento) es considerado como el contenido propio del derecho de crédito (derecho subjetivo relativo de crédito).

¿Qué consecuencias tiene esta diferente caracterización? La primera caracterización (remedio) parece más flexible (ofrece mayores posibilidades) para combinar, en caso de incumplimiento, la pretensión de cumplimiento específico con el resto de los remedios. Cómo deba ser esa combinación depende del modo en que articule el ordenamiento el sistema de remedios. En caso de incumplimiento el acreedor insatisfecho cuenta, para satisfacer su interés, con un conjunto articulado de remedios. Y puede elegir el que más le convenga, teniendo en cuenta las exigencias del supuesto de aplicación del mismo.

La segunda caracterización (contenido del derecho subjetivo de crédito), tiende a resaltar, prioritariamente, la importancia del derecho al cumplimiento, y a desplazar

fuera del contenido primario del derecho de crédito la posible pretensión indemnizatoria, derivada del incumplimiento.

La importancia del derecho del acreedor al cumplimiento de la obligación se sustenta también en el principio “pacta sunt servanda”, que se considera básico en la construcción continental del contrato. Justifica una especie de necesidad de ofrecer el acreedor la fuerza coactiva del Estado para obtener del deudor el cumplimiento de su obligación.

II. Dos puntualizaciones de Fernando Pantaleón

Fernando Pantaleón, el primero en estudiar con profundidad esta materia en derecho español, hace dos importantes observaciones que interesa recordar (se compartan plenamente o no).

Por un lado considera necesario mantener la pretensión de cumplimiento.

“Procede seguir reconociendo esta pretensión al acreedor sin otros límites – junto a la imposibilidad física, jurídica o práctica (a la luz de la naturaleza y contenido del contrato; parágrafo 275 BGB-KE) de la prestación– que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos (artículo 7 CC... La solución del common law –no conceder al acreedor la specific performance, que sólo procede, en principio de forma excepcional, como remedio in equity– no merece ser seguida entre nosotros: responde una peculiar concepción del contrato, no como fuente de obligaciones de dar hacer o no hacer, sino de la obligación de pagar una cantidad de dinero como indemnización, si no se da, no se hace o se hace algo”.¹

Pero, de otro lado, también afirma, considerando el interés del deudor:

“El cumplimiento ha de seguir siendo en principio, frente remedios alternativos del acreedor, también un derecho del deudor, incluso del que incumple por causa a él imputable. Ello ha de quedar patente en la disciplina de la resolución y la reducción del precio, pero también en que el acreedor no pueda optar desde luego por exigir el valor de la prestación como daño indemnizable por la vía de la responsabilidad contractual. Ahora bien, seguir dejando la solución de este problema el principio de que el acreedor ha de pretender el cumplimiento mientras sea posible y conserve interés en el, puede ser en ocasiones excesivamente duro para el acreedor, y sobre todo es insatisfactorio desde el punto de vista de la seguridad del tráfico”.²

¹ PANTALEÓN, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil*, año 1993, N°4, p. 1728, 1729.

² PANTALEÓN, Fernando, (n.1), p. 1731.

Fernando Pantaleón destaca también la función de la responsabilidad contractual,

“Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de ‘reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado’ (rechtsverfolgenden Funktion): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (id quod interest) ni en parte (aestimatio rei) un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquella al acreedor no es un ‘cumplimiento por equivalente’ de la obligación originaria –a la que la lógica (y el art. 1156 III CC–, exige considerar extinguida, sino cumplimiento, sin más de la obligación de resarcir (en su caso, in natura) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual.”³

Sin cuestionar este análisis de Fernando Pantaleón, debemos tener en cuenta que los daños por el incumplimiento del contrato tienen diversos contenidos típicos, alguno relacionado con la prestación. De esto me ocupo más adelante.

III. Derecho del acreedor al cumplimiento y del deudor a cumplir la prestación

Cuando pensamos en el cumplimiento específico de la obligación (si este derecho del acreedor puede o no ser sustituido por otros remedios) debemos tener en cuenta tanto el interés del acreedor como el del deudor.

En el desarrollo normal de la relación obligatoria, el cumplimiento del deudor satisface el interés del acreedor. Pero en el desarrollo anormal de la relación obligatoria, por el incumplimiento del deudor, cabe preguntarse, ¿cuál puede ser, en esa circunstancia, el interés del acreedor y del deudor? Y ¿cómo pueden armonizarse uno y otro?

Tras el incumplimiento del contrato, el acreedor tanto puede estar interesado, en unos casos, en obtener la prestación del deudor como, en otros, en utilizar alguno de los otros remedios del incumplimiento (por ej.: resolver el contrato, reducir el precio, obtener indemnización en lugar del cumplimiento).

Y, por lo que se refiere al deudor, puede seguir interesado en cumplir obligación, incluso tras su incumplimiento, aunque el acreedor prefiera ejercitar otros remedios. O, por el contrario, puede preferir que el acreedor satisfaga su interés, utilizando una vía distinta de la acción de cumplimiento, mediante otros remedios (indemnización). Puede tener interés en ello, tanto antes de llegar el momento del cumplimiento como tras este.

³ PANTALEÓN, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, en *Anuario de Derecho Civil*, año 1991, N°3, pp. 1020,1021.

Cuando, en un caso concreto, no coincidan el interés de acreedor y deudor, hay que establecer un modo de combinarlos, dando preferencia a uno frente al otro.

Y debemos tener en cuenta si es o no posible que la prestación del deudor sea ejecutada por un tercero, con plena satisfacción del acreedor.

La consideración de los encontrados (contradictorios) intereses del acreedor y del deudor junto a las particularidades de cada caso concreto obliga a regular esta materia tomando en cuenta uno y otro, y atendiendo a las particularidades de cada caso. La regulación hemos de extraerla de cómo se articulan entre sí los diferentes remedios. Y, en particular, de cuáles son los presupuestos de ejercicio de cada uno de los remedios del acreedor y las posibles excepciones oponibles por el deudor.

IV. Las ventajas del cumplimiento específico

En términos generales, con independencia de cuál pueda ser el interés de un acreedor o un deudor concreto, el cumplimiento específico tiene ciertas ventajas que no se pueden desconsiderar.

El cumplimiento específico ofrece ventajas al acreedor (considerado en abstracto), con independencia de que no interese a un acreedor concreto. El cumplimiento específico, siempre que todavía sea posible la satisfacción del interés del acreedor, se inserta en el desenvolvimiento inicialmente previsto en el contrato; permite la satisfacción del interés del acreedor, por vía directa, por el deudor e impide al deudor tener que indemnizar un tipo de daños: los daños que sólo se producen en caso de falta de ejecución de la prestación (*Schadensersatz statt der Leistung*). Naturalmente, no están incluidos los que se producen como consecuencia del retraso en la ejecución de la misma, los que tendrían lugar, a pesar de haberse ejecutado la prestación (*Schadensersatz neben der Leistung*).

El cumplimiento específico también ofrece, en abstracto, ventajas al deudor. En primer lugar, le garantiza que no han de ser inútiles los gastos realizados para preparar el cumplimiento de la obligación; gastos que pueden ser cuantiosos en algún tipo de contratos. En segundo lugar, puede ser menos costoso para él realizar la prestación o subsanar su defectuosa ejecución que asumir el coste de la prestación realizada por un tercero, coste que ha de pagar como indemnización.

Pero para que su regulación sea equilibrada, también debe admitir que acreedor o deudor puedan no estar interesados en el cumplimiento específico, y ofrecer soluciones flexibles para esos casos.

V. Ejecución de la prestación por un tercero con cargo al deudor (por una vía distinta del cumplimiento específico del deudor)

Cuando consideramos la satisfacción *in natura* del interés del acreedor debemos tener en cuenta que existen dos posibilidades: que el acreedor satisfaga ese interés, por el cumplimiento de la prestación, o que esa satisfacción se produzca por otra vía: por un tercero con cargo al deudor.

Pretendo ahora considerar, de modo general, las posibilidades que ofrece, en cuanto a la satisfacción del interés del acreedor, esta vía alternativa. Pretendo analizar si la misma es equiparable, en cuanto a la satisfacción del interés del acreedor, con la vía ordinaria de cumplimiento del deudor, y cuáles son sus posibles inconvenientes o desventajas para el acreedor.

El caso que voy a considerar no es aquel en el que el propio deudor encarga a un tercero (subcontratista) la ejecución de la prestación. De ocurrir esto es el propio deudor el que ejecuta la prestación a través de un auxiliar. Tampoco el en que, con consentimiento del acreedor y por delegación del deudor, se sustituye un tercero en el cumplimiento de la obligación; porque este tercero pasa a ser el deudor. El supuesto que ahora pretendo considerar es aquel en el que el deudor pide al acreedor (por la razón que fuere, que deberá estar admitida por el ordenamiento) que se procure que un tercero cumpla la obligación. Naturalmente, también llegamos a esta misma situación cuando el deudor incumple, sin más, su obligación, sin pedir al acreedor que se procure satisfacción.

Para evaluar esta vía de satisfacción del interés del acreedor, comenzaré recordando, brevemente, como funciona la pretensión de cumplimiento en derecho inglés y como la ejecución forzosa de la obligación, en el procedimiento de ejecución, en un sistema continental como el español.

1. El common law, como es sabido, no atribuye al acreedor una acción de cumplimiento, sino de indemnización. Esta acción, entre otros posibles contenidos indemnizatorio se, permite al acreedor obtener del deudor el coste de sustitución de la prestación de este por la que el acreedor se ha procurado, por otra vía, de un tercero. Esta sustitución es posible, por ejemplo, tratándose de objetos fungibles (mercaderías) que se pueden obtener de otro proveedor en el mercado. Pero hay casos en que no es posible la sustitución. Por ejemplo, cuando el deudor está obligado a entregar un determinado cuadro o un determinado terreno, que precisamente se halla en poder del deudor. En este caso el acreedor cuenta con un remedio ejecutivo *in equity*, para obtener judicialmente el objeto que no se podría procurar de otro modo.
2. En el sistema español, la acción de ejecución ofrece, frente al modelo del derecho inglés, a todo acreedor que cuente con un título ejecutivo, la posibilidad de obtener la ejecución; o dicho de otro modo, de imponer al deudor, judicialmente, el cumpli-

miento de la prestación. Le ofrece esa posibilidad, con carácter general, para cualquier obligación, incluidas las obligaciones con una prestación de hacer, aunque en este caso por vía indirecta, a través de sanciones punitivas, si no se atiende la orden judicial de ejecución, y con un límite temporal máximo. Recordemos que, tradicionalmente, se consideró que las obligaciones de hacer, en caso de incumplimiento, se transforman en una deuda de indemnización. Pero, si a pesar de todo, el deudor, en fase de ejecución, no cumple la obligación (no realiza la prestación), tratándose de obligaciones de dar objetos fungibles o de prestaciones de servicios no personalísimos el juez ordenará ejecutar la prestación a costa del deudor.

Como podemos advertir, tras la anterior referencia al sistema inglés y al sistema de ejecución español, hay prestaciones que, por sus características, permiten que el interés del acreedor quede satisfecho in natura, por una vía distinta del cumplimiento del deudor. Esto es, justamente, lo que permite al sistema inglés organizarse, anticipadamente, sin conceder al acreedor acción de cumplimiento frente al deudor, salvo excepcionalmente. Y lo que también permite, en el sistema español, que sí concede como regla general la acción de cumplimiento al acreedor, que la prestación sea ejecutada, en fase de ejecución forzosa, por orden judicial, por una vía distinta del cumplimiento del deudor, con cargo al deudor.

El derecho inglés organiza su sistema de ejecución, partiendo de la posibilidad de satisfacer in natura el interés del acreedor por una vía distinta del cumplimiento del deudor. Y, por ello, en caso de incumplimiento del deudor, facilita que el acreedor pueda autotutelar su derecho, sin tener que acudir (sin poder acudir) a la vía de la ejecución judicial. Lo permite, contando con que se producirá la satisfacción del acreedor, evitando costes innecesarios y el camino, de resultado incierto, de la ejecución.

Los derechos continentales que, por el contrario, ofrecen al acreedor la acción de ejecución se ven obligados admitir, en fase tardía (en el desarrollo de la ejecución) que la oposición del deudor al cumplimiento hace imposible satisfacer el interés del acreedor, ordenando la ejecución de la prestación con cargo al deudor. Los casos en que es posible hacer esto, son parecidos a los que el sistema inglés toma como referencia para construir su modelo.

VI. Método de aproximación a la regulación de la cuestión que me ocupa: ¿Cómo los ordenamientos regulan el cumplimiento in natura?

Puesto que me estoy refiriendo al cumplimiento específico, voy a tratar en el resto de esta intervención de él tanto desde la perspectiva del acreedor como desde la del deudor (interesado en ejecutar la prestación, pese a su inicial incumplimiento). Y trataré de indagar, en el moderno derecho de contratos, hasta dónde se halla protegido el interés de uno y otro.

Con respecto al interés del acreedor de satisfacer su derecho de crédito a través de la prestación del deudor, estando admitida la pretensión de cumplimiento, la pregunta es esta ¿cuáles son los límites a la pretensión de cumplimiento, por voluntad del deudor? Tales límites nos permiten perfilar el derecho del deudor a imponer al acreedor que éste canalice su satisfacción por una vía distinta de la de la pretensión de cumplimiento.

Con respecto al interés del deudor en ejecutar la prestación, a pesar de haber incumplido, la pregunta es esta otra: ¿cómo el moderno derecho de contratos protege esta interés del deudor, frente al interés del acreedor en ejercitar un remedio distinto de la pretensión de cumplimiento.

La respuesta a estas preguntas la hallamos en el sistema de remedios: en los remedios admitidos, sus respectivos supuestos, la articulación entre ellos. En mi exposición no voy a ceñirme exclusivamente a uno de los modelos de ordenamientos, voy a establecer algunas combinaciones comparativas. Por ejemplo: utilizaré la CISG, PECL, BGB, CC francés.

VII. El interés del deudor en el cumplimiento específico de su obligación

El reconocimiento del interés del deudor en ejecutar la prestación (o en subsanar sus defectos), después del incumplimiento, limita el derecho del acreedor a utilizar otros remedios, distintos de la pretensión de cumplimiento.

En la exposición de este apartado voy a analizar cómo se construye la protección del deudor frente al ejercicio, por el acreedor, de un remedio que puede impedir al deudor el cumplimiento específico, o la subsanación del cumplimiento imperfecto o defectuoso.

A. Derecho del deudor a subsanar el cumplimiento defectuoso

Debemos diferenciar dos supuestos: que el deudor haya realizado el acto de cumplimiento (defectuoso) antes del momento de vencimiento de la obligación, o cuando este ya se ha producido.

1. Cumplimiento (defectuoso) anterior al vencimiento de la obligación

En caso de cumplimiento anticipado de la obligación por el deudor, siendo dicho cumplimiento defectuoso, la CISG concede al deudor, bajo ciertos presupuestos, la facultad de subsanar el defectuoso cumplimiento.

El cumplimiento anticipado implica una renuncia del deudor al beneficio del plazo. Aunque anticipa el momento del vencimiento, le concede al deudor un derecho de subsanación, con una regulación distinta del previsto para el caso en que el cumplimiento defectuoso tiene lugar tras el vencimiento.

La CISG regula el ejercicio de este derecho en relación la obligación del vendedor de entregar documentos relacionados con las mercaderías (artículo 34 CISG). También lo encontramos reconocido en cumplimientos defectuosos de la obligación de entregar las mercaderías (artículo 37 CISG).

El hecho de haber cumplido anticipadamente justifica, sólo en cierta medida, el derecho de subsanación. Por eso su ejercicio está condicionado: “siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos” (artículo 37 CISG). No parece, en cambio, que el acreedor pueda impedirlo ejercitando un remedio incompatible (resolución por incumplimiento esencial), como ocurre con la subsanación posterior al vencimiento.

Inconvenientes, por ejemplo: la mercancía defectuosa ya ha sido entregada a un tercero.

Gastos excesivos: gastos que el comprador tendría que anticipar para permitir al vendedor subsanar el cumplimiento defectuoso, siendo dudosa su recuperación.

El derecho reconocido al deudor de subsanar el cumplimiento defectuoso no excluye, lograda la subsanación, que el acreedor puede exigir indemnización de daños.

¿Qué daños?

Si se produce la subsanación, el acreedor no podrá exigir indemnización de los daños que hayan quedado superados por el cumplimiento. Por ejemplo: si el vehículo entregado tenía defectos, el acreedor (comprador) no podrá pedir indemnización, por ejemplo, por lo que, de no haberse producido la subsanación, le hubiera costado subsanarlos.

Pero, aunque se produzca la subsanación, el acreedor podrá pedir al deudor indemnización por los daños causados por el retraso en el cumplimiento (por ejemplo: ha tenido que alquilar otro vehículo) o por causa del propio incumplimiento, cuando estos permanecen a pesar de la subsanación (por ejemplo: los defectos en el sistema de frenos del vehículo provocaron un accidente, causantes de daños a un tercero).

2. Subsanación del incumplimiento, tras el vencimiento de la obligación

El deudor tiene también derecho subsanar el cumplimiento defectuoso, incluso “después de la fecha de entrega” (art. 48 I CISG). El deudor (el vendedor) “podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones”,

Pero tal derecho tiene límites, en interés del acreedor. a) Los establecidos para el ejercicio de esa facultad. b) Los que resultan del posible derecho del acreedor a ejercitar un remedio incompatible.

a) Los primeros resultan de los presupuestos de ejercicio del derecho. El artículo 48 CISG dispone:

“El vendedor podrá (...) subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador”.

Este artículo establece los siguientes requisitos:

- Subsanación a cargo del vendedor.

Todos los gastos derivados de la subsanación deberá asumirlos el vendedor (deudor).

- Sin demora excesiva.

Establece un límite temporal máximo de subsanación del incumplimiento por el vendedor. La demora excesiva deberá apreciarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias del mismo. Si, por ejemplo, tras el incumplimiento inicial, la relación obligatoria ha quedado en suspenso, con silencio de ambas partes, el acreedor no puede ser sorprendido por el deudor pretendiendo realizar el cumplimiento tardíamente, cuando ya no es razonable que pueda interesarle el cumplimiento.

- Sin causar inconvenientes excesivos al comprador.

Por ejemplo, para que el vendedor pueda reparar la mercadería servida, el comprador tendría que poner a su disposición parte de sus instalaciones. Lo cual es costoso y provoca inconvenientes.

- Incertidumbre en cuanto al reembolso de los gastos anticipados por el comprador.

Gastos que ya tuvo que anticipar por el incumplimiento (por ejemplo: tuvo que mantener en el almacén parte de la mercancía no conforme, no pudiendo revenderla de inmediato); también, gastos que originará al comprador la subsanación del incumplimiento que pretende el vendedor (por ejemplo: el comprador tendrá que poner a disposición del vendedor parte de su personal para que pueda ser sustituida o reparada la mercancía no conforme; el comprador no tiene la seguridad de que estos gastos le serán reembolsados). Téngase en cuenta que la subsanación del incumplimiento debe ser exclusivamente a cargo del deudor.

El art. 48 I CISG se refiere a la subsanación efectiva, no a la promesa de subsanar en el futuro. Lo cual no excluye que el acreedor pueda aceptar esa promesa, concediendo un plazo al deudor (artículo 48,2, 3 CISG).

b) Además y de los límites correspondientes a los requisitos de ejercicio del derecho de subsanación, hemos de tener en cuenta los que resultan del ejercicio por el acreedor de un *remedio incompatible*. La CISG se refiere a la resolución: “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49...” (Artículo 48 CISG). El comprador puede ejercitar la resolución. Y, efectivamente, la subsanación no priva al acreedor del derecho a resolver el contrato si, a pesar de ella, el incumplimiento sigue siendo esencial.

El ejercicio de la facultad de subsanar por el vendedor no priva al comprador del derecho a pedir *indemnización* de daños. Sobre los daños indemnizables aunque se produzca la subsanación, nos ocuparemos más adelante.

B. La concesión de plazo para el cumplimiento

Tras el vencimiento de la obligación, el acreedor puede conceder al deudor un plazo suplementario para el cumplimiento (incluida la subsanación del incumplimiento) (artículo 47 I CISG).

La concesión de este plazo impide al acreedor ejercitar cualquier remedio incompatible con el plazo concedido (pretensión de cumplimiento, resolución, reducción del precio en caso de cumplimiento defectuoso). Es una consecuencia del acto realizado; de otro modo, el acreedor iría contra sus propios actos. No le impide exigir indemnización, aunque el cumplimiento se produzca; pero el contenido de esta estará referido sólo a ciertos daños (vid. infra: daños neben der Leistung / statt der Leistung) [art. 47 II CISG]

La concesión del plazo por voluntad del acreedor puede ser expresa. También puede derivarse del hecho de haber mantenido silencio, ante la solicitud de plazo dirigida a él por el deudor, para que le haga saber si acepta o no el cumplimiento fuera de plazo. La CISG equipara a dicha solicitud la comunicación del vendedor al comprador de que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, presumiendo que pide al comprador que le haga saber su decisión.

C. Límites provenientes del ejercicio por el acreedor de un remedio incompatible con el cumplimiento del deudor

El ejercicio por el acreedor de algún remedio incompatible con el cumplimiento del deudor puede excluir o limitar el derecho de este a subsanar el incumplimiento. El alcance de esta restricción depende del remedio ejercitado por el acreedor y los requisitos del mismo.

Si el acreedor está obligado, para ejercitar el remedio, a dar un plazo suplementario que permita al deudor cumplir, este tiene la oportunidad de hacerlo antes de que el acreedor pueda ejercitar el remedio.

A continuación voy a referirme a los remedios incompatibles con el cumplimiento

del deudor. Son: la resolución del contrato, la reducción del precio y al derecho del acreedor a optar por la indemnización en lugar del cumplimiento.

1. Resolución del contrato

El supuesto de ejercicio de la resolución del contrato por incumplimiento no es totalmente coincidente en todos los ordenamientos. Pero hay ciertas pautas en la regulación del mismo que me permiten establecer las diferencias que hago a continuación.

a) Jerarquía de remedios

La directiva 1999/44/CC de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, establece un sistema de jerarquía de remedios, en caso de falta de conformidad de la cosa (cumplimiento defectuoso). La resolución del contrato es un remedio subsidiario de la reparación o sustitución de la cosa (art. 3). Esa subsidiariedad ofrece al deudor la oportunidad de cumplir (subsanan cumplimiento defectuoso), antes de perder este derecho.

Pero el carácter subsidiario de la resolución no se ha generalizado (CESL). Lo normal es que el acreedor pueda ejercitar el remedio que más le convenga. Y las limitaciones para el ejercicio de la resolución las hallaremos en su supuesto de hecho.

b) Incumplimiento esencial

La existencia de un incumplimiento esencial (el que “priva al acreedor de manera esencial del interés que pretendía satisfacer a través del contrato) otorga al acreedor, en el moderno derecho de contratos, en múltiples ordenamientos, el derecho a resolver el contrato, sin tener que ofrecer al deudor la posibilidad de cumplir. Es decir, priva al deudor de todo derecho a subsanar su incumplimiento, frente a la resolución del acreedor, producida, a menudo, en el moderno derecho de contratos mediante simple notificación al deudor.

Pero conviene tener en cuenta que la calificación de un incumplimiento como esencial debe ponderar si la subsanación que ofrece el deudor podría determinar que el incumplimiento dejará de ser esencial.

La calificación de esencial del incumplimiento ha de hacerse en el momento de ejercicio de la facultad de resolver. Si no existe un ofrecimiento previo del deudor, normalmente no deberá ser atendido el que deudor realice con posterioridad.

c) Nachfrist

La figura del plazo suplementario para el cumplimiento (Nachfrist), que ha de otorgar el acreedor al deudor para poder resolver el contrato, permite al deudor realizar el cumplimiento. Este sistema combina adecuadamente los respectivos intereses de acreedor y deudor.

d) Cláusula resolutoria expresa

Cuando existe una cláusula resolutoria pactada entre los contratantes, en principio, hemos de atender a su contenido, salvo que la misma deba ser controlada por no haber sido negociada o haya mediado algún vicio del consentimiento en su aceptación por el deudor. Hemos de tener en cuenta también las normas que, en cuanto a los efectos de ella, deban aplicarse (por ejemplo, el artículo 1504 CC).

No me voy a detener ahora en la problemática específica de la cláusula resolutoria. Simplemente debo recordar que, si es válida y puede privar al deudor del derecho a subsanar el incumplimiento, llegada la fecha prevista en la misma.

e) Incumplimiento de escasa importancia

El hecho de que el incumplimiento sea de escasa importancia se toma en cuenta para privar al acreedor del remedio de la resolución, sin perjuicio de que pueda conservar otros remedios. Este modo de operar, excluyendo la resolución, hace que no se plantee el problema que me ocupa.

2. Reducción del precio

De nuevo se nos presenta la misma cuestión: ¿los presupuestos de ejercicio de este remedio (propio de cumplimiento defectuoso) ofrecen al deudor la oportunidad de subsanar su incumplimiento?

Como he señalado al tratar de la resolución, la jerarquía de remedios que también hace subsidiario este remedio, ofrece al deudor la oportunidad de cumplir antes de que el acreedor pueda reducir el precio.

No existiendo jerarquía de remedios, el art. 50 CISG permite al deudor subsanar el incumplimiento, al tener noticia de la reducción del precio.

“... [E]l comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme sus artículos” (artículo 50 CISG).

3. Indemnización de daños en lugar del cumplimiento

¿Bajo qué presupuestos puede el acreedor insatisfecho pedir al deudor (solo) indemnización de daños en lugar del cumplimiento? Antes de responder a esta pregunta hemos de formularnos otra: ¿a qué daños nos estamos refiriendo?

En relación con esta cuestión, en derecho chileno, Claudia Bahamondes ha escrito⁴:

⁴ BAHAMONDES, Claudia, *Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico*

Si bien es cierto hoy se avanza hacia el reconocimiento de la facultad del acreedor para optar por aquella medida que mejor se adecue a sus intereses, persiste aún el tradicional dogma según el cual debe preferirse la acción de cumplimiento específico por sobre aquella de daños.

Esta situación se enfatiza en el caso de las obligaciones de dar no dinerarias. Para exigir la realización en este tipo de prestaciones, la doctrina clásica y la jurisprudencia han sostenido desde antaño que el acreedor debe deducir una demanda por la cual exija el cumplimiento en naturaleza de la obligación contraída, y sólo para el caso de que esta no pueda llevarse a cabo, se vería autorizado para impetrar la acción de indemnización.

No obstante, esta arraigada opinión ha comenzado a cuestionarse, pues no sería evidente que la referida afirmación se desprenda de lo preceptuado en el Código Civil en esta materia.

Es razonable admitir que el acreedor insatisfecho por el incumplimiento, que no pretende resolver el contrato ni pedir la reducción del precio, pueda, bajo ciertas condiciones que salvaguarden el interés del deudor a realizar el mismo el cumplimiento, pedir indemnización de daños en el lugar del cumplimiento. Es razonable en relación con el daño que hubiera de quedar superado (reparado) por la subsanación del incumplimiento (en cualquiera de sus manifestaciones) realizada por el deudor.

Pongamos un ejemplo. C compra a V, promotor, un piso en un edificio construido por este. El piso entregado tiene defectos estructurales que requieren reparaciones, necesarias para hacerlo conforme al contrato. Dichos defectos, además, hacen que el piso no sea habitable. Por ello el comprador se ha visto obligado a alquilar un piso de sustitución, en tanto el vendedor realice las obras necesarias. En este caso encontramos dos tipos de daños producidos por el incumplimiento, de naturaleza diferente, en cuanto al problema que me ocupa (indemnización en lugar del cumplimiento). Por un lado está el defecto de la obra, que exige reparación del vendedor. La reparación del vendedor suprimiría el defecto y consiguientemente el daño del comprador. Por otro lado encontramos el daño consistente en el gasto en el arrendamiento del piso de sustitución. En este caso la reparación del piso (cumplimiento del deudor) ya no podría evitar respecto al pasado el daño ya producido por consecuencia del defecto.

La diferencia entre uno y otro tipo de daños, a que me acabo de referir, tiene consecuencias en relación con la opción del comprador de optar por la indemnización en lugar del cumplimiento. El coste del arrendamiento es un daño no subsanable por el cumplimiento. Su reclamación no implica privar al deudor de su posible derecho a

frente al incumplimiento, en DE LA MAZA, Iñigo, *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), p. 235.