

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

**LA NOCIÓN UNITARIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LAS
OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

RODRIGO DAVID JOFRÉ MELLADO

PROFESOR GUÍA: MARIO OPAZO GONZÁLEZ

PROFESOR INFORMANTE: PAMELA PRADO LÓPEZ

VALPARAÍSO.

ENERO 2013

Resumen.

Dentro de las numerosas clasificaciones de las obligaciones que formula la doctrina, se encuentra aquella que distingue entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado. Dicha distinción –relativamente moderna- goza de bastante aceptación, pero ha generado un gran debate en la doctrina nacional e internacional en torno a su recepción legislativa y principalmente en cuanto a su aplicación y efectos. En la actualidad, la corriente renovadora del derecho de las obligaciones y los contratos denominada como Nuevo Derecho de la Contratación, postula la idea de un incumplimiento contractual como un hecho unitario –que se caracteriza por objetivo, amplio y expresivo de la insatisfacción del interés del acreedor- en base a una nueva concepción del contrato y la relación obligatoria nacida de éste. Esta noción de incumplimiento, tratándose de las obligaciones de resultado, no presenta problemas. Sin embargo, se discute si dicho postulado puede ser aplicado o no al incumplimiento de las obligaciones de medio. Este trabajo tiene por objeto demostrar –en base a la nueva concepción del contrato y de la relación obligatoria- que sí es posible construir un concepto unitario de incumplimiento contractual que abarque todas las manifestaciones del mismo, incluyendo al incumplimiento de las obligaciones de medio, generando en, consecuencia, un sistema unitario de responsabilidad contractual.

PALABRAS CLAVE: Obligación de Medio, Obligación de Resultado, Incumplimiento Contractual, Responsabilidad Contractual, Nuevo Derecho de la Contratación.

INTRODUCCIÓN.

Un célebre autor francés llamado René Demogue, en el año 1925, para resolver la contradicción que hasta ese entonces existía entre los artículos 1137 y 1147 del Código Civil francés, creó una clasificación de las obligaciones que distingue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado¹. Dicha distinción ha tenido gran difusión doctrinal y jurisprudencial, provocando grandes debates en torno a la recepción y aplicación que tendría en los diversos ordenamientos jurídicos y Chile no ha sido la excepción. El debate de los autores en nacionales, en cuanto a la recepción de la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado –al no haber norma expresa que se refiera a dicha distinción- ha sido variado. En un primer momento, esta clasificación fue rechazada categóricamente por la doctrina nacional, debido a la rígida interpretación que los autores daban a la norma contenida en el Art. 1547 inciso 3° del Código Civil (en adelante C.C), que, según algunos, contiene una presunción de culpabilidad en el incumplimiento contractual, que no distingue la naturaleza de la obligación incumplida, dejando por consiguiente sin aplicación la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado, porque tratándose de las obligaciones de medio- según la doctrina- la culpa debe ser probada por el acreedor y de acuerdo al Art. 1547 del C.C, la culpa se presume^{2 - 3}, por lo tanto, el acreedor no tendría que probarla.

Sin embargo, hoy en día la mayor parte de la doctrina nacional acepta y admite en el ordenamiento jurídico la clasificación, aunque lo hacen desde diferentes enfoques y explicaciones para sostener su aplicabilidad. Así, algunos autores, a propósito de la responsabilidad civil médica –paradigma de las obligaciones de medio- señalan que las obligaciones contraídas por un médico, por regla general, son obligaciones de medio, porque éste no se obliga a un resultado, esto es, sanar al paciente, sino que sólo se obliga a conducirse con la debida diligencia en la ejecución de un tratamiento o procedimiento

¹ DEMOGUE, René: *Traité des Obligations en Général*. Librairie Arthur Rousseau, París, (1925), T.V.

² Según Arturo Alessandri, esta clasificación sería inaceptable en la legislación chilena, porque en las obligaciones contractuales, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor y el legislador no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación, sea de medio o de resultado. ALESSANDRI, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Universitaria, Santiago, (1943), p. 54, n. 2.

³ El profesor René Abeliuk ha señalado, al igual que Arturo Alessandri, que la distinción en Chile no es aceptable, pues la disposición del Art. 1547 del C.C presume la culpa contractual sin hacer diferencias. Aunque según el mismo autor, esta clasificación es digna de tomarse en cuenta para una futura modificación del Código Civil. ABELIUK MANASEVICH, René: *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2003), pp. 204-205.

médico⁴. Otros autores postulan que la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado es aplicable en Chile, pero niegan la inversión de la carga de la prueba de la culpa tratándose de las obligaciones de medio, ya que, si bien es cierto –según la doctrina- en las obligaciones de medio es el acreedor quien debe probar la culpa del deudor, dicho efecto no puede ser aceptado en Chile, debido a que el Art. 1547 del C.C contiene una presunción general de culpa contractual y, por lo tanto, frente al incumplimiento de una obligación de medio, es el deudor quien debe probar la debida diligencia para exonerarse de responsabilidad; y en definitiva, acreditar que realizó el pago en conformidad al Art. 1698 del C.C., sin distinguir el Art. 1547 del C.C entre obligaciones de medio y de resultado⁵. De tal forma que la utilidad e importancia práctica que estos autores asignan clasificación, es la determinación de su cumplimiento e incumplimiento y no un tema probatorio⁶.

En cambio, otros autores nacionales aceptan plenamente la clasificación, incluidos los efectos probatorios de la obligación que produce la de medio, basados en una nueva interpretación que realizan de los Arts. 1547 y 1698 del C.C, según la cual, es el acreedor quien debe probar la culpa del deudor frente al incumplimiento de una obligación de medio, argumentando que dicha lectura a las normas no significa una torcedura al sentido del Art. 1547 de C.C, sino que emana de la propia naturaleza de la obligación de medio⁷. Dentro de los autores que aceptan la clasificación con todos sus efectos, también hay discusiones y diferentes enfoques. Así algunos señalan que la norma del Art. 1547 del C.C es aplicable sólo a las obligaciones de resultado y no así a las de medio, por lo tanto, dicha norma no

⁴ FLORES CARVAJAL, Víctor: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Metropolitana, Santiago, (2002), pp. 145-146. GUAJARDO CARRASCO, Baltazar: *Aspectos de la responsabilidad civil médica*, Librotecnia, Santiago, (2002), pp. 98-100. CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo: “La recepción Jurisprudencial de la distinción de Obligaciones de Medios/Obligaciones de Resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la Responsabilidad Civil Médica” en *Estudios de Derecho Civil IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial Legal Publishing, Olmué, (2008), pp. 327-330.

⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Las Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2003), pp. 228-230. Siguiendo al profesor Peñailillo en su planteamiento, RAMOS PAZOS, René: *De las obligaciones*, Editorial Legal Publishing, Santiago, (2008), pp. 22-23. En el mismo sentido también, Carlos Pizarro, quien postula la inseparabilidad del incumplimiento con la culpa del deudor en las obligaciones de medio. PIZARRO WILSON, Carlos: “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medios o de diligencia” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, (2008), pp. 255-265.

⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 227. PIZARRO WILSON, (n. 5), p. 259.

⁷ BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2006), pp. 658-661. VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Incumplimiento y atribución de responsabilidad en las obligaciones de medio y resultado (A propósito de una sentencia de la Corta Suprema N° ingreso 1.771-2008)” en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), pp. 139-142. GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro: *Responsabilidad Civil Contractual, obligaciones de medios y resultado*, Editorial ConoSur, Santiago, (2002), pp. 125-126.

sería un obstáculo para la recepción de la distinción⁸; y otros autores –a propósito de las obligaciones de resultado- indican que éstas están sometidas a un régimen de responsabilidad objetiva, debido a que no es admisible la excusa de diligencia o ausencia de culpa, siendo el Art. 1547 del C.C aplicable únicamente a las obligaciones de medio⁹. Como se puede observar, la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado trasciende por completo al tema de la responsabilidad contractual y plantea interrogantes en cuanto a la carga de la prueba y el incumplimiento contractual.

Y es en el incumplimiento contractual en donde se centra el presente trabajo¹⁰. Actualmente, la corriente modernizadora y unificadora del derecho de obligaciones denominada como “Nuevo Derecho de la contratación”¹¹, considera al incumplimiento contractual como cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor¹². El incumplimiento concebido de esta forma se transforma en un hecho amplio y objetivo¹³ que agrupa en un solo concepto cualquier desviación del programa contractual, prescindiendo de la valoración de la conducta de deudor, porque actúa al margen de la culpa y el dolo¹⁴. Esta forma de entender el incumplimiento contractual, tiene su origen en la evolución que ha experimentado la concepción del contrato y la relación obligatoria¹⁵; y

⁸ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo: “La reinterpretación del artículo 1547 del Código Civil chileno: el fin de una antigua presunción” en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N°36, Barranquilla, (2011), pp. 87-125. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a06.pdf>. Fecha última visita: 20 de Enero del 2013.

⁹ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: “Responsabilidad contractual y los factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 N°1, Santiago, (1997), pp. 151-177. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “Responsabilidad contractual objetiva” en *Estudios de Derecho Civil IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial Legal Publishing, Olmué, (2008), pp. 331-346. y recientemente URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio: “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, (2011), pp. 27-69.

¹⁰ Sin perjuicio que se analizarán otros temas relacionados con la clasificación que son de importancia, como por ejemplo, los criterios clasificatorios, el ámbito de aplicación, la importancia y la recepción que la clasificación ha tenido en Chile, entre otros temas.

¹¹ El profesor Antonio Manuel Morales Moreno señala que: “Al aludir al nuevo Derecho de la contratación” me estoy refiriendo a una nueva construcción del Derecho contractual, surgida en el Derecho uniforme, por necesidades del comercio internacional, que ha ejercido y continúa ejerciendo influencia en la modernización del Derecho de obligaciones continental” MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Evolución del concepto de obligación en derecho español” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006), p. 26.

¹² MORALES MORENO, (n. 11), p. 29.

¹³ VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La noción de incumplimiento esencial en el código civil” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, Valparaíso, (2009), p. 233.

¹⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro: “El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código civil sobre incumplimiento en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005), Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, (2007), p. 514.

¹⁵ Cfr. MORALES MORENO, (n. 11). Si bien es cierto, el profesor Morales Moreno se refiere a la evolución del concepto de obligación en el derecho español, de forma expresa indica que no puede considerarse esa

la adopción del modelo de obligación con objeto fungible –imperante en el tráfico comercial actual- que los diferentes instrumentos del derecho uniforme de los contratos toman en consideración para construir el Nuevo Derecho de la Contratación, y a diferencia de los códigos decimonónicos, cuyo derecho de obligaciones se basa y toma en consideración el modelo de obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto¹⁶.

No obstante lo anterior, el profesor Enrique Barros Bourie formula una importante objeción a la noción de incumplimiento unitaria, amplia y objetiva, proclamando la conveniencia de introducir un concepto diferenciado de incumplimiento¹⁷, debido a que existen ciertas obligaciones cuyo cumplimiento es inseparable de una apreciación de la conducta del deudor¹⁸. Ese tipo de obligaciones a las que se refiere el profesor Enrique Barros son las obligaciones de medio, porque la culpa en esta clase de obligaciones sería un elemento constitutivo del incumplimiento. Frente a esta objeción formulada, el profesor español Antonio Manuel Morales Moreno señala –en respuesta a Enrique Barros- que la importancia de este debate radica en que la distinción entre obligaciones de medio y resultado no sólo expresaría la existencia de dos sistemas de prueba, sino que también dos conceptos de incumplimiento y por consiguiente, dos sistemas de responsabilidad contractual¹⁹. Conforme a todo lo anterior, el concepto de incumplimiento de las obligaciones que nacen de un contrato sería diferente, pues habría que distinguir entre el incumplimiento de las obligaciones de medio y el incumplimiento de las obligaciones de resultado siguiendo la tesis del profesor Enrique Barros.

evolución de forma aislada, sino que esos cambios vienen preocupando a la doctrina civilista en general. También refiriéndose a la modernización del derecho de las obligaciones y contratos en el derecho español y también en el derecho chileno, SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: “La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011), pp. 107-170. La autora señala que desde hace unas décadas estamos asistiendo a un proceso de modernización del Derecho de Contratos, debido principalmente a la necesidad de responder a las exigencias del tráfico comercial internacional y a los textos legales y de soft law surgidos en ese ámbito.

¹⁶ Véase a VIDAL OLIVARES, (n. 14), pp. 495-550. El autor explica las consecuencias que tiene en el derecho de obligaciones y en la responsabilidad contractual, la adopción de un modelo de obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto y por otro lado, la adopción de un modelo de obligación con objeto fungible, siendo éste último en el que está construido el Nuevo Derecho de la Contratación.

¹⁷ BARROS BOURIE, Enrique: “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual” en *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, (2009), p. 157.

¹⁸ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 159.

¹⁹ MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros” *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, (2009), p. 215.

Este trabajo tiene por objeto demostrar que sí es posible construir una noción unitaria de incumplimiento contractual, que sea amplia, objetiva y expresiva de la insatisfacción del interés del acreedor fundado en el contrato, noción que abarque incluso al incumplimiento de las obligaciones de medio, permitiendo así construir un sistema unitario de responsabilidad contractual y de remedios contractuales que tienen como presupuesto articulador y común al incumplimiento. Para arribar a dicha conclusión, trabajaré con las obligaciones de medio y de resultado que tienen su fuente en el contrato. El marco normativo que utilizaré son las normas del Código Civil chileno y las normas del derecho uniforme de los contratos o Nuevo Derecho de la Contratación, constituido principalmente por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG)²⁰, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales²¹ y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL)²². Analizaré y haré referencia a las opiniones dadas por los autores nacionales e internacionales en torno al tema de las obligaciones de medio y de resultado, así como también, cuando trate la temática del incumplimiento, me referiré al enfoque dado por la doctrina española en cuanto a los destacables esfuerzos y avances en la modernización del derecho de obligaciones y los contratos –más aún- considerando que el Código Civil chileno y el Código Civil español pertenecen a una tradición jurídica común en cuanto al derecho de obligaciones, esto es, al Código Civil francés²³.

Para lograr el objetivo trazado precedentemente, el presente trabajo se divide en dos capítulos. En el Capítulo Primero abordaré el tema fundamental de las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado en la doctrina. Comenzaré señalando una definición de obligaciones de medio y obligaciones de resultado, así como algunas denominaciones de las mismas; me referiré al origen de la clasificación; haré mención a las críticas que se le han formulado; señalaré los principales criterios clasificatorios; delimitaré el ámbito de aplicación; y finalmente, indicaré la importancia que los autores han asignado a la distinción; a continuación abordaré la recepción que la clasificación ha tenido en Chile por

²⁰ La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 es ley de la República desde el día 3 de octubre del año 1990.

²¹ UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado, UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, Ediciones UNIDROIT, 2004. Versión española dirigida por Alejandro A.M. Garro, Madrid, Ediciones UNIDROIT.

²² Principios de derecho europeo de los contratos, preparados por la Comisión de derecho europeo de los contratos, cuyo presidente es el Profesor Ole Lando.

²³ MORALES MORENO, (n. 17), p. 194. SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), pp. 107-108.

la doctrina. Para estos efectos, me referiré a la doctrina que la rechaza y sus argumentos, así como también, las principales posturas que la aceptan y sus respectivos argumentos. También abordaré la problemática del rol que juega la culpa en el incumplimiento de las obligaciones de medio y de resultado respectivamente. En el Capítulo Segundo analizaré el incumplimiento de las obligaciones que nacen de un contrato. Para ello, me referiré a la forma tradicional de concebir al incumplimiento contractual y sus efectos directos en el sistema de responsabilidad contractual en sentido amplio²⁴, en especial en los remedios contractuales pretensión de cumplimiento, resolución e indemnización de perjuicios. Luego, me referiré a la noción unitaria del incumplimiento contractual y su recepción en el derecho uniforme de los contratos. Analizaré los efectos de la noción unitaria de incumplimiento en el sistema de responsabilidad contractual, así como también, en los remedios contractuales pretensión de cumplimiento, resolución e indemnización de perjuicios. Por último, en este capítulo, analizaré la problemática de las obligaciones de medio con el concepto de incumplimiento unitario, a la luz de las principales características que éste reviste, a saber: La amplitud, la contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor y el ser un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor, concluyendo que, a pesar de las objeciones formuladas por el profesor Enrique Barros, sí es posible construir una noción unitaria de incumplimiento contractual que abarque a tipo de obligaciones, incluso a las de obligaciones medio, generando un sistema unitario de responsabilidad contractual. Finalmente, expondré las conclusiones del trabajo realizado.

²⁴ Me refiero a la responsabilidad por incumplimiento contractual, que abarca todos los remedios, es decir, pretensión de cumplimiento, resolución, excepción de contrato no cumplido, reducción del precio, reparación y sustitución de la prestación no conforme y la indemnización de perjuicios. La responsabilidad en sentido estricto sólo contempla al remedio indemnizatorio y es en este sentido que tradicionalmente se ha entendido la responsabilidad contractual.

CAPÍTULO I.

OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN LA DOCTRINA.

1.- CONCEPTOS Y PRECISIONES.

La clasificación que distingue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado –pese a que se originó para solucionar un problema normativo en particular en el derecho francés- se ha convertido en un tema y distinción fundamental dentro del derecho de obligaciones, que se erigiría, según algunos autores, como la nueva *summa divisio*, dejando en un segundo plano a la *summa divisio* tradicional entre obligaciones contractuales y extracontractuales²⁵. Se ha señalado también, a propósito la clasificación en comento, que existirían dos disciplinas diferentes en torno al cumplimiento y al incumplimiento²⁶, así como también, dos regímenes diferentes en materia de prueba del incumplimiento y de responsabilidad derivadas del incumplimiento²⁷, siendo esta última objetiva en el caso de las obligaciones de resultado y subjetiva en las obligaciones de medio²⁸. En estas brevísimas ideas, es fácil percatarse de la gran importancia que reviste esta clasificación y las interrogantes que para la doctrina ha provocado la introducción y aplicación de la misma en los diversos ordenamientos jurídicos, pese a su mayoritaria aceptación.

Ahora bien, surge de inmediato la pregunta: ¿qué se entiende por obligación de medio y por obligación de resultado? Se entiende por obligación de medio, aquella en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, consiste en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar²⁹. Por obligación de resultado, se entiende a aquella en la que el acreedor se obliga a proporcionar en forma directa e inmediata la satisfacción de interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que

²⁵ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel: “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 45, fascículo 2, Madrid, (1992), p. 663.

²⁶ En ese sentido Enrique Barros en BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 159 y ss.

²⁷ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), pp. 151-177. BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 135-192. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 9), pp. 331-346.

²⁸ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 653.

²⁹ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 653.

integra a la prestación³⁰. En la doctrina nacional, siguiendo al profesor Daniel Peñailillo, “se entiende por obligación de medio aquella cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado del acreedor”³¹; y por obligación de resultado –siguiendo al mismo autor – “se entiende aquella en la cual el deudor se obliga a proporcionar, en forma directa e inmediata, la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado, el cual integra la prestación”³².

Esta clasificación no se encuentra expresamente reconocida a nivel normativo en Chile, ni tampoco en los cuerpos normativos en el derecho comparado; no obstante ello, sí se encuentra expresamente reconocida y consagrada en uno de los instrumentos normativos del derecho uniforme de los contratos, esto es, los Principios UNIDROIT. En efecto, el epígrafe del Art. 5.1.4 de dicho cuerpo normativo se refiere expresamente a la “*Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos*”. A las obligaciones de resultado se refiere el Art. 5.1.4 (1) de los Principios UNIDROIT, señalando que “*En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado*”. A continuación, el Art. 5.1.4 (2) de los Principios UNIDROIT, se refiere a las obligaciones de medio de la siguiente manera: “*En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición*”.

Y el comentario al Art. 5.1.4 de los Principios UNIDROIT, para explicar en qué consiste la distinción, expresa lo siguiente: “*El grado de diligencia que se exige a una parte en el cumplimiento de una determinada obligación varía considerablemente de acuerdo a la naturaleza de la obligación. Algunas veces una de las partes está obligada únicamente a emplear su mejor diligencia. En ese caso, dicha parte debe emplear la diligencia de una persona razonable de la misma condición colocada en circunstancias similares, sin*

³⁰ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 653.

³¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 223.

³² PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 223.

*garantizar la obtención de un resultado específico. En otros casos, sin embargo, la obligación es más onerosa pues se garantiza la obtención de un resultado específico*³³.

En el caso de las obligaciones de medio, el contenido de la prestación del deudor se agota en el despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente, sin que se integre al contenido de la prestación el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está teleológicamente enderezada³⁴. Como por ejemplo, un abogado que asume la obligación de representar judicialmente a una persona en un juicio, no se obliga a ganar el juicio, porque no le es posible asegurar ese resultado. Pero sí el abogado se obliga a representar a su cliente y a ejecutar todas sus actuaciones de forma diligente, de acuerdo a un parámetro de conducta establecida por las normas de la *lex artis* de su profesión.

Sin embargo, no debe perderse de vista, que, desde el punto de vista del Nuevo Derecho de la Contratación, el contenido de la prestación no se agota simplemente en un deber de conducta, sino que también, el deber de prestación expresa la garantía de un resultado y la consiguiente satisfacción del interés o propósito práctico del acreedor, se trate de una obligación de medio o una obligación de resultado³⁵. Por lo que no debe pensarse que el interés del acreedor sea un elemento ajeno a las obligaciones de medio. En efecto, el interés del acreedor y la garantía de resultado –pese a tratarse de deberes de conducta en una obligación de medio- están representados por la ejecución de la prestación de acuerdo al programa o proyecto inicialmente contemplado o prefigurado por los contratantes al momento de constituir la relación obligatoria. Es allí en donde recae el interés del acreedor en la relación obligatoria, concluyéndose que el interés que integra a una obligación de medio, es conseguir la realización específica o concreta de la prestación en los términos en que fue establecida inicialmente³⁶. Utilizando el mismo ejemplo del abogado, éste garantiza la ejecución del contrato de prestación de servicios de conformidad al proyecto establecido inicialmente por los contratantes. Esta idea resulta fundamental para construir la noción unitaria de incumplimiento y respecto de la cual volveré en el Capítulo II.

³³ UNIDROIT, (n. 21), p. 137.

³⁴ JORDANO FRAGA, Francisco: “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente) en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 44, fascículo 1, Madrid, (1991) p. 7.

³⁵ MORALES MORENO, (n. 11), p. 19.

³⁶ ALCALDE SILVA, Jaime: “La causa de la relación obligatoria” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011) pp. 49-50. Si bien el autor no se refiere a las obligaciones de medio, sino que a la causa de la relación obligatoria en general, señala que esta forma de concebir el interés en la relación obligatoria se corresponde con la noción de causa final de la obligación, la cual se encuentra presente en todo tipo de relación obligatoria.

En el caso de las obligaciones de resultado, el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro del resultado concreto el que se constituye en el contenido de la prestación del deudor, y por consiguiente, en lo debido por éste³⁷. En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a obtener una determinada finalidad o resultado, porque el contenido de la prestación es el resultado mismo, de tal manera que éste no se satisface únicamente con una actividad desplegada por el deudor, sino cuando el resultado se obtiene. Así, respecto de la obligación de entregar una cosa en un contrato de compraventa – clásico ejemplo de obligación de resultado – el vendedor cumple con su obligación cuando entrega una cosa que coincide con las características de aquella cosa inicialmente proyectada e ideada por los contratantes, con la consiguiente satisfacción del interés de acreedor.

2.- DENOMINACIONES.

La expresión original que se acuñó a esta clasificación en obligaciones de medio y obligaciones de resultado –que usaré en el presente trabajo por tratarse de la expresión originaria en la materia- fue propuesta por el autor francés René Demogue, a quien se le adjudica la calidad de creador de la misma³⁸. No obstante, en la doctrina pueden encontrarse otras terminologías para referirse a la misma clasificación. Así, algunos autores usan la terminología de obligaciones de medios y obligaciones de resultado³⁹; otros autores para referirse a las obligaciones de medio utilizan la expresión obligaciones generales de

³⁷ JORDANO FRAGA, (n. 34), p. 7.

³⁸ Cfr. DEMOGUE, (n. 1). También se refieren a la clasificación como obligaciones de medio y de resultado MORALES MORENO, (n. 11), p. 19. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 222. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *Nuevas tendencias de la Responsabilidad*, editorial Abeledo Perrot: Thomson Reuters, Santiago, (2011), p. 63. TAMAYO JARAMILLO, Javier: *Tratado de Responsabilidad Civil*, T.I, Editorial Legis, Bogotá, (2008), p. 412 y TAPIA SUÁREZ, Orlando: *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Editorial Lexis Nexis, 2º edición, Santiago, (2006), p. 500.

³⁹ Esta es la denominación que mayoritariamente se utiliza en la doctrina. Cfr. BRANTT ZUMARÁN, María Graciela: “Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: La delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), p. 385. BARROS BOURIE, (n. 7), p. 657. CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 8), p. 88. DIEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial II, relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, (2008), p. 280. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 50. JORDANO FRAGA, (n. 35), p. 5. JOSSERAND, Louis: *Teoría general de las Obligaciones*, Editorial Parlamento Ltda, Santiago, (2008) p. 83. LE TORNEAU, Philippe: *La Responsabilidad Civil Profesional*. Traducción Javier Tamayo Jaramillo, Editorial Legis, Colombia, (2006), p. 27. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 651. MEZA BARROS, Ramón: *Responsabilidad Civil*, Editorial Edeval, Valparaíso, (1980), p. 90. VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 142.

prudencia y diligencia⁴⁰, o bien; obligaciones de actividad o simple actividad⁴¹, o bien; obligaciones indeterminadas⁴² y por último, obligaciones de emplear los mejores esfuerzos⁴³. En cuanto a la denominación de las obligaciones de resultado, existe consenso entre los autores en denominarles obligaciones de resultado sin más, aunque también algunos las denominan como obligaciones determinadas⁴⁴ u obligaciones estrictas⁴⁵.

3.- GÉNESIS Y BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CLASIFICACIÓN.

La clasificación que distingue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, tiene su origen en el derecho francés, aunque algunos autores sugieren que sus vestigios son anteriores⁴⁶. Específicamente, esta clasificación surge en materia de prueba de la culpa contractual que viene determinada por la contradicción que existiría entre los artículos 1137 y 1147 del Código Civil francés⁴⁷. En efecto, el artículo 1137 del C.C francés señala que “*La obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que la*

⁴⁰ Las denominan de esa forma ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 204. MAZEAUD, Henri: *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Editorial Parlamento Limitada, Santiago, (2008), p. 189. MEZA BARROS, (n. 39), p. 58.

⁴¹ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 167. JORDANO FRAGA, (n. 34), p. 7. YZQUIERO TOLSADA, Mariano: *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal, teoría general*, Editorial Reus, Madrid, (1989), p. 255. Este autor denomina a las obligaciones de medio como obligaciones de “simple actividad”.

⁴² Cfr. COUTASSE, Alberto, ITURRA, Fernando: *El caso fortuito ante el Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1958), p. 29. MEZA BARROS, (n. 39), p. 58. y STITKHIN BRANOVER, David: *El Mandato civil*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, (2008), p. 392.

⁴³ Cfr. Art. 5.1.4 Principios UNIDROIT.

⁴⁴ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 204. COUTASSE, ITURRA, (n. 42), p. 29. MAZEAUD, (n. 40), p. 184. MEZA BARROS, (n. 39), p. 58. y STITKHIN BRANOVER, (n. 42), p. 392.

⁴⁵ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 182.

⁴⁶ Algunos autores señalan, que si bien es cierto, la autoría de la clasificación se le atribuye a René Demogue en Francia, ésta tendría su origen en la doctrina alemana un cuarto de siglo antes. Es así, como Mariano Yzquierdo, señala que las bases de la clasificación se encuentran en un comentario al Proyecto del Código Civil alemán formulado por un autor llamado Bernhoft, quien señaló lo siguiente: “Toda relación obligatoria implica una tensión de la voluntad del deudor en dirección a cierto resultado. Sin embargo, la relación puede ser de tal carácter que el deudor sólo se vea obligado a hacer cuanto pueda para alcanzar el resultado, y con ello se libera independientemente de la efectiva consecución del fin. Pero si la obligación contempla el resultado por sí mismo, la misma no se extingue hasta que el resultado no se haya obtenido, salvo el caso de la imposibilidad sobrevenida. En las obligaciones de la primera especie, también la imposibilidad subjetiva libera al deudor, con tal que haya tenido lugar por causas que no le son imputables”. Mariano Yzquierdo agrega que Bernhoft no dio el nombre a las categorías de obligaciones descritas, sino que fue Fischer, quien las denominó obligaciones subjetivas y obligaciones objetivas. YZQUIERO TOLSADA, (n. 41), p. 255. También se ha buscado el origen de la clasificación en el propio derecho romano, en donde se distinguían algunas obligaciones en que el deudor debía un hecho preciso y concreto de otras obligaciones en las que sólo debía un esfuerzo constante y sincero. VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 142. Incluso se busca su origen en el antiguo derecho francés, en pasajes de Domat, en Lason y Planiol. OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario: “El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil” en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 53, Lima, (2010), p. 476. Disponible en http://www.castillofreyre.com/articulos/tema_fundamental.pdf. Fecha última consulta: 20 de Enero de 2013.

⁴⁷ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 657.

conservación solo tenga por objeto la utilidad para una de las partes, sea que tenga por objeto su utilidad común, somete a quien está encargado de ella, a brindarle todos los cuidados de un buen padre de familia". Esta disposición, junto con eliminar expresamente la clasificación tripartita de la culpa⁴⁸, indica que si el acreedor desea hacer responsable al deudor por incumplimiento, debe probar la culpa de éste o, cuando más, éste, presunto culpable, podría demostrar ausencia de culpa, por haber actuado con la diligencia y cuidado debidos⁴⁹ sin la necesidad de probar la concurrencia de caso fortuito⁵⁰. La norma en esos términos es clara en el sentido que la responsabilidad por la pérdida de la cosa que se debe está impregnada del principio de culpabilidad que ronda por todo el C.C francés⁵¹.

Pero por otro lado, el artículo 1147 del mismo cuerpo legal, dispone que *"El deudor será condenado, si hay lugar a ello, al pago de daños y perjuicios, sea en razón de la inejecución de la obligación, sea en razón del retardo en la ejecución, cada vez que no justifique que la inejecución proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya mala fe de su parte"*. De la lectura de esta norma, se deduce que al acreedor, para hacer responsable al deudor del incumplimiento de la obligación, le basta con probar el incumplimiento de la misma, sin necesidad de probar la culpa del deudor, que se presume. Esta disposición, permite, a priori, considerar que la obligación debe ser cumplida por el deudor en forma estricta⁵². Y frente a esta situación, al deudor no le es permitido demostrar ausencia de culpa, pues se le exige expresamente una causa extraña, es decir, una fuerza mayor o caso fortuito⁵³.

De la lectura a las normas anteriormente citadas, fácilmente se puede advertir que existe una contradicción y oposición categórica⁵⁴. Esta dualidad de posiciones entre las normas, motivó grandes debates doctrinales, pues no se sabía quién correspondía la carga de la prueba de la culpa contractual⁵⁵. La doctrina francesa para resolver este problema, acudió a diversas soluciones. Así algunos autores señalaron que la contradicción entre los Arts. 1137 y 1147 del C.C francés era aparente, siendo el Art. 1147 la regla general en

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 413.

⁴⁹ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 413.

⁵⁰ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 658.

⁵¹ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 413.

⁵² LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 658.

⁵³ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 658. y TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 413.

⁵⁴ Henri Mazeud habla de una antinomia. MAZEAUD, (n. 40), p. 185.

⁵⁵ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 414.

materia de responsabilidad contractual y el Art. 1137 de aplicación excepcional⁵⁶. Pero René Demogue –con la publicación en 1925 del quinto y último tomo de su *Traité des Obligations en Général*- propuso distinguir entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado para resolver la contradicción. Así, señaló que la obligación del deudor no era siempre de la misma naturaleza, ya que podía ser una obligación de resultado o una obligación de medio⁵⁷. Según este autor, el Art. 1137 del C.C francés, que impone al deudor aplicar a la ejecución o cumplimiento de su obligación la diligencia de un buen padre de familia, se referiría únicamente a las obligaciones de medio (*de moyen*)⁵⁸, mientras que el Art. 1147 del C.C francés se referiría exclusivamente a las obligaciones de resultado (*de resultat*), es decir, aquellas en que el deudor se obliga a la obtención de un resultado preciso y determinado⁵⁹.

No obstante las críticas y cuestionamientos que ha sufrido esta clasificación desde que René Demogue publicó su tratado de obligaciones, sus partidarios lograron darle una aceptación y trascendencia que ni el mismo Demogue pudo imaginar, incluso en los tribunales franceses inferiores y la Corte de Casación⁶⁰. A nivel europeo, esta distinción se fue consagrando y ganando terreno⁶¹, discutiéndose ya no la admisión de la misma, sino su ámbito de aplicación y los efectos que ésta tendría en la responsabilidad contractual, como por ejemplo, la influencia que ejerció la clasificación tratándose de la teoría de la responsabilidad objetiva⁶². En Chile, esta clasificación –en principio resistida por los

⁵⁶ En ese sentido, Jossierand –pese a aceptar la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado- indica que entre los Arts. 1137 y 1147 existe una contradicción aparente. Según la opinión del autor, el derecho común de la responsabilidad contractual hay que buscarlo en los Arts. 1147 y 1148 del C.C francés. La generalidad de estas normas resulta del mismo epígrafe de la sección dónde están colocados. Agrega, que el principio es que el deudor, en caso de inejecución de sus obligaciones, es responsable de toda culpa y también de su hecho. El acreedor no tiene más que probar la existencia de la obligación y su inejecución. Corresponde después al deudor probar la causa extraña. Luego, indica que ocurre algo distinto y el deudor no responde ya más de la culpa en que un buen padre de familia no debe incurrir cuándo: 1º Es un deudor de un cuerpo cierto; 2º Si la inejecución de su obligación esta puesta en cuestión, como la de un mandatario. Cuando se trata de usar el criterio del buen padre de familia, lo que se busca averiguar, si el deudor a puesto en la práctica los medios de que disponía. JOSSERAND, (n. 39), pp. 492-493. Da una solución parecida, Henri Mazeud, que al igual que Jossierand, acepta a la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado. Este autor señala que el Art. 1137 se refiere a una obligación en particular: la de velar por la conservación de la cosa debida que pesa sobre del deudor de un cuerpo cierto. Las demás obligaciones, se rigen por el estatuto del Art. 1147. En otras palabras, la regla general está contenida en el Art. 1147. MAZEAUD, (n. 40), pp. 186-187.

⁵⁷ DEMOGUE, (n. 1), pp. 538-545.

⁵⁸ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 659.

⁵⁹ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 659.

⁶⁰ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 663.

⁶¹ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), pp. 673-676.

⁶² El profesor Jorge Baraona –refiriéndose al cuestionamiento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad- destaca que uno de los usos que los autores italianos le han dado a la clasificación es tomarla como base para plantear una teoría de responsabilidad objetiva basada en la letra de los textos de los códigos

autores- también se ha asentado y se discute en torno a cuál o cuáles son sus efectos en materia de responsabilidad contractual como veré más adelante en este Capítulo.

4.- CRÍTICAS A LA CLASIFICACIÓN.

Esta clasificación –pese a su mayoritaria recepción en la doctrina- ha sido objeto de variadas críticas y objeciones. Dichas críticas se basan en la imposibilidad de establecer a priori una distinción nítida y radical entre las obligaciones de medio y de resultado⁶³, ya que toda obligación podría ser considerada como de medio o de resultado dependiendo del punto de vista del cual se le observe⁶⁴. Por eso es que se ha dicho que esta clasificación en realidad aporta una visión simplista de la realidad⁶⁵, que carecería de interés práctico⁶⁶ y sería una distinción verdaderamente bizantina⁶⁷. Bajo ese prisma, estas críticas principalmente han sido tres:

La primera de esas críticas, dice relación con el hecho que si se miran las cosas con mayor detención, en realidad todas las obligaciones son de resultado, y en las denominadas obligaciones de medio, ese resultado es más estrecho⁶⁸. En consecuencia, se considera utópico el hecho de aislar un resultado esperado de los medios que deben conducir a él,

promulgados en el siglo XIX y siglo XX, pese a la tradicional lectura culpabilística de las normas de responsabilidad contractual. Este autor nacional, en su trabajo indica que el cuestionamiento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad contractual fue hecho por Osti, quien sostenía que la fuente de la responsabilidad contractual está en la prestación y mientras ésta no se hiciera sobrevenidamente imposible por causa no imputable al deudor. Otro autor italiano, llamado Mengoni, según el profesor Baraona, publicó su célebre trabajo sobre las obligaciones de medios y de resultado, inspirado en el trabajo realizado por Osti y en la distinción sugerida por Demogue. Para Mengoni, si se indagaba en torno al objeto de la prestación, pronto podría confirmarse que la diligencia no cumplía en las obligaciones la misma función, pues en determinadas obligaciones –las de medios- la diligencia tenía un papel integrador del objeto de la prestación, pues el resultado que se perseguía con ella quedaba afuera de lo debido. Por el contrario, en las obligaciones de resultado el bien esperado por el acreedor se incorpora al contenido de la prestación y la diligencia no puede tener la función de fundamento ni extensión de responsabilidad, sino en el límite de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, entendida como factor de imputación antitética al *casus*, en razón de que la verdadera extensión de la obligación viene impuesta por el deber de actuar de buena fe, y esto supone que el deudor debe comportarse de tal manera de ejecutar los actos necesarios para obtener el resultado debido, como buen padre de familia, a fin de mantenerse en situación de cumplir. BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), pp. 152-156.

⁶³ OSTERLING PARODI, CASTILLO FREYRE, (n.46), p. 480.

⁶⁴ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 665.

⁶⁵ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 665.

⁶⁶ Así lo afirman Castillo Freire y Osterling Parodi, al señalar que “No sólo sería imposible, sino inútil, que los hombres de Derecho ingresásemos en este tipo de “sutilezas de escuela”. Tal distinción carecería de interés práctico, pues al Derecho de Obligaciones solamente le concierne conocer en qué consiste la prestación asumida por el deudor y que éste la cumpla, aplicándose al tema de los muy razonables principios de equidad en torno a la carga de la prueba, ya sea si la obligación se ha cumplido o si ella no se ha ejecutado”. OSTERLING PARODI, CASTILLO FREYRE, (n. 46), p. 484.

⁶⁷ OSTERLING PARODI, CASTILLO FREYRE, (n. 46), p. 494.

⁶⁸ PEÑAILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224. . YZQUIERO TOLSADA, (n. 41), p. 260.

pues la asunción de una obligación, sea del tipo que sea, siempre está encaminada a la obtención de un resultado que satisfaga el interés del acreedor⁶⁹. Por otro lado, toda obligación de medio, supone la obtención de unos resultados intermedios⁷⁰. Respondiendo a esta crítica, el profesor Daniel Peñailillo señala que “También es cierto que al contratar, las partes tienen siempre un resultado, pero no hay inconveniente en excluirlo de las obligaciones; entonces, a veces el resultado está in obligationi y es lo requerido y otras ese resultado es solamente esperado, y se asume que puede producirse o no, con carácter aleatorio, como consecuencia de un comportamiento diligente”⁷¹.

La segunda crítica a la clasificación, señala que en realidad toda obligación supone el empleo de ciertos medios de ejecución, por consiguiente, toda obligación es de medio⁷². Un resultado no puede obtenerse mientras no se desarrolle una actividad o un determinado comportamiento de carácter diligente⁷³. El profesor Daniel Peñailillo responde a esta crítica, señalando que “En cuanto a que en las obligaciones de resultado siempre hay una actividad o comportamiento para llegar a él, es cierto, pero en las de resultado no se piensa en los medios, sino en el resultado, el cual constituye el objeto directo de las obligación”⁷⁴.

Y la tercera crítica a la clasificación se formula en atención al hecho que muchos contratos implican de forma simultánea obligaciones de ambas clases⁷⁵. Así, por ejemplo, el médico se obliga a cierto comportamiento dirigido a curar al paciente, y al mismo tiempo puede estar sujeto a una obligación de resultado, consistente en emplear algún aparato en el procedimiento que realiza; o el abogado se compromete a prestar sus servicios con diligencia, sin prometer un resultado, pero al mismo tiempo está sujeto a una obligación de

⁶⁹ Así por ejemplo –señala Lobato Gómez– en la obligación de cuidados médicos, el resultado buscado por el médico y el paciente, es la mejoría de la salud del paciente, por lo que se trata de un resultado. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 666.

⁷⁰ Así por ejemplo, en la obligación de cuidados del médico, efectuar una intervención quirúrgica, prescribir un tratamiento, efectuar un examen. Así la obligación de medio, sería una sucesión de obligaciones de resultado. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224.

⁷¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 225. YZQUIERO TOLSADA, (n. 41), p. 260. Esta es la postura del Pablo Rodríguez Grez, quien considera que todas las obligaciones son de medio. RODRÍGUEZ GREZ, (n. 38), pp. 63-67.

⁷² LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 666.

⁷³ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 667. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 225.

⁷⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 225.

⁷⁵ BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 174-176. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 667. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 225. Así lo reconocen también, los Principios UNIDROIT en el comentario al Art. 5.1.4, al indicar que “En un mismo contrato pueden coexistir obligaciones de ambas especies. Por ejemplo, puede considerarse que una compañía que arregla máquinas descompuestas asume una obligación de emplear los mejores esfuerzos en lo que respecta a la calidad de la reparación en general y una obligación de resultado en lo que se refiere a la reposición de ciertas piezas”. UNIDROIT, (n. 21), p. 137.

resultado consistente en realizar ciertos actos procesales dentro de un plazo⁷⁶. De la misma forma que las críticas anteriores, el profesor Peñailillo las contesta y señala que “Desde luego, la presencia de obligaciones de ambas clases en un mismo contrato no constituye defecto alguno. Se trata de obligaciones distintas, porque son distintas las prestaciones requeridas”⁷⁷.

5.- CRITERIOS DE DETERMINACIÓN O CRITERIOS CLASIFICATORIOS.

Se entiende por criterios de determinación a aquellas pautas o reglas que permiten establecer y distinguir si una obligación es de medio o de resultado respectivamente. La búsqueda de estos criterios de determinación obedece a que la ley no establece qué obligaciones son de medio, o bien, son de resultado⁷⁸ al no estar reconocida expresamente en ella. Como señalé anteriormente, de forma excepcional los Principios UNIDROIT en su Art. 5.1.4 entregan una definición de obligaciones de medio y de resultado. Acto seguido, en el Art. 5.1.5, los Principios UNIDROIT entregan un catálogo de cuatro factores o criterios para determinar si una obligación pertenece a una u otra categoría al señalar el Art. 5.1.5 “...se tendrán en cuenta, entre otros factores:” y a continuación los menciona. Se deduce de esta norma, que los criterios indicados en los Principios no son taxativos. Hechas estas observaciones cabe preguntarse: ¿cuál o cuáles son los criterios para determinar si una obligación es de medio o de resultado?, ¿qué debe tomarse en consideración para calificar a una obligación de medio o de resultado? En la doctrina se pueden encontrar un sin número de ellos que –que para una mayor comprensión- voy a agrupar en tres: legales, convencionales y doctrinales.

5.1.- Criterios legales.

Al tratarse de una clasificación de creación doctrinal más o menos reciente, ésta no se encuentra establecida ni definida por la ley. En razón de lo anterior, menos aún existe un catálogo con criterios para distinguir entre una obligación de medio y una obligación de

⁷⁶ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 667.

⁷⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 225.

⁷⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 50.

resultado. Frente a este escenario, algunos autores han dicho que –a pesar de no estar reconocida la clasificación en la ley- sí es posible extraer un criterio legal de distinción. La clave sería identificar la forma en que el deudor se exonera de responsabilidad. Desde ese punto de vista, si al deudor sólo le basta probar la debida diligencia para exonerarse de responsabilidad, entonces se está en presencia de una obligación de medio. Por el contrario, si la única posibilidad que tiene el deudor de exonerarse de responsabilidad es la causa extraña, entonces se está en presencia de una obligación de resultado⁷⁹.

Sin embargo, algunos autores consideran que la prueba de la debida diligencia en las obligaciones de medio es prueba del pago y no una causal de exoneración de responsabilidad⁸⁰. De aceptarse el criterio señalando precedentemente –además- me parece que éste no resuelve a priori el problema de distinguir entre un tipo de obligación y otro, porque el criterio mencionado dice relación con los efectos que produce el incumplimiento de la obligación de medio o resultado previamente definida como tal y las causales de exoneración de responsabilidad no señalan cuál o cuáles son los criterios que se tomaron en cuenta antes para calificar a la obligación incumplida como de medio o resultado. En otras palabras, las causales de exoneración –de aceptarse como criterio- sirven como un indicio para identificar si una obligación es de medio o de resultado, pero no para responder a la pregunta de por qué esa obligación es de tal o cual categoría.

Sin embargo, los Principios UNIDROIT de forma expresa en el Art. 5.1.5 –cuyo epígrafe es Determinación del tipo de obligación- señala criterios para determinar si una obligación es de medio o de resultado de la siguiente forma: “*Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores: (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato. (b) el precio y otros términos del contrato. (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado. (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación*”. El comentario a esta norma destaca que, a veces, la determinación puede ser

⁷⁹ Esta es la postura que sigue Javier Tamayo en el derecho colombiano. Pone de ejemplo el caso del mandato y de la pérdida de la cosa que se debe, en donde el deudor se puede exonerar de responsabilidad probando que fue diligente. Agrega también, que cuando el legislador de forma expresa establezca determinado régimen probatorio de la culpa, la obligación será de medio o de resultado independientemente de cualquier otro criterio que el intérprete quiera darle al contenido de la obligación. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 533-534.

⁸⁰ En ese sentido BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 181-182. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 126 y VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 546.

difícil y que este artículo establece criterios que pueden servir de guía para las partes, jueces o árbitros. Esta enumeración, como ya había señalado antes, no es exhaustiva o taxativa⁸¹.

5.2.- Criterios convencionales.

Como me encuentro en el ámbito de las obligaciones de medio y obligaciones de resultado que tienen como fuente al contrato, las partes, en virtud de los Arts. 1545, 1546, 1547 y 1560 del C.C, pueden libremente convenir o determinar que una obligación sea de medio o de resultado respectivamente⁸². En otras palabras, las partes están facultadas para definir el contenido de la prestación⁸³. De este modo, si los contratantes de forma expresa señalan que el deudor se obliga a obtener un determinado resultado concreto –no bastando un simple comportamiento de éste- se está en presencia de una obligación de resultado. O si los contratantes, de la misma forma, señalan que el deudor se obliga a desplegar determinada actividad encaminada a la obtención de un resultado, pero sin comprometer la obtención de este último, se está en presencia de una obligación de medio. Dentro de este mismo criterio clasificatorio, algunos autores señalan que si los contratantes –en una obligación que es naturalmente de medio- introducen una cláusula modificatoria de la responsabilidad civil que la agrava, la obligación se transforma en una de resultado⁸⁴. Por el contrario, si la obligación es naturalmente de resultado y los contratantes introducen al contrato una cláusula modificatoria de la responsabilidad civil que la atenúa, la obligación se convierte en una de medio.

Sin embargo, muchas veces la voluntad de los contratantes para determinar si una obligación es de medio o de resultado no basta, debido a la falta de univocidad del lenguaje o a la errada o inexacta aplicación de los términos de la relación obligatoria⁸⁵. En efecto, como expresa el profesor Luis Diez-Picazo, “el dibujo del proyecto no puede nunca ser del

⁸¹ UNIDROIT, (n. 21), p. 139.

⁸² GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 60. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 699. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 534.

⁸³ JORDANO FRAGA, (n. 34), p. 10. La misma idea expresa el profesor Luis Diez Picazo, al señalar que “Naturalmente, la autonomía de la voluntad de las partes hace posible dibujar y cerrar el programa o proyecto, de la forma tan pormenorizada y prolija como las propias partes deseen” DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 118.

⁸⁴ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 60. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 534-535.

⁸⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 61.

todo lo completo que sería de desear”⁸⁶. A lo anterior, se puede añadir que las partes al celebrar un contrato, dan regulaciones insuficientes e incompletas, debido a la siguiente circunstancia: la capacidad de las partes para anticiparse y prever todos los problemas que puedan surgir en la ejecución del desarrollo, es siempre limitada⁸⁷, por lo que se hace necesario –para calificar una obligación de medio o de resultado- recurrir a los mecanismos de interpretación de la declaración de voluntad y además, su integración a través de las normas dispositivas o supletorias de la voluntad de las partes, esto es, la construcción de la regla contractual^{88 - 89}.

Hechas estas precisiones, surge una nueva interrogante al respecto: si no es suficiente la voluntad de los contratantes ¿cuál o cuáles son las pautas o criterios que permiten decidir si la obligación es de medio o de resultado? Para responder a tal pregunta, surgen los criterios doctrinales como veré a continuación.

5.3.- Criterios doctrinales.

La gran mayoría de las veces, ni el legislador⁹⁰, ni los contratantes señalan o establecen la circunstancia de que una obligación sea calificada como de medio o de resultado. Es por tal motivo que la doctrina se ha esmerado en elaborar diferentes criterios que permiten determinar y establecer si la obligación es de medio, o bien, es de resultado respectivamente.

Un camino propuesto para determinar la calificación de una obligación, es establecer que una de las dos categorías es la regla general o que hay una presunción en uno u otro

⁸⁶ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 118.

⁸⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, Valparaíso, (2000), pp. 209-210.

⁸⁸ El profesor Álvaro Vidal, se refiere a la construcción de la regla contractual como una operación compleja compuesta por dos actividades claramente diferenciadas entre sí. Por un lado, la interpretación de la declaración de voluntad, consistente en aclarar y desarrollar a la voluntad privada, y por otro lado, la integración de la regla contractual, que se presenta como una unidad compleja e incluye la declaración de voluntad interpretada. VIDAL OLIVARES, (n. 87), pp. 209-227.

⁸⁹ Diez Picazo expresa que en cada caso en particular, decidir si la obligación es de medio o de resultado, constituye un problema de interpretación de la declaración de voluntad de las partes. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 281. Alejandro García –pese a que no se refiere a la construcción de la regla contractual- indica que cuando no pueda ser hallada la voluntad de las partes respecto a la calificación de la obligación, se aplican en plenitud las normas supletorias que contempla el Código Civil. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 62.

⁹⁰ Con excepción de los Principios UNIDROIT en el artículo 5.1.4.

sentido⁹¹. En esa línea –tratándose de la responsabilidad contractual- la regla general estaría constituida por las obligaciones de resultado, siendo las obligaciones de medio excepcionales, debido a que estas últimas son establecidas por ley o mediante el contrato de forma expresa⁹². Si bien es cierto, las obligaciones de resultado son más numerosas en el tráfico comercial en comparación a las obligaciones de medio, dicha circunstancia ha sido rechazada como criterio clasificatorio, porque resulta imposible deducir de la normativa civil la presencia de una regla general o presunción en uno u otro sentido⁹³, siendo tal opción inaceptable y carente de base sólida⁹⁴. Por otro lado, establecer como criterio clasificatorio el hecho de ser un tipo de obligación la regla general, no resuelve los problemas que se presentan en un caso concreto a la hora de determinar a qué clase de obligación u obligaciones corresponden aquellas que emanan de un contrato. Tampoco resuelve este problema establecer una presunción en orden a que las obligaciones que emanan de un contrato son en principio de resultado, pues de ser así, quien alegue que del contrato emanan obligaciones de medio, tendría que probarlo.

Otro camino propuesto para determinar la calificación de una obligación –ya sea de medio o de resultado- es el seguido por la doctrina, especialmente francesa⁹⁵, que se ha esmerado en la búsqueda de un criterio global basado en el análisis de la posición de las partes⁹⁶ o criterios subjetivos⁹⁷ y en el examen del contenido de la obligación⁹⁸ o criterios objetivos⁹⁹. Se advierte de antemano, que en la doctrina no se ha logrado imponer un criterio único para la calificación y lo más adecuado es conjugarlos frente a la situación

⁹¹ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 51. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 698. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226.

⁹² Gran parte de la doctrina está de acuerdo que tratándose de la responsabilidad contractual, las obligaciones de resultado son más frecuentes que las obligaciones de medio, debido a que las contratantes en la generalidad de los casos, buscan obtener un resultado preciso y determinado. En ese sentido ABELIUK MANASVISH, (n. 3), p. 204. LE TORNEAU, (n. 39), p. 29. MAZEAUD, (n. 40), p. 189. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226. y TAPIA SUAREZ, (n. 38), p. 499.

⁹³ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 51.

⁹⁴ Así lo expresa en España el autor Lobato Gómez, quien rechaza este criterio. Interpretando el Art. 1104 del Código Civil español, el autor dice que las obligaciones de medio calzan perfectamente con dicha norma y no hay motivo para considerarlas como excepcionales. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 698.

⁹⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 52.

⁹⁶ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 698.

⁹⁷ Alejandro García señala que los criterios subjetivos “son los que atienden a la calidad, derechos o circunstancias de las partes. A saber: la calidad del deudor, los bienes jurídicos del acreedor y el rol activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento” GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 57.

⁹⁸ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 698.

⁹⁹ Así, Alejandro García, indica que “son los criterios de determinación que se fundan en la naturaleza misma de la prestación. A saber: el alea, el sistema de imputación de riesgos y la mayor o menor determinación de la prestación” GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 52.

concreta¹⁰⁰. A continuación voy a referirme a los criterios más importantes que se han tomando en consideración¹⁰¹.

5.3.1.- El alea o carácter aleatorio de la prestación.

La clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado se formula en atención a la naturaleza de la prestación o configuración del objeto¹⁰² y pretende dar respuesta a la interrogante ¿a qué se obligó el deudor?¹⁰³ El alea o carácter aleatorio de la prestación es el criterio más aceptado por la doctrina¹⁰⁴, porque permite responder a la interrogante planteada anteriormente. En efecto, la obligación será de medio o de resultado según la mayor o menor probabilidad que tenga el deudor de alcanzar el objetivo último buscado por el acreedor al momento de contratar¹⁰⁵. Tratándose de las obligaciones de medio, se entiende que la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad diligente que posibilita al acreedor la obtención de un resultado esperado y buscado al contraer la obligación, pero dicho resultado no está in obligationi¹⁰⁶. ¿Por qué el resultado no está in obligationi? Porque el resultado es aleatorio¹⁰⁷, es decir, interviene el azar¹⁰⁸ y no resulta lógico, bajo este prisma, exigir al deudor que obtenga un resultado preciso. Por ese motivo, se cita como una típica obligación de medio, la contraída por el médico con su paciente. El médico se obliga a desplegar sus conocimientos y cuidados necesarios en vistas a un fin, que es curar a su paciente, pero no se obliga a curarlo, ya que no le es posible –en atención al estado de la medicina actual- garantizar la curación como resultado. La misma situación ocurre con la obligación que asume un abogado para con su cliente. El abogado se compromete a emplear todos sus conocimientos en la defensa y representación del cliente

¹⁰⁰ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 698. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226. Javier Tamayo señala que parte de la doctrina ha renunciado prácticamente a la posibilidad de encontrar un criterio único y a priori para determinar el contenido de la obligación, limitándose a aceptar varios criterios. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 538-539.

¹⁰¹ Sin perjuicio de ello, hay otros que los autores mencionan, como por ejemplo, razones de equidad en LOBATO GÓMEZ, (n. 25), pp. 704-705. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226., o bien, la equidad, pero como expresión del principio de buena fe y los usos, y como criterio de más justa reciprocidad entre los contratantes. JORDANO FRAGA, (n. 34), p. 10.

¹⁰² DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 280. JORDANO FRAGA, (n. 34), p. 10. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 701. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224. TAPIA SUAREZ, (n. 38), p. 499. y VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 142.

¹⁰³ VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 142.

¹⁰⁴ Así lo señalan, entre otros, GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 52. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 702. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224. y TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 539-540.

¹⁰⁵ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 539.

¹⁰⁶ VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 142.

¹⁰⁷ LE TORNEAU, (n. 39), p. 27.

¹⁰⁸ MEZA BARROS, (n. 39), p. 60.

en un juicio, pero no se obliga a ganarlo, pues quien decide un pleito es un tercero imparcial que puede fallar desfavorablemente y en muchas ocasiones, las pretensiones o excepciones –en su caso- por sí solas no bastan para ganar el pleito por encontrarse el cliente en una situación adversa desde el punto de vista procesal y sustantivo. En ambos ejemplos, el resultado final es incierto¹⁰⁹.

En cuanto a las obligaciones de resultado, el deudor compromete precisamente la consecución de un resultado, que integra la obligación, resultando indiferente la actividad desplegada para su consecución. Sin resultado, hay incumplimiento¹¹⁰. En esta clase de obligaciones, el resultado está in obligationi¹¹¹. ¿Por qué el resultado está in obligationi? Porque existe una gran probabilidad de obtener el resultado querido por el acreedor¹¹². En otras palabras, el deudor, salvo causa extraña, no tiene inconvenientes para lograr el objetivo perseguido por el acreedor¹¹³. Por esa causa, es que al deudor no le basta –para cumplir una obligación de resultado- desplegar una simple actividad para conseguir dicho resultado, sino que debe conseguirlo. El profesor Enrique Barros –dentro de la misma idea- señala que “Hay muchas razones para justificar esta regla: el contrato es una forma de atribuir riesgos al deudor, de modo que el acreedor tiene normalmente la expectativa normativa de que éste cumpla con sus obligaciones”¹¹⁴. Claramente, Enrique Barros se está refiriendo al alea como criterio clasificatorio y que justifica un tratamiento más estricto en cuanto a las obligaciones de resultado.

Tratándose del Nuevo Derecho de la Contratación, los Principios UNIDROIT reconocen al alea como un criterio clasificatorio en el artículo 5.1.5 (c), al señalar como criterio el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado. El comentario al Art. 5.1.5 (c) indica: “Cuando el cumplimiento de la obligación implica un riesgo muy alto, cabe presumir que el deudor no ha pretendido garantizar un resultado y que el acreedor no espera dicha garantía. Se inferirá la conclusión contraria cuando el resultado esperado, en principio, pueda ser alcanzado sin ninguna dificultad en especial”¹¹⁵.

¹⁰⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 53.

¹¹⁰ VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 144.

¹¹¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224.

¹¹² GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), pp. 52-53.

¹¹³ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 539.

¹¹⁴ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 178.

¹¹⁵ En los comentarios al Art. 5.1.5 (c) de los Principios UNIDROIT, se mencionan dos casos a modo ejemplar para comprender la idea expresada anteriormente. “2. Una agencia espacial se compromete a poner

El alea, pese a ser el criterio con mayor aceptación en la doctrina, no ha estado exento de críticas, porque resulta difícil determinar cuándo un resultado querido por el acreedor es de aleatoria consecución o no, teniendo en consideración lo que es el riesgo contractual normal¹¹⁶. La determinación del punto de inflexión entre certeza e incerteza en la obtención de un resultado es absolutamente variable, dependiendo de cada actividad y circunstancias¹¹⁷. Lobato Gómez en ese sentido expresa que “el alea es una noción incierta que depende de la valoración que realice el juez, de determinadas estimaciones objetivas y de las expectativas del acreedor”¹¹⁸. Estas dificultades ponen de manifiesto que el alea como criterio no es suficiente para establecer con total certeza el tipo de obligación de que se trate, por lo que necesita ser aplicado junto a otros criterios¹¹⁹.

5.3.2.- La influencia o rol que cumple el acreedor en el cumplimiento de la obligación.

Como el criterio del alea o carácter aleatorio de la prestación por sí solo es insuficiente para determinar la calificación de una obligación como de medio o de resultado, los autores han propuesto un criterio complementario¹²⁰, consistente en el rol que cumple el acreedor en el cumplimiento de la obligación, el cual puede ser activo o pasivo¹²¹. Es así como ciertos autores señalan que el papel pasivo del acreedor en el cumplimiento de una obligación, determinaría que esa obligación sea de resultado¹²². Por ejemplo, se dice que en el contrato de transporte de pasajeros o de mercancías, tanto los

en órbita un satélite de telecomunicaciones. El promedio de fracasos en los lanzamientos previos ha sido del 22%. No cabe esperar que dicha agencia especial garantice un lanzamiento exitoso bajo estas circunstancias. Su obligación consiste en observar toda la diligencia requerida para este tipo de lanzamientos, tomando en consideración el nivel alcanzado en ese momento por la tecnología” Este es un ejemplo de obligación de medio. Luego, hay un segundo ejemplo que dice así: “3. “A” promete entregar 20 toneladas de acero a “B” el 30 de junio. Como se trata de una operación relativamente simple, que no implica un riesgo especial, “A” se encuentra obligado a obtener el resultado concreto de entregar la cantidad requerida de acero en la fecha estipulada, y no solamente a intentarlo” Este es un ejemplo de obligación de resultado. UNIDROIT, (n. 21), p. 140.

¹¹⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 53. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 701.

¹¹⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 53.

¹¹⁸ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 701.

¹¹⁹ No obstante las críticas al alea como criterio clasificatorio, Alejandro García destaca que sin lugar a dudas, se trata del criterio aproximativo de mayor contundencia y utilidad, debido a que centra la relevancia de la prestación en la actividad misma del deudor y no en un resultado que no depende exclusivamente de ella. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), pp. 53-54. La misma idea en LOBATO GÓMEZ, (n. 25), pp. 701-702.

¹²⁰ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 703.

¹²¹ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 59. LE TORNEAU, (n. 39), pp. 27-28. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 703. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 540-544.

¹²² GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 59.

pasajeros como las mercancías quedan completamente a disposición del deudor, quien desempeña un papel activo en la ejecución del contrato, en tanto las personas o las cosas (acreedor) asumen un rol pasivo¹²³. En caso contrario, cuando el rol del acreedor sea activo, se estaría en frente a una obligación de medio¹²⁴. Por ejemplo, un contrato celebrado entre el dueño de una piscina y un nadador, para que este último practique la natación. El nadador (acreedor) cumple un rol activo en la ejecución del contrato¹²⁵.

Este criterio también se encuentra expresamente contemplado en el artículo 5.1.5 (d) de los Principios UNIDROIT como “*Influencia del acreedor en el cumplimiento de la obligación*”. El comentario al Art.5.1.5 (d) de los Principios UNIDROIT, indica que “En algunos casos, el acreedor puede encontrarse en una posición capaz de influir en el cumplimiento de la obligación del deudor. Esta circunstancia puede convertir en una obligación de emplear los mejores esfuerzos una obligación que, de otra forma, hubiera sido considerada una obligación de resultado”¹²⁶.

Para comprender bien este criterio, de forma muy ilustrativa, el profesor colombiano Javier Tamayo señala: “En consecuencia, casi siempre que el acreedor desempeña un papel activo en la ejecución del contrato, las posibilidades de que el deudor pueda obtener el beneficio buscado por el acreedor disminuyen, puesto que él no puede controlar todos los movimientos del acreedor al ejecutar el contrato. Por el contrario, cuando el acreedor desempeña un papel pasivo, el deudor tiene mayores posibilidades de lograr el objetivo buscado por el acreedor al contratar”¹²⁷.

No obstante, este criterio clasificatorio no está exento de críticas, debido a que resulta ser muy limitado por sí mismo, por la relatividad del concepto de pasividad y los

¹²³ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 540.

¹²⁴ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 59.

¹²⁵ Javier Tamayo explica que en el ejemplo propuesto, el contrato genera –en cuanto a la obligación principal- una obligación de medio, puesto que en este caso, el acreedor al obtener la prestación por parte del deudor, juega un papel activo en la ocurrencia del daño y, por tanto, si el deportista se golpea en el fondo de la piscina, el deudor solo será responsable en caso de que se demuestre que hubo negligencia de su parte consistente en no construir la piscina con todas las especificaciones y señalizaciones técnicas del caso. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 540.

¹²⁶ El comentario al Art. 5.1.5 (d) indica el siguiente ejemplo: “4. “A” se encuentra en condiciones de proveer a “B” de la asistencia técnica necesaria para aplicarla a nuevos descubrimientos en procesos químicos. “A” conviene con “B” en que éste enviará algunos de sus ingenieros para asistir a un curso de capacitación organizado por “A”. “A” no puede garantizar que “B” llegue a conocer en profundidad los nuevos procesos químicos, ya que dicho resultado dependerá, en parte, de que “B” efectivamente envíe a sus ingenieros al curso de capacitación, de la capacidad de estos ingenieros y de su atención durante el curso”. UNIDROIT, (n. 21), pp. 140-141.

¹²⁷ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 541. En el mismo sentido LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 703.

contrasentidos que puede suscitar en la práctica¹²⁸, como por ejemplo, tratándose del contrato de prestación de servicios médicos, el acreedor paciente asume casi siempre un rol totalmente pasivo al quedar sometido a lo que el médico prescriba, pero la obligación que contrae el médico generalmente es de medio y no de resultado¹²⁹.

5.3.3.- La mayor o menor precisión o determinación de la prestación.

Cuando el comportamiento del deudor esté determinado y establecido en forma específica, se trataría de una obligación de resultado¹³⁰, producto de su grado de descripción con contornos precisos en sus facetas jurídica y material¹³¹. En cambio, en aquellos casos en que el deudor tenga mayor libertad de acción respecto a la forma de cumplimiento, se trataría de una obligación de medio¹³², porque la prestación está descrita en forma difusa¹³³ y es indeterminada¹³⁴. Esta última situación es lo que sucede, por ejemplo, con el contrato de mandato, que por configuración legal sería de actividad sin atención a la existencia o no de alea en la consecución del resultado¹³⁵. El criterio mencionado también está consagrado en el artículo 5.1.5 (a) de los Principios UNIDROIT como “*Naturaleza de la obligación conforme a los expresado en el contrato*”. El comentario al artículo 5.1.5 (a) de los Principios UNIDROIT señala que “La manera en que una obligación ha sido descrita en el contrato puede ser de gran ayuda para determinar si las partes tuvieron el propósito de crear una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico”¹³⁶.

¹²⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 59.

¹²⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 59. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 541-542.

¹³⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 56. Este criterio también es tomando en consideración por Henri Mazeud, quien caracteriza a las obligaciones determinadas o de resultado como aquellas en que la obligación del deudor se halla exactamente precisada, determinada por el contrato, y los actos que el deudor debe ejecutar estrictamente indicados. MAZEAUD, (n. 40), p. 189.

¹³¹ BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 169-170. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 704. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226.

¹³² Alejandro García está de acuerdo que el contrato de mandato es de medio, pero rechaza que ello se deba a la falta de determinación exacta de la forma en que se ha de realizar el encargo. Indica también, que al parecer el legislador protege el esfuerzo desplegado por el mandatario por cuanto se trata de una prestación de trabajo, de actividad en sí misma considerada y no por la indeterminación de la forma en que se ha llevado a cabo. Por esa situación, en el caso del mandato, habría un deber de esfuerzo. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 56.

¹³³ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226.

¹³⁴ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 169. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 705.

¹³⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 56.

¹³⁶ El comentario al Art. 5.1.5 (a) da un ejemplo muy ilustrativo del criterio que dice así “1. “A”, un contratista, acuerda construir un edificio de almacenamiento para “B”, quien desea que el trabajo se concluya dentro de un periodo inusualmente breve. Si “A” se compromete a que el trabajo se terminará antes del 31 de

Este criterio también es criticado por los autores, porque lo determinante a la hora de establecer una mayor o menor precisión de la prestación, depende de la voluntad de los contratantes¹³⁷, por lo tanto, el criterio no sirve para determinar la naturaleza misma de la obligación en forma objetiva, sino que hace necesario investigar cuál es la voluntad de las partes¹³⁸, lo que, en consecuencia, no lleva a una conclusión definitiva alguna, creando un nuevo problema relacionando con la interpretación de la voluntad de los contratantes¹³⁹.

5.3.4- La gratuidad o la onerosidad de la prestación.

El precio y otros términos del contrato también pueden ofrecer indicios sobre la naturaleza de una obligación¹⁴⁰. De esta forma, la gratuidad en un contrato determinaría que las obligaciones emanadas de aquel sean de medio¹⁴¹. Por el contrario, si el contrato es oneroso, entonces se estaría en presencia de una obligación de resultado. Este criterio se encuentra reconocido en el artículo 5.1.5 (b) de los Principios UNIDROIT como “*El precio y otros términos del contrato*”. El comentario al artículo 5.1.5 (b) de los Principios UNIDROIT señala que “Un precio insólitamente alto u otra obligación recíproca de naturaleza no dineraria puede indicar una obligación de alcanzar un resultado concreto en casos en donde, por lo general, suele asumirse sólo una obligación de emplear los mejores esfuerzos. Otros ejemplos de estipulaciones que pueden facilitar la determinación de la naturaleza de la obligación, son las cláusulas que vinculan el pago del precio al éxito de una operación, el pacto de cláusulas penales para el caso de no obtenerse un resultado específico y las cláusulas que permiten a una parte adaptar el contrato en el supuesto en que circunstancias imprevistas alteren el equilibrio de las prestaciones de una manera fundamental”¹⁴².

Este criterio también ha sido objeto de críticas, debido a que en la práctica muchos contratos que por regla general son fuente de obligaciones de medio, por ejemplo los

diciembre”, se presume la obligación de alcanzar dicho resultado en la fecha estipulada. Si simplemente se estipula que “A” tratará de finalizar los trabajos antes del 31 de diciembre, sólo se compromete a emplear todos los medios a su alcance para entregar el edificio en esa fecha, sin garantizar que efectivamente así se haga”. UNIDROIT, (n. 21), pp. 139-140.

¹³⁷ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 704.

¹³⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), pp. 56-57.

¹³⁹ Lobato Gómez, (n. 25), p. 704.

¹⁴⁰ UNIDROIT, (n. 21), p. 140.

¹⁴¹ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 704. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 226.

¹⁴² UNIDROIT, (n. 21), p. 140.

contratos de servicios médicos o servicios profesionales de un abogado, la gratuidad o la onerosidad de la prestación no alteran la calificación de la obligación¹⁴³.

6.- CAMPO O ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN.

Como se señaló anteriormente al analizar el alea o carácter aleatorio de la prestación como criterio clasificatorio, la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado se centra principalmente en la configuración del objeto de la obligación, o si se prefiere, en la naturaleza de la obligación, respondiendo a la pregunta a qué se obliga el deudor. De tal manera, que el campo de aplicación de esta clasificación de las obligaciones es muy amplio, porque necesariamente toda obligación pertenece a una u otra categoría, esto es, ser una obligación de medio o de resultado –dependiendo del caso-¹⁴⁴ cualquiera sea su clase. Ahora bien, si se toma en consideración la distinción básica entre obligaciones de dar, hacer y no hacer, existen ciertas particularidades al analizar y relacionar esta distinción con las obligaciones de medio y de resultado¹⁴⁵.

En cuanto a las obligaciones de dar –por definición¹⁴⁶- los autores han dicho que éstas son de resultado¹⁴⁷, pues el deber de prestación no se integra con un puro hacer diligente o un intentar dar. Lo que el acreedor espera es recibir el dominio o tenencia material de una cosa y mientras eso no suceda, no puede considerarse que el deudor haya cumplido con su obligación¹⁴⁸. Como explica el profesor Luis Diez-Picazo, “El dare y la

¹⁴³ Javier Tamayo, quien critica este criterio clasificatorio, explica que se puede afirmar que la onerosidad o gratuidad no es un criterio de distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, porque tal onerosidad permite es que en ciertos contratos, pero no en todos, el deudor sea obligado a un mayor grado de diligencia, con lo cual se disminuyen los riesgos de daño por parte del acreedor TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 544.

¹⁴⁴ Javier Tamayo al referirse la génesis de la clasificación en Francia, señala que a pesar de no estar establecida en el Código napoleónico, puede deducirse fácilmente de la naturaleza misma de cualquier obligación. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 541. El profesor Luis Diez-Picazo –cuando se refiere a las obligaciones de resultado- destaca que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, es aplicable a todo tipo de obligaciones. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 272.

¹⁴⁵ El profesor Enrique Barros, al referirse al valor de la distinción entre obligaciones de medio y resultado, señala que la antigua distinción entre las obligaciones de dare, facere y prestare proviene del derecho romano clásico, que tenía por finalidad ordenar las obligaciones de acuerdo a su contenido. Agrega que esa clasificación es insuficiente, debido a que hay obligaciones de hacer, en cuya virtud el deudor se obliga a proporcionar un beneficio específico y en otras obligaciones de hacer, se obliga a actuar en interés del acreedor, sin importar que el beneficio se produzca. BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 170-171.

¹⁴⁶ Obligación de dar es la que tiene por objeto transferir el dominio de una cosa o constituir sobre ella algún otro derecho real. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 189.

¹⁴⁷ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 167. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 274. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 690. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224. URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 61.

¹⁴⁸ BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 167.

dación no se configuran como una pura actividad humana, sino que son el resultado de esa actividad”¹⁴⁹.

En cuanto a las obligaciones de no hacer¹⁵⁰, los autores también han dicho que son obligaciones de resultado¹⁵¹, pues su contenido es objetivo, es decir, se cumplen si se constata la ausencia de determinada actuación por parte del deudor, que en otras circunstancias le habría sido lícito desplegar¹⁵². Lo debido entonces es la abstención y no el esfuerzo de abstenerse¹⁵³.

Finalmente, en cuanto a las obligaciones de hacer¹⁵⁴, éstas pueden ser tanto de medio como de resultado¹⁵⁵. Una obligación de hacer será de medio cuando el deudor se obliga a realizar una conducta diligente conforme a los estándares de su profesión, oficio o actividad, pero no se obliga a proveer un resultado. La prestación en este caso se encamina a un fin ulterior, pero la realización de éste no se compromete¹⁵⁶. Como por ejemplo, al médico que presta sus servicios sólo se le podrá reclamar una actividad diligente en la prestación de los mismos, pero no se le podrá decir que no ha cumplido su obligación por el hecho que el paciente no se cure, ya que no se obligó a obtener la curación¹⁵⁷. En cambio, una obligación de hacer será de resultado cuando lo debido por el deudor es la obtención de un concreto resultado que se integra al contenido de la obligación, sin que le baste el despliegue de una actividad diligente encaminada al logro del mismo¹⁵⁸. Por ejemplo, los contratos de suministro de gas, electricidad, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillado, son contratos de prestación de servicios que generan obligaciones de

¹⁴⁹ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 274.

¹⁵⁰ Obligación de no hacer es aquella que tiene por objeto una abstención. También puede definirse como aquella en la cual el deudor debe mantener cierto comportamiento de abstención o negativo. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 190.

¹⁵¹ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 167. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 691. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224. URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 61.

¹⁵² Pese a ello, el profesor Jorge Baraona estima que las partes podrían convenir que una obligación negativa o de no hacer se convierta en una de actividad o medio. BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 167.

¹⁵³ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 691.

¹⁵⁴ Obligación de hacer es la que tiene por objeto la ejecución de un hecho. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 190.

¹⁵⁵ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 167. BARROS BOURIE, (n. 17), p. 171. JORDANO FRAGA, (n. 34), p. 6. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 691. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 224. URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 61.

¹⁵⁶ DIEZ-PICAZO, (n. 39), pp. 280-281.

¹⁵⁷ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 281.

¹⁵⁸ El profesor Luis Diez-Picazo señala que por resultado debe entenderse una determinada configuración de una realidad física y jurídica, respecto del modo como ésta se encontraba en el momento anterior a la constitución de la relación obligatoria. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 281.

resultado¹⁵⁹. En estos casos, el prestador de servicios cumple su obligación cuando producto de su actividad efectivamente el acreedor recibe los servicios contratados, sin que sea suficiente un mero esfuerzo en vista de tal objetivo.

7.- UTILIDAD O IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN.

La doctrina en general, está de acuerdo en que la importancia que reviste la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado, se encuentra en el terreno propio de la responsabilidad contractual¹⁶⁰ y dentro de ella, son dos los aspectos o puntos que se destacan. Estos son a saber: La carga de la prueba del incumplimiento por un lado, y por otro, la determinación del cumplimiento e incumplimiento contractual.

7.1.- La carga de la prueba del incumplimiento o la culpa.

Tradicionalmente se ha señalado que la importancia de esta clasificación radica en un tema probatorio¹⁶¹. De hecho, la génesis de la misma dice relación con la contradicción que existía entre los Arts. 1137 y 1147 del C.C francés, relativa a un tema de carga de la prueba de la culpa contractual. Para solucionar esa contradicción, René Demogue propuso distinguir entre las obligaciones de medio y de resultado. En cuanto a las obligaciones de resultado, el acreedor no tendría que probar la culpa del deudor en caso de incumplimiento, siendo suficiente probar que el resultado no se obtuvo¹⁶², porque la culpa del deudor se presume¹⁶³. Y en cuanto a las obligaciones de medio, la carga de la prueba pesa sobre el acreedor, porque éste tendrá que probar –para establecer el incumplimiento- que el deudor no se ha comportado diligentemente¹⁶⁴. En el siguiente punto de este capítulo, al tratar el tema de las obligaciones de medio y de resultado en Chile, veré que este principio ha sido cuestionado por la doctrina, ya sea porque algunos estiman que no hay diferencia entre

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara: “Incumplimiento y exoneración de responsabilidad en los contratos de servicios. Los lineamientos de la responsabilidad estricta del proveedor” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), p. 414.

¹⁶⁰ Por todos véase LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 714.

¹⁶¹ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 204. CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 8), p. 103. YZQUIERO TOLSADA, (n. 41), p. 268.

¹⁶² LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 725.

¹⁶³ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 8), p. 104. MEZA BARROS, (n. 39), p. 60.

¹⁶⁴ LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 725. MEZA BARROS, (n. 39), pp. 60-61.

obligaciones de medio y de resultado en relación al tema probatorio y la culpa se presume en ambos casos¹⁶⁵; o bien, la culpa contractual no se presume tratándose de las obligaciones de resultado¹⁶⁶.

7.2.- La determinación del cumplimiento e incumplimiento.

Otros autores, sin desconocer la importancia que reviste el tema probatorio de la culpa, señalan que la verdadera utilidad e importancia de la clasificación se encuentra en la determinación del cumplimiento y, por consiguiente, del incumplimiento contractual¹⁶⁷, especialmente tratándose de las obligaciones de medio, por las particulares exigencias para establecer si fueron o no cumplidas¹⁶⁸. En ese mismo orden de ideas, una obligación de resultado está incumplida cuando el deudor no ha proporcionado al acreedor el resultado al cual se comprometió¹⁶⁹. En la obligación de medio, la situación es más compleja, porque no basta señalar que el resultado no se ha producido, sino la obligación de medio –en principio- está incumplida cuando el deudor no se ha comportado con la debida diligencia¹⁷⁰. Esta situación, ha llevado a afirmar que no es posible arribar a una noción unitaria de cumplimiento, debido a que no se necesita de la culpa para establecer el incumplimiento de las obligaciones de resultado. En cambio, la culpa sí sería un elemento propio del incumplimiento de las obligaciones de medio¹⁷¹. Esta hipótesis generaría una dualidad de regímenes de responsabilidad contractual. Sin embargo, en el Capítulo II veré que –a pesar de que aparentemente las obligaciones de medio y de resultado tienen un hecho constitutivo de incumplimiento diferenciado- sí es posible arribar a un concepto unitario de incumplimiento contractual, porque el incumplimiento se mira desde una perspectiva más amplia¹⁷².

¹⁶⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 228-229. PIZARRO WILSON, (n. 5), p. 259.

¹⁶⁶ Por todos véase URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), pp. 27-69.

¹⁶⁷ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 170. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 67. JORDANO FRAGA, (n. 34), p. 20. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 227. YZQUIERO TOLSADA, (n. 41), p. 267.

¹⁶⁸ BARROS BOURIE, (n. 17), p.170. LOBATO GÓMEZ, (n. 25), p. 717.

¹⁶⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 227.

¹⁷⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 227.

¹⁷¹ Vid. BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 135-192.

¹⁷² Tesis que es sostenida por el profesor Antonio Manuel Morales Moreno en MORALES MORENO, (n. 19), pp. 193-218.

8.- OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO EN CHILE.

8.1.- La recepción de la clasificación por la doctrina nacional.

Hoy en día, prácticamente la totalidad de la doctrina nacional acepta la recepción y aplicación de la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado, refiriéndose a ella con diferente profundidad^{173 - 174}. Incluso, la Corte Suprema reconoce esta clasificación en sentencia de reemplazo dictada el día 4 de octubre del año 2007, señalando en el considerando segundo “Que en materia de cuasidelitos por negligencia médica, como es el caso de autos, es necesario tener presente, en primer lugar y como un elemento esencial al momento de configurar el tipo penal, que en el ejercicio de esta profesión como ocurre en general respecto de toda profesión liberal, lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, el que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente, pues ello depende de múltiples condicionantes, muchas veces ajenas a la voluntad del tratante, lo cual, por lo demás, haría prácticamente imposible el ejercicio profesional del ramo; sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una obligación de medios, lo que equivale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento”¹⁷⁵.

¹⁷³ Así lo afirma Hugo Cárdenas Villareal en CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo: “La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VI. Responsabilidad médica*, Santiago, (2010), p. 46. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/02.PDF. Fecha última visita: 20 de Enero del 2013.

¹⁷⁴ Con la excepción de Pablo Rodríguez Grez, quien sostiene la tesis que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado es una falacia, ya que no puede sostenerse desde una perspectiva dogmática ni en el derecho chileno ni en el derecho francés, llegando a concluir que en realidad todas las obligaciones son de medio. El autor para arribar a esta conclusión, expone que la prestación en ningún caso debe alcanzarse inexorablemente y bajo todo supuesto, sino que el deudor se obliga a realizar el máximo esfuerzo para cumplir la obligación. Distingue entre el deber de conducta como el medio y la prestación, que es el fin. Sostiene, que el deudor puede exonerarse probando la debida diligencia. Sin embargo –tratándose de la responsabilidad profesional- el autor expone que la obligación del profesional, como toda obligación, es de medio, pero atendido el objeto de la prestación, provoca una alteración del onus probandi, de tal manera que no se aplicaría la presunción de culpabilidad establecida en el artículo 1547 del C.C. La razón de esto último –según el autor- radica en que los conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes profesionales, por el hecho de estar certificadas por el Estado, se presume que han sido debidamente empleados, por lo tanto la inversión de la carga de la prueba estaría justificada. RODRÍGUEZ GREZ, (n. 38), pp. 63-67.

¹⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema, de 4 de octubre del 2007, Cabullanca Avendaño y otros con Toloza, rol. N° 3.299-2007, disponible en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=452758&CRR_IdDocumento=258001. Fecha de última visita: 20 de Enero del 2013.

También, por sentencia de 2 de mayo del año 2012, reconociendo la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado, la Corte de Apelaciones de Antofagasta señaló que “Coincide esta Corte que el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, sobre una operación de esterilización laparoscópica a la demandante de autos, programada para el día 2 de octubre de 2008, deviene en una obligación de resultado, que obliga al profesional de la medicina de actuar con seguridad, cuidado y destreza, complementado además, con el deber de proporcionar el beneficio pretendido por la parte que contrata, atendida las especiales características de la misma, y del objetivo perseguido por la paciente, su marido y en conocimiento del médico demandado”¹⁷⁶.

Sin embargo, la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado en un comienzo fue resistida por un importante sector de la doctrina nacional encabezada principalmente por el profesor Arturo Alessandri, quien de forma categórica señaló que “Estimamos que esta opinión es inadmisibles entre nosotros. Tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla (art. 1547, inc.3.º), y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación”¹⁷⁷, y acto seguido agrega que “Sea, pues, la obligación de resultado o de medio, al acreedor le bastará establecer su existencia; es el deudor que pretende liberarse de responsabilidad quien deberá probar el caso fortuito o que empleó la debida diligencia o cuidado”¹⁷⁸. De igual manera, el profesor René Abeliuk señala que “Entre nosotros la distinción no resulta aceptable, pues la disposición del Art. 1547 presume la culpa contractual sin hacer diferencias...”¹⁷⁹. Pese a lo anterior, René Abeliuk reconoce que esta clasificación es digna de tomarse en cuenta para una futura reforma del C.C, ya que tiene en gran parte razón desde un punto de vista teórico¹⁸⁰. Este razonamiento propuesto inicialmente por la doctrina nacional al enfrentar el tema de las obligaciones de medio y de resultado, tiene su fundamento en la tesis mayoritaria sostenida

¹⁷⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 2 de mayo del 2012, Currihual con Castillo, rol N° 373-2011, disponible en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=15&CRR_IdTramite=7417434&CRR_IdDocumento=6255529 . Fecha de última visita: 20 de Enero del 2013.

¹⁷⁷ ALESSANDRI, (n. 1), p. 54, n. 2.

¹⁷⁸ ALESSANDRI, (n. 1), p. 54, n. 2.

¹⁷⁹ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 205. En el mismo sentido –a propósito de la responsabilidad médica– Vicente Acosta dice que en cuanto a las obligaciones contractuales, la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. ACOSTA RAMÍREZ, Vicente: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1990), pp. 249-250.

¹⁸⁰ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 205.

tradicionalmente por los autores de que frente al incumplimiento la culpa contractual se presume¹⁸¹. No obstante lo anterior, comparto la apreciación sostenida por el profesor Hugo Cárdenas, en el sentido que las dificultades de la aplicación del Art. 1547 del C.C son más bien aparentes y responden a una lectura fosilizada del C.C¹⁸². En efecto, a continuación veré de qué forma los autores nacionales han argumentado a favor de la aplicación de la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado en Chile, así como los efectos prácticos que se derivan en el ámbito de la responsabilidad contractual, específicamente tratándose de la prueba de la culpa.

8.2.- Tesis que acogen la recepción de la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado en Chile.

8.2.1.- Obligaciones de medio y la responsabilidad extracontractual.

Los primeros autores nacionales que argumentaron a favor de la aplicación en Chile de la clasificación que distingue entre las obligaciones de medio y de resultado, señalaban que la infracción a una obligación de medio, generaría responsabilidad extracontractual, y por las normas que gobiernan dicha responsabilidad se rige la prueba de la culpa¹⁸³. Esta tesis fue sostenida por David Stitchkin¹⁸⁴ y por Orlando Tapia Suarez¹⁸⁵. Ambos autores – de forma análoga- señalaron que las obligaciones de medio que tienen como fuente el contrato, equivalen a las que en materia delictual se conocen con el nombre de obligaciones sujetas al deber general de prudencia y diligencia¹⁸⁶, con la diferencia que esa obligación de

¹⁸¹ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 742. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio: *Tratado de las Obligaciones*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2004), pp. 276-277. MEZA BARROS, Ramón: *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones*, décima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2007), p. 125. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2003), p. 171.

¹⁸² CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 53. En el mismo sentido opina Javier Tamayo en el derecho colombiano, cuyas disposiciones en materia de responsabilidad contractual contenidas en el código civil son idénticas a las contenidas en el código civil chileno. El autor colombiano destaca que la interpretación dada al Art. 1604 del código civil colombiano –idéntico al Art. 1547 del código civil chileno- es simplista y que la doctrina y jurisprudencia que se ocupan del tema ha omitido hacer claridad sobre una serie de principios y premisas generales. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 421.

¹⁸³ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 80.

¹⁸⁴ Cfr. STITKHIN BRANOVER, (n. 42), pp. 391-397.

¹⁸⁵ Cfr. TAPIA SUAREZ, (n. 38), pp. 498-503.

¹⁸⁶ TAPIA SUAREZ, (n. 38), p. 501.

medio emana de un contrato¹⁸⁷. De tal manera que –tratándose de la infracción a una obligación de medio- la culpa no se presume como prescribiría el Art. 1547 del C.C, sino que ésta debiese ser probada por el acreedor, porque se rige por las normas de la responsabilidad aquiliana, es decir, la víctima debe probarla¹⁸⁸, eludiendo con ello al argumento esgrimido por el profesor Arturo Alessandri para no aceptar a la clasificación. No obstante, esta tesis está en desuso hoy en día para justificar la aplicabilidad de la clasificación en comento y ha sido objeto de críticas, porque la obligación de medio que nace de un contrato tiene naturaleza contractual y resulta inaceptable igualar una obligación contractual con el conjunto de deberes que imponen no dañar a otro injustamente¹⁸⁹.

8.2.2.- Tesis que acoge la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, pero la culpa contractual se presume en ambos tipos de obligación frente a su infracción.

Esta tesis es propuesta en Chile fundamentalmente por el profesor Daniel Peñailillo¹⁹⁰, quien estima que la importancia que reviste la clasificación se encuentra en la determinación del hecho generador del incumplimiento¹⁹¹. En el mismo sentido –siguiendo al profesor Peñailillo- Carlos Pizarro Wilson señala que la utilidad de la clasificación está lejos de ser un tema probatorio, siendo su real aporte el clarificar cuándo existe incumplimiento¹⁹², por lo que el Art. 1547 del C.C que presumiría la culpa del incumplimiento en todo tipo de obligaciones, no sería un óbice para acoger la clasificación en Chile¹⁹³.

¹⁸⁷ STITKHIN BRANOVER, (n. 42), p. 392.

¹⁸⁸ ALESSANDRI, (n. 181), p. 359. MEZA BARROS, (n. 181), p. 123. RAMOS PAZOS, (n. 5), p. 257.

¹⁸⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 88. En contra de tal afirmación, el profesor Enrique Barros indica que en la práctica suelen superponerse situaciones en que una misma conducta puede ser calificada como obligación contractual y como deber general de cuidado. Pone como ejemplo el caso del médico que atiende en su consulta profesional dando cumplimiento a una obligación contractual y el médico que atienden en un hospital público sometido a deberes generales de cuidado. En ambos casos –según el autor- la diferencia no se encuentra en el contenido de tales obligaciones, sino que la diferencia se encuentra en el sistema de acciones y demás remedios que el derecho concede en uno y otro caso. BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 144-146.

¹⁹⁰ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 228-230.

¹⁹¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 227.

¹⁹² PIZARRO WILSON, (n. 5), p. 259.

¹⁹³ En ese sentido, Carlos Pizarro reconociendo que es válida la opinión sostenida tradicionalmente por los autores nacionales en orden a que el Art. 1547 contiene una presunción general de culpabilidad, señala que la clasificación no viene a resolver un tema de carga de la prueba, sino que la utilidad en el ordenamiento jurídico chileno está en comprender cuándo existe incumplimiento contractual. PIZARRO WILSON, (n. 5), p. 259. Si bien, con posterioridad, el profesor Daniel Peñailillo le da una lectura diferente a la norma contenida

No obstante lo anterior, los autores que defienden esta tesis se hacen cargo de los problemas que genera la clasificación a nivel probatorio en el derecho nacional, distinguiendo entre la prueba del incumplimiento y la prueba de la culpa¹⁹⁴. Para resolver esos problemas probatorios, proponen que –además del Art. 1547 del C.C- debe tenerse en cuenta la norma que gobierna la prueba de las obligaciones, esto es, el Art. 1698 del C.C¹⁹⁵. En cuanto a la prueba del incumplimiento de la obligación, debe tenerse con consideración lo que señala el Art. 1698 del C.C, conforme al cual, la existencia de la obligación debe ser probada por quien la alega, y la extinción de la misma debe ser probada por quien la alega. El cumplimiento de la obligación, en la doctrina nacional se considera como una causal de extinción, por lo que la prueba del cumplimiento debe ser probada por quien lo alega en virtud del Art. 1698 del C.C¹⁹⁶. Por lo tanto, frente al incumplimiento de una obligación de medio, si el acreedor alega que el deudor fue negligente, esto es, que incumplió la obligación, es el deudor quien debe probar que fue diligente, porque en el fondo está probando que cumplió la obligación, lo que a su vez produce su extinción¹⁹⁷. De forma análoga ocurriría frente al incumplimiento de una obligación de resultado. Si el acreedor alega que el resultado no se produjo, es el deudor quien debe aportar la prueba del cumplimiento para extinguir la obligación en conformidad al Art. 1698 del C.C¹⁹⁸. En suma, en ambos casos, quien tiene el peso de la prueba es el deudor¹⁹⁹, sea cual sea la clase de obligación incumplida de que se trate.

En cuanto a la prueba de la culpa, ésta se rige por el Art. 1547 del C.C, que establece una presunción de culpabilidad²⁰⁰. Pero el elemento culpa –siguiendo a Peñailillo y Pizarro- se identifica con el incumplimiento de una obligación de medio²⁰¹, siendo elementos que no

en el Art. 1547 del C.C, en el sentido de que en realidad –considera él- trata sobre la diligencia integradora, por lo que solo se aplica a las obligaciones de medio y no así a las de resultado, reitera que la importancia que reviste la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, radica en la determinación del cumplimiento y el incumplimiento, ya que tratándose de la carga de la prueba, ésta se rige por la norma contenida en el Art. 1698 del C.C, esto es, el deudor en cualquier clase de obligación, debe aportar la prueba de la extinción de la obligación o, lo que es igual, su cumplimiento. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 9), pp. 343-344.

¹⁹⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 228.

¹⁹⁵ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), pp. 67-68. PIZARRO WILSON, (n. 5), p. 262.

¹⁹⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 228.

¹⁹⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 228.

¹⁹⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 228-229.

¹⁹⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 229.

²⁰⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 229. PIZARRO WILSON, (n. 5), p. 263.

²⁰¹ PIZARRO WILSON, (n. 5), pp. 263-264.

se pueden disociar²⁰². Concluyen estos autores, que por aplicación de los Arts. 1547 y 1698 del C.C, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado no tiene conflicto con la citada norma probatoria de la culpa, porque en ambas, sea de medio o de resultado, la culpa se presume y quien alegue diligencia deberá probarlo²⁰³. En ese sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso Pedreros Rebolledo con Pinto Reyes, sobre responsabilidad civil médica, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2006, señalando “Que es un principio de la responsabilidad contractual médica, que el facultativo se obligue a prestar sus servicios médicos en forma diligente y cuidadosa, de tal manera que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil incumbe al demandado la prueba de la diligencia o cuidado alegado, atendido a que es él quien ha debido emplearla en su acción”²⁰⁴.

Sin embargo, esta tesis ha merecido algunos reparos y observaciones. En primer lugar, si bien es cierto, según el Art. 1698 del C.C, quien alega la extinción de una obligación debe probarlo y por lo tanto debe acreditar el pago de la misma, de ello no se deduce a priori la constatación del incumplimiento de la obligación, ya que ello significaría la existencia de una presunción de incumplimiento. De tal manera que el incumplimiento debe ser un hecho que no esté en discusión y se encuentre previamente acreditado por el acreedor para dar lugar a la responsabilidad contractual²⁰⁵. Entonces el acreedor es quien debe aportar la prueba del incumplimiento y en el caso de las obligaciones de medio, esto equivale a decir que debe probar la culpa del deudor, no bastándole acreditar su existencia para dar por establecido el incumplimiento. Por otro lado, el Art. 1547 del C.C no establece una presunción de incumplimiento, sino que –siguiendo la opinión del profesor Peñailillo– presume la culpa.

²⁰² Así lo afirma Carlos Pizarro en PIZARRO WILSON, (n. 5), pp. 263-264.

²⁰³ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 229. En el mismo sentido –en cuanto a la responsabilidad civil médica– Baltazar Guajardo, pese a aceptar que en la generalidad de los casos el médico contrae una obligación de medio en su contenido, al médico se le presume culpable del daño ocasionado al paciente, pero para poder eximirse de responsabilidad, debe probar que cumplió con su deber contractual de acuerdo a las normas de la lex artis. GUAJARDO CARRASCO, (n. 4), p. 99.

²⁰⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 22 de septiembre del 2006, Pedreros con Pinto, rol N° 5.515-2001, disponible en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=773455&CRR_IdDocumento=710048 . Fecha de última visita: 20 de Enero del 2013.

²⁰⁵ Esta es la tesis de Alejandro García. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), pp. 109-111.

En segundo lugar, esta tesis no repara en las formas que puede adoptar el incumplimiento de una obligación de medio o de resultado en un caso concreto, porque como veré más adelante, tratándose del incumplimiento de las obligaciones de medio, sólo en el cumplimiento imperfecto tiene importancia la diligencia y por ende la culpa, ya que es en esa hipótesis en que se hace necesario valorar la conducta del deudor mediante una comparación de esa conducta efectivamente ejecutada por éste con aquella descrita y proyectada previamente en el contrato que le sirve de fuente²⁰⁶. En cambio, los casos de incumplimiento total o cumplimiento tardío de una obligación de medio, el efecto será el mismo que en el caso del incumplimiento de una obligación de resultado como veré más adelante en este Capítulo. Finalmente, el profesor Carlos Pizarro reconoce que la culpa – tratándose de las obligaciones de resultado- carece de función, instaurándose en consecuencia un régimen de responsabilidad contractual objetiva²⁰⁷, dejando sin aplicación la presunción de culpabilidad del Art.1547 del C.C²⁰⁸.

8.2.3.- Tesis que acogen la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado. El acreedor debe probar la culpa del deudor frente al incumplimiento de una obligación de medio.

Existen varias tesis que acogen la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado y que postulan derechamente la inversión de la carga de la prueba en caso de incumplimiento de las obligaciones de medio, esto es, quien debe probar la culpa es el acreedor. Dichas tesis que arriban a la solución anteriormente descrita se pueden agrupar fundamentalmente en tres: Tesis que hace una reinterpretación del Art. 1547 del CC y del Art. 2158 del C.C relativo al contrato de mandato; tesis que postulan la no aplicabilidad del Art. 1547 del C.C a las obligaciones de medio, no siendo obstáculo la citada norma para la

²⁰⁶ El profesor David Stitckin –a propósito del contrato de mandato- da algunas luces respecto a esta idea, señalando que aquella parte del Art. 2158 del C.C que prescribe que “salvo que le pruebe culpa” se interpreta tomando en consideración que el negocio encomendado se ha realizado totalmente, porque si la norma citada indica que se discute el éxito del negocio, presupone que éste se ha ejecutado y procede valorar la conducta del deudor, situación que no ocurriría en aquellos casos en que el mandatario no ha ejecutado el encargo, lo ha ejecutado parcialmente o lo ha ejecutado de forma retardada. STITKHIN BRANOVER, (n. 42), p. 393.

²⁰⁷ La razón de tal conclusión por parte de Carlos Pizarro, radica en que en las obligaciones de resultado, sólo resulta relevante –para establecer el incumplimiento- si la obligación fue satisfecha o no, excluyéndose el análisis del comportamiento del deudor. PIZARRO WILSON, (n. 5), p. 263.

²⁰⁸ El profesor Peñailillo advierte que en el caso de las obligaciones de resultado, no está claro si en el derecho chileno libere o no al deudor la prueba de la debida diligencia, es decir, ausencia de culpa. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 229.

recepción de la distinción; y tesis que hacen una reinterpretación del los Arts. 1547 y 1698 del C.C.

8.2.3.1- Interpretación armónica del Art. 1547 del CC con el Art. 2158 del C.C relativo contrato de mandato.

Para justificar la inversión de la carga de la prueba tratándose del incumplimiento de las obligaciones de medio, se ha propuesto aplicar el Art. 2158 del C.C, norma relativa al contrato de mandato. Dentro de la doctrina nacional, existe un consenso general en considerar que la obligación principal del mandatario, consistente en cumplir con el encargo hecho por el mandante, es una obligación de medio²⁰⁹, es decir, como prestación de trabajo, el mandatario brinda su cooperación para la consecución de la expectativa del acreedor²¹⁰. Si el deudor fue diligente en el cumplimiento de su encargo, aun cuando no haya alcanzado la expectativa del acreedor, se entiende que cumple con su obligación. Ahora bien, el Art. 2158 del C.C –luego de enumerar las obligaciones del mandante- en su inciso final señala lo siguiente: *“No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le prueba culpa.”*. A todas luces esta norma que pone expresamente la carga de la prueba de la culpa en manos del acreedor, sería una excepción a la norma del Art. 1547 inciso 3º, que prescribe que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, esto es, al deudor le correspondería la carga de la prueba. Por lo tanto, tratándose del contrato de mandato – frente al incumplimiento- la culpa del deudor debe ser probada por el acreedor demandante, porque así lo dispone el Art. 2158 del C.C, siendo esta norma de carácter especial frente al Art. 1547 del C.C²¹¹.

²⁰⁹ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, (n .9), p. 168. PEÑAILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 227. TAPIA SUAREZ, (n. 38), p. 501.

²¹⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 126.

²¹¹ Esta es la tesis del profesor colombiano Javier Tamayo, quien interpretando los artículos 1604 y 2184 del código civil de Colombia –normas idénticas a los artículos 1547 y 2158 del C.C respectivamente- se pregunta “¿Cómo sostener entonces que se presume la culpa del mandatario, cuando el legislador le está exigiendo al mandante demostrar la culpa del primero si quiere exonerarse de la obligación de cumplir todas las prestaciones que a él como mandante le impone la ley?” y luego responde “Si ésta le exige al mandante la carga de cumplir todas esas obligaciones, a menos que pruebe la culpa del mandatario, es porque está presumiendo que éste actuó con la diligencia y cuidado, pues sería totalmente absurdo que, de un lado presumiera la culpa del mandatario, y que, del otro, le exigiera al mandante cumplir sus obligaciones, salvo

De forma adicional a todo lo dicho anteriormente, quienes defienden esta teoría señalan que si bien es cierto, el Art. 2158 del C.C se refiere únicamente al contrato de mandato, esta norma tendría una aplicación mucho más general en virtud de lo que establece el Art. 2118 del C.C que prescribe que *“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.”*. Entonces, quedarían regidas por las normas del mandato las prestaciones de los deudores profesionales²¹², quienes por regla general celebran contratos que son fuentes de obligaciones de medio. Estos profesionales que prestan servicios y cursan carreras que suponen largos estudios son, por ejemplo, los abogados, los médicos o los economistas²¹³. Como se les aplica las reglas del contrato de mandato, los profesionales quedarían también regidos por lo que dispone el Art. 2158 del C.C, por lo que el acreedor tendría que probar la culpa del profesional en caso de incumplimiento contractual.

Sin embargo, esta opinión no está exenta de críticas, siendo calificada como de relativa utilidad²¹⁴, porque la norma del Art.2158 del C.C sólo se aplicaría en aquellos casos específicos de cumplimiento imperfecto de las obligaciones del mandatario²¹⁵. En el caso de incumplimiento absoluto se aplicaría la norma del Art. 1547 inciso 3° del C.C. Por otro parte, se ha señalado que la norma del Art. 2158 está regulando una hipótesis de carácter específico, correspondiente al caso en que el mandante pretende excusarse de cumplir las obligaciones de reembolso de gastos que el artículo le impone y que en ningún caso estaría dando una pauta general respecto del régimen de prueba de la culpa a efectos de imputar responsabilidad por incumplimiento²¹⁶.

que probara la culpa del mandatario. Sería contradictorio obligar al mandante a cumplir sus prestaciones para con una persona que la ley presume culpable y que solo lo exonere de esa obligación si prueba la culpa del presunto culpable (mandatario)”. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 482.

²¹² GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 129.

²¹³ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 484. En la doctrina nacional, cuando los autores se refieren al contrato médico, señalan que supletoriamente se le aplican las normas del mandato. Cfr. FLORES CARVAJAL, (n. 4), pp. 99-14. GUAJARDO CARRASCO, (n. 4), p. 41.

²¹⁴ Así lo afirma Hugo Cárdenas Villarreal, quien señala que de admitirse esta solución, haría innecesaria la recepción de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, ya que el tema de la carga de la prueba estaría resuelto con la aplicación del Art. 2158 del C.C. CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), pp. 50-53.

²¹⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 127. Así lo reconoce también Javier Tamayo en TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 484.

²¹⁶ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 51.

8.2.3.2.- Reinterpretación del Art. 1547 del C.C. La norma sólo es aplicable a las obligaciones de resultado.

Esta tesis es sostenida en Chile por el profesor Hugo Cárdenas Villarreal y en Colombia por Javier Tamayo Jaramillo. En opinión de estos autores, la norma del Art.1547 del C.C, idéntica a la del Art. 1604 del C.C colombiano, no contiene una regla de aplicación general²¹⁷, sino que se aplicaría exclusivamente al género de las obligaciones de resultado²¹⁸. Según estos autores, el fundamento de esta tesis se puede encontrar en las fuentes doctrinales y legislativas que Andrés Bello habría utilizado para redactar el Art. 1547 del C.C, así como la ubicación geográfica del artículo en comentario en el Título XII del Libro IV del mismo cuerpo legal. En cuanto a la ubicación geográfica del Art. 1547 en el C.C –con excepción de los Arts. 1545 y 1546 del C.C que son de aplicación general- si se da una lectura a las normas que le siguen, esto es, los Arts. 1548, 1549 y 1550 del C.C, fácilmente uno se puede percatar que se refieren indiscutiblemente a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto. Sólo a partir del Art. 1553 del C.C, el codificador recién comienza a reglamentar a las obligaciones de hacer y no hacer^{219 - 220}. Con respecto a la fuente legislativa, la comparación del Código Civil chileno con las normas del Código Civil francés arroja mucha luz sobre el tema, porque el codificador habiendo seguido prácticamente al pie de la letra la redacción del Código Civil francés en esta materia, se permitió dos variaciones: introdujo el Art. 1547 y suprimió las rúbricas en las que el codificador francés dejó establecido a qué tipo de obligaciones se estaba refiriendo²²¹, esto es, las obligaciones de dar²²². En relación a la fuente doctrinaria del Art.1547 del C.C, en cuanto a su inciso 1º que establece la tripartición de culpa, tiene su origen en un texto de

²¹⁷ Javier Tamayo niega también que en el derecho colombiano el código civil en el Art. 1604 contenga una regla de graduación de la culpa de carácter general TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 438-474.

²¹⁸ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 53.

²¹⁹ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 53.

²²⁰ Una explicación que justifica el hecho que el legislador, para construir la teoría general de las obligaciones en el Código Civil, haya reglamentado más en detalle a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, la da el profesor Álvaro Vidal, quien señala que “El modelo de obligación del legislador para construir la teoría general de las obligaciones, es el de las obligaciones unilaterales de dar un cuerpo cierto o una cosa específica, que era el que se avenía perfectamente, no sólo con las condiciones del tráfico imperantes en la época de la promulgación del Código Civil, sino también en la tradición del Derecho romano. No es que omitiera la regulación de las otras obligaciones (genéricas y de hacer), ella es escasa.” VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 495.

²²¹ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 57.

²²² Cfr. Artículos 1134 y ss. del Código Civil francés.

Pothier²²³, quien estableció la tripartición de la culpa para una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, no teniendo aplicación general como principio que pudiese servir para todas las obligaciones²²⁴. Incluso más, reveladora resulta la redacción del inciso 2° del Art. 1547 del C.C que señala que “*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieren dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)*...”²²⁵, de lo que se desprende que también el codificador se estaba refiriendo a las obligaciones de dar. Estos argumentos llevan a concluir que en realidad el Art. 1547 del C.C inciso 3° solamente regula la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de dar²²⁶ y no de las obligaciones de hacer, de tal manera que no es aplicable a las obligaciones de medio porque en definitiva la culpa contractual no se presumiría, siendo el deudor el encargado de probarla.

Esta tesis tiene el mérito de poner de manifiesto –citando fuentes doctrinales y legislativas- que en realidad el Art. 1547 del C.C tendría una aplicación restringida únicamente a las obligaciones de dar y por consiguiente a las obligaciones de resultado, en donde la culpa se presume por mandato del inciso 3° de dicha norma. No obstante, se ha

²²³ El autor francés, refiriéndose al efecto de las obligaciones por parte del deudor y en especial a las obligaciones de dar un cuerpo cierto, expresa: “El cuidado que se debe poner á esta conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos ó casi-contratos de donde dimana la obligación. La ley 5.& 2.D. comodant., dá esta regla, que cuando el contrato no concierne más que á la sola utilidad de aquel á quien la cosa debe ser dada ó restituida, el deudor que está obligado á darla ó restituirla, no está obligado más que á poner su buena fe en la conservación de la cosa, y por consiguiente no es responsable sino á causa de una falta tan grande, que á causa de su enormidad, se reputa como si existiera dolo: *Tenetur duntaxat de lata culpa el dolo próxima*: Por ejemplo, un depositario no está obligado á poner más que buena fé en la conservación del depósito que se le ha confiado, y que se ha obligado á restituir, por cuanto el contrato de depósito se hace por la sola utilidad de aquel que ha confiado la cosa, y á quien el depositario se ha obligado á restituirla. Si al contrato concierne la utilidad común de los dos contratantes, el deudor está obligado á llevar á la conservación de la cosa que se debe, el cuidado ordinario que las personas prudentes tienen en sus negocios, y por consiguiente, es responsable de la más ligera falta. Por ejemplo, el vendedor está obligado de esta para aquel á quien se ha obligado á entregar la cosa vendida; el acreedor es responsable de esta falta en relación de la cosa recibida en amortización, á la restitución de la cual se ha obligado; por cuanto en contratos de ventas y amortización se hacen para utilidad respectiva de los contratantes. Si el contrato no se hace más que para la sola utilidad del deudor, como por ejemplo cuando se trata de un contrato de préstamo, está obligado á tener, respecto de la conservación de la cosa, no solamente un cuidado ordinario, sino todo el cuidado posible; y por consiguiente es responsable de la más ligera falta. Esta regla recibe, sin embargo, numerosas excepciones...” POTHIER, Robert: *Tratado de las obligaciones*, Traducción S.M.S, tercera edición, Editorial Araluce, Barcelona, (1878), pp. 120-121.

²²⁴ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 60. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), pp. 446-447.

²²⁵ Hugo Cárdenas compara el actual texto del Art. 1547 del C.C con su ascendiente normativo, esto es, el artículo 4 del título XI del Proyecto del Código Civil presentado por Andrés Bello en 1842 que únicamente decía: “*La obligación de conservar la cosa existe siempre que se emplee en su custodia el cuidado de un buen padre de familia; pero esta obligación es más o menos estricta según la naturaleza del contrato. El deudor nunca es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa, si hubiese sido entregada al acreedor), o que se haya obligado a ello expresamente, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*”. CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), pp. 55-56.

²²⁶ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 61.

puesto seriamente en duda esta última afirmación, porque la culpa, como factor para establecer el hecho generador de del incumplimiento de una obligación de resultado, no tiene importancia y, por lo tanto, carecería de sentido presumir la culpa en el incumplimiento en este tipo de obligaciones²²⁷.

8.2.3.3.- Reinterpretación de los Arts. 1547 y 1698 del C.C.

En Chile, esta es la postura mayoritaria dentro de aquellas que acogen la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. Tempranamente, el profesor Ramón Meza Barros sostuvo que no es posible presumir la culpa de un incumplimiento de una obligación de medio respecto de un resultado que no se ha producido, porque el deudor no se obligó a obtenerlo, por lo que la presunción de culpa no es aplicable a las obligaciones de medio al requerirse la existencia del incumplimiento que no está establecido por la no consecución de un resultado²²⁸. Sin embargo, esta opinión requiere de una mayor profundización y matización al respecto²²⁹. En efecto, para una correcta interpretación de los Arts. 1547 y 1698 del C.C, a efectos de establecer la responsabilidad contractual que permita sostener que la carga de la prueba de la culpa corresponde al deudor frente al incumplimiento de una obligación de medio, es necesario hacer algunas precisiones. Por una parte –según algunos autores- a la forma que puede asumir incumplimiento de una obligación de medio; y por la otra –según otros- en torno a la determinación y prueba del incumplimiento de una obligación de medio y prueba de la culpabilidad²³⁰.

En cuanto al tipo de incumplimiento de una obligación de medio, algunos autores han señalado que corresponde al acreedor probar la culpa del deudor –por ende el incumplimiento- en aquellos casos en que ese incumplimiento tome la forma de cumplimiento imperfecto de la obligación²³¹. En otras palabras, en aquellos casos

²²⁷ URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 60.

²²⁸ MEZA BARROS, (n. 39), pp. 60-61.

²²⁹ Así lo afirma Alejandro García en GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 88.

²³⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 95.

²³¹ BARROS BOURIE, (n. 7), pp. 658-661. BRANTT, María Graciela, VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el Código Civil. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre del 2010” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Volumen 19, N°1, Coquimbo, (2012), p. 284. disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v19n1/art08.pdf>. Fecha última

correspondientes al cumplimiento imperfecto de la obligación de medio, se justifica que el acreedor sea quien deba probar la culpa del deudor. Quienes opinan de esta forma, señalan que la norma del Art. 1698 del C.C se aplica sin ningún problema respecto del incumplimiento total o tardío de una obligación²³², ya sea de medio o de resultado, es decir, se requiere que el incumplimiento no esté en discusión²³³. De tal manera, que tratándose del incumplimiento total o cumplimiento tardío, al acreedor le bastará con probar la existencia del contrato y si el deudor no acredita su cumplimiento, se presumirá el incumplimiento²³⁴.

Sin embargo, la cuestión se torna más compleja y de difícil solución cuando hay cumplimiento formal, pero imperfecto²³⁵, porque en virtud del Art. 1698 del C.C, el deudor alega que hay cumplimiento y así lo prueba, pero el acreedor insiste en que ese cumplimiento alegado por el deudor no se ajusta al proyecto o programa inicialmente ideado por los contratantes, constatándose una diferencia entre el objeto real (lo efectivamente ejecutado por el deudor) y el objeto ideal (lo prometido por el deudor)²³⁶. Se trataría –en definitiva- de una hipótesis no prevista por el Art. 1698 del C.C²³⁷. En consecuencia, si el incumplimiento reviste la modalidad de cumplimiento imperfecto, no es suficiente que el acreedor acredite la existencia de la obligación para hacer responsable al deudor, sino que de forma adicional, deberá acreditar que el cumplimiento es defectuoso²³⁸.

Por los motivos señalados anteriormente, es que según la opinión de algunos autores y que comparto para los fines de este trabajo, la filosofía de la obligación de medio –en cuanto a que la carga de la prueba del cumplimiento defectuoso corresponde al acreedor- solamente es aplicable cuando el deudor cumplió formalmente la prestación, pero lo hizo de

visita: 20 de Enero del 2013. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 94. VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 139. En el derecho colombiano TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 415.

²³² Por todos VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 139.

²³³ BARROS BOURIE, (n. 7), p. 660.

²³⁴ Como afirma Álvaro Vidal, esta opinión es completamente acertada. Ante la alegación del acreedor que prueba la existencia del contrato y al mismo tiempo, la de un hecho negativo, esto es, el incumplimiento, inevitablemente al deudor le corresponderá la prueba del hecho positivo consistente en el cumplimiento de la obligación. Agrega Vidal que lo que se expresa en esa idea- según su opinión- está en perfecta armonía con lo dispuesto por el Art. 1698 del C.C. VIDAL OLIVARES, (n. 7), pp. 139-140.

²³⁵ VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 140.

²³⁶ VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 140.

²³⁷ El profesor Álvaro Vidal pone como ejemplo el caso de los vicios ocultos. Según el Art. 1698 del C.C, el comprador debe acreditar que la cosa entregada adolece de un vicio; o en el caso de una cosa con deterioros o que esa cosa no cumple con especificaciones técnicas, la prueba recae sobre el acreedor. El deudor prueba que entregó la cosa y cumplió formalmente, entonces al acreedor le toca acreditar lo contrario, ya que de no ser así, tal pago alegado por el deudor lo liberará. Si se señalara lo contrario, al deudor no le bastaría con probar la entrega de a cosa, sino que adicionalmente tendría que acreditar que no tiene defectos rindiendo una prueba verdaderamente impracticable cuyo efecto sería hacer presumir el incumplimiento imperfecto. VIDAL OLIVARES, (n. 7), pp. 140-141.

²³⁸ VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 141.

forma defectuosa²³⁹. Para estos efectos, existe cumplimiento imperfecto o inexacto de la obligación siempre que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajuste a los presupuestos que aquel pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos²⁴⁰.

Dispuestas las cosas de esta manera, surge la siguiente interrogante: Si el acreedor tiene el peso de la prueba respecto de un cumplimiento imperfecto de una obligación de medio ¿por qué se dice entonces que tiene la carga de la prueba de la culpa? La respuesta es la siguiente: En este tipo de incumplimiento es que se hace necesario hacer una valoración de la conducta del deudor a la luz de un modelo de conducta exigible, en orden a determinar si se ha ajustado o no al programa o proyecto inicialmente ideado por los contratantes, no bastándole al acreedor señalar que el resultado no se produjo, ya que el deudor no se obligó a obtenerlo²⁴¹. Tal programa o proyecto inicialmente ideado, está determinado por un modelo o parámetro de conducta, cuyo incumplimiento tradicionalmente se ha entendido como la culpa o negligencia del deudor. Es por tal motivo, que el acreedor de una obligación de medio tiene el peso de la prueba de la culpa, porque la prueba de ésta equivale a la prueba del incumplimiento (cumplimiento imperfecto). En cambio, tratándose del incumplimiento total o cumplimiento tardío de una obligación de medio, como por ejemplo, el abogado que no actúa en el juicio, o si el médico no trata al paciente, se tratan más bien de manifestaciones de incumplimiento que tienen que ver con

²³⁹ TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 415.

²⁴⁰ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 699.

²⁴¹ El profesor Enrique Barros, señala que en las obligaciones de medio la prueba tiende al menos a distribuirse entre las partes, debido a la discusión que se suscita acerca de si los actos de ejecución alegados por el deudor corresponden o no al estándar de cuidado. Grafica esta idea de la siguiente manera: “Supongamos un caso de responsabilidad médica, donde la víctima argumenta que un diagnóstico erróneo, debido a una descuidada lectura de los exámenes pertinentes, le impidió sanarse de una enfermedad que luego le ha provocado severos daños corporales. De acuerdo a la regla del artículo 1698, corresponde al paciente probar los hechos constitutivos de las obligaciones que nacen del contrato de prestación de servicios. Esta prueba de la obligación contractual no provocará normalmente dificultades, porque aun a falta de formalidades, el consentimiento puede ser acreditado a partir de los actos de ejecución que expresan una voluntad tácita. Una vez probada la obligación, corresponde al médico probar su extinción usualmente mediante el pago (esto es, su cumplimiento). A tal efecto, el demandado probará como hechos extintivos de su obligación profesional las prestaciones médicas efectivamente realizadas y argumentará que no se le puede hacer responsable por el solo hecho de que la víctima no se haya sanado (porque la obligación es de medios). A falta de otra prueba, proporcionada por el demandante, que permita inferir la negligencia del profesional, los actos de ejecución debidamente probados por el profesional serán prueba suficiente de que él cumplió su obligación. Por eso, una vez probados los actos de ejecución, la discusión relevante en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios recae en si tales actos de ejecución puede ser tenidos por cumplimiento de lo debido. Y esta cuestión inevitablemente exige preguntarse, ya al momento de determinar si se incurrió en incumplimiento, si el profesional hizo prestación diligente o negligente de lo debido.” Agrega el profesor Enrique Barros que “La conclusión anterior no supone una torcedura del sentido inequívoco de la norma del artículo 1547 III, sino emana de la naturaleza de la obligación de medios...”. BARROS BOURIE, (n. 7), pp. 659-660.

el incumplimiento una obligación de resultado, equivalente a la falta de entrega de una obligación de dar²⁴², porque para establecerlo no es necesario hacer valoración alguna de la conducta del deudor al respecto, y por ende, se prescinde de la culpa del deudor al no poder calificar como diligente o no algo que no se ha hecho²⁴³, bastando, en dichas hipótesis, señalar que el resultado no se ha producido para dar por establecido el incumplimiento.

En cuanto a la determinación y prueba del incumplimiento, otros autores sostienen que no basta con que el acreedor pruebe la existencia de la obligación de acuerdo a lo prescrito en el Art. 1698 del C.C²⁴⁴, sino que además, tiene la carga de probar el incumplimiento de la obligación para que exista responsabilidad contractual, sea cual sea el tipo de incumplimiento de que se trate y la obligación incumplida, no circunscribiéndose esta solución exclusivamente al cumplimiento imperfecto como se señalaba en la opinión anterior. De esta forma, estos autores distinguen entre la carga de la prueba del incumplimiento y la carga de la prueba de la culpabilidad²⁴⁵. Tratándose de la carga de la prueba del incumplimiento, ésta correspondería al acreedor quien demanda la indemnización de perjuicios, ya que el incumplimiento de la obligación es considerado como un hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria²⁴⁶. A pesar de tratarse de la prueba de un hecho negativo –el incumplimiento de la obligación- se justificaría tal prueba ya que si esos hechos negativos son constitutivos del hecho jurídico que se alega, deben ser probados por quien los invoca²⁴⁷. En relación al cumplimiento imperfecto de una obligación de medio, para que éste sea acreditado, siguiendo esta línea argumentativa, el

²⁴² MORALES MORENO, (n. 19), p. 216.

²⁴³ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 95. En ese sentido, el profesor colombiano Javier Tamayo señala que es preciso evitar una reiterada confusión en los conceptos. En las obligaciones de medio existe un mínimo resultado, cual es el realizar la conducta con la cual el deudor pretender obtener el beneficio mediato buscado por el acreedor. Así, el abogado se obliga a presentar la demanda y representar a su cliente, no a tratar de hacerlo. El médico se obliga a tratar al paciente y el mandatario a realizar su gestión. En consecuencia, todas las obligaciones son de resultado para efectos de la responsabilidad derivada del incumplimiento total o cumplimiento tardío. TAMAYO JARAMILLO, (n. 38), p. 415-417.

²⁴⁴ Esta es la postura mayoritaria en la doctrina nacional. El acreedor no necesita probar el incumplimiento de la obligación. Debe, en cambio, acreditar su existencia ya que el legislador dispone expresamente que incumbe la prueba de las obligaciones al que las alega. ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 711. GATICA PACHECO, Sergio: *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1959), p. 86.

²⁴⁵ Cfr. CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), pp. 74-78. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 105.

²⁴⁶ CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 74. GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 105.

²⁴⁷ Alejandro García afirma que “En definitiva, se ha de probar el incumplimiento aun cuando sea prueba negativa, por dos motivos: primero porque se trata de un hecho en que se funda la pretensión resarcitoria del acreedor, y segundo, porque el incumplimiento es un requisito que impone la ley para que surja la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual según los arts. 1556 y 1558 del C.C.” GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 122.

acreedor debe aportar la prueba para darlo por establecido, lo que equivale a decir, que debe probar la falta de diligencia o la culpa del deudor.

Quienes argumentan en base a esta tesis, indican que en la práctica judicial normalmente el acreedor no se limita a probar la existencia de la obligación y espera pasivamente que el deudor no pruebe el cumplimiento. Es más, tal actitud sería en extremo temeraria, puesto que se estaría dejando totalmente en manos del deudor el resultado del juicio²⁴⁸. Finalmente, tratándose de la prueba de la culpa –previamente acreditado el incumplimiento por el deudor- ésta se presume de acuerdo a lo previsto en el Art. 1547 del C.C, bastando la constatación del incumplimiento material de la obligación. Entonces es en esta sede en la que procede aplicar la norma del Art.1547 del C.C y presumir la culpa del deudor, pero una vez acreditada previamente la existencia del incumplimiento de la obligación²⁴⁹.

Pese a las diferencias y los matices en cuanto a los argumentos utilizados por los autores para reinterpretar los Arts.1547 y 1698 del C.C en orden a justificar la inversión de la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medio –unos desde el punto de vista del tipo de incumplimiento y otros distinguiendo entre la prueba del incumplimiento y la prueba de la culpa- ambas coinciden en identificar que en los casos de cumplimiento imperfecto de una obligación de medio se hace necesario proceder a valorar la conducta del deudor para dar o no por establecido el incumplimiento de la obligación y la consiguiente responsabilidad contractual. Mientras que en los casos de incumplimiento total o absoluto, y de cumplimiento tardío de una obligación de medio, tienen el mismo tratamiento que las hipótesis de incumplimiento de una obligación de resultado, sea cual sea la manifestación del mismo; y la razón de eso se debe a que no es necesario hacer una valoración de la conducta del deudor en orden a comparar si lo que efectivamente realizó se ajustó o no con la conducta debida de acuerdo a un parámetro de diligencia según el programa o proyecto inicialmente ideado por las partes en el contrato.

²⁴⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 124.

²⁴⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 102.

9.- EL ROL DEL ELEMENTO CULPABILIDAD EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y EN LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO.

La conclusión señalada anteriormente, en orden a afirmar que el campo propio de los efectos que producen las obligaciones de medio se encuentra en aquellos casos de cumplimiento imperfecto, inevitablemente lleva a formularse dos preguntas: La primera de ellas, relacionada con las obligaciones de medio. Si el cumplimiento imperfecto de una obligación de medio se traduce en la falta de diligencia o prudencia de parte del deudor – esto es la culpa- ¿cómo se configura el hecho generador del incumplimiento en esta clase de obligaciones? y adicionalmente ¿la negligencia equivale a la culpa como factor de imputación de responsabilidad en sentido estricto?

La segunda pregunta está relacionada con las obligaciones de resultado. Si para dar por establecido el incumplimiento de una obligación de resultado basta con indicar que el resultado no se obtuvo sin que sea necesario indagar en los motivos ni tampoco hacer valoración alguna de la conducta del deudor, entonces ¿qué rol tiene la culpa en este tipo de obligaciones a la hora de establecer el incumplimiento? ¿Es posible sostener que la culpa se presume en este tipo de obligaciones?

9.1.- La culpa como hecho generador del incumplimiento en las obligaciones de medio y como factor de imputación de responsabilidad en sentido estricto.

9.1.1.- El hecho generador del incumplimiento en las obligaciones de medio.

Tratándose del incumplimiento de una obligación de medio, tradicionalmente se ha señalado que éste se produce cuando el deudor se ha apartado del patrón de diligencia al cuál se encuentre adscrito²⁵⁰, es decir, se constate el hecho de una conducta negligente como elemento constitutivo del incumplimiento²⁵¹. Por lo tanto, no basta con señalar que el resultado no se ha producido, sino que adicionalmente, para probar el incumplimiento, se debe realizar una apreciación y valoración de la conducta del deudor para darlo por

²⁵⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 99.

²⁵¹ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 167.

establecido²⁵². De esta forma, la culpa del deudor expresa el incumplimiento²⁵³. Sin embargo, es necesario tener presente que esta valoración de la conducta del deudor tiene lugar dentro del marco del cumplimiento imperfecto de la obligación de medio, ya que respecto del incumplimiento total o cumplimiento tardío, no hay conducta del deudor que sea necesario evaluar y opera el incumplimiento de la misma manera que en las obligaciones de resultado.

En consecuencia, la construcción del hecho generador del incumplimiento de una obligación de medio responde a un mecanismo de carácter subjetivo²⁵⁴. No obstante, si se contempla a la relación obligatoria desde una perspectiva mucho más amplia, esto es, dentro de un contrato, entendido como un instrumento el cual organiza los intereses de los contratantes y busca satisfacer esos intereses, siendo garantía de satisfacción de un resultado, la insatisfacción del interés del acreedor fundado en el contrato expresa el incumplimiento y, en ese sentido, el hecho generador del incumplimiento de una obligación de medio responde a un mecanismo objetivo. En el Capítulo II volveré a insistir sobre esta importante idea.

9.1.2.- La culpa como hecho generador del incumplimiento y como factor de atribución de responsabilidad en sentido estricto.

Se sostiene por algunos autores, que, probada la culpa y por consiguiente, el incumplimiento de una obligación de medio, queda de inmediato probada la culpa como factor de imputación subjetiva de responsabilidad en sentido estricto²⁵⁵, lo que se traduce en que una vez probado el cumplimiento imperfecto de una obligación de medio, de forma automática queda establecida la culpa como elemento o factor de imputación subjetiva de responsabilidad contractual en sentido estricto, no pudiendo el deudor alegar posteriormente fuerza mayor o caso fortuito para exonerarse de responsabilidad, ya que sería contradictorio hacerlo una vez probada y establecida la culpa²⁵⁶. Basan esta opinión en

²⁵² URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 56.

²⁵³ MORALES MORENO, (n. 19), p. 219.

²⁵⁴ URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 56.

²⁵⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 100.

²⁵⁶ Sostiene esta tesis el profesor español Mariano Yzquierdo Tolsada, quien señala que el incumplimiento de una obligación de medio es siempre imputable, no existiendo la figura de incumplimiento inimputable. Agrega que en las obligaciones de medio o hay diligencia (cumplimiento) o no la hay (incumplimiento). Si el

la idea de que el deudor, para poder alegar la ocurrencia de un caso fortuito, indudablemente no debió incurrir en culpa en el incumplimiento de la obligación. Por lo tanto, bajo este prisma, la culpa sería el hecho generador del incumplimiento de una obligación de medio y también, de forma simultánea, sería factor de imputación subjetiva de responsabilidad. Como afirma el profesor Luis Diez-Picazo, “Sin embargo, en estos casos la violación de la regla de diligencia o de la *lex artis*, como también se la llama en relación con la diligencia profesional, no es en puridad un criterio de imputación de responsabilidad en sí mismo. La culpa juega evidentemente en este tipo de obligaciones, pero juega porque culpa es igual a incumplimiento”²⁵⁷.

En cambio, otros autores discrepan de esta opinión y señalan que aún tratándose del incumplimiento de una obligación de medio, una vez acreditada la culpa y por consiguiente el incumplimiento, el deudor para exonerarse de responsabilidad en sentido estricto puede alegar perfectamente fuerza mayor o caso fortuito²⁵⁸. Esta opinión se basa en la distinción de la diligencia que realiza un autor español llamado Ferrán Badosa Coll²⁵⁹, entre la diligencia promotora del cumplimiento de la obligación y la diligencia integradora de la obligación. La diligencia promotora del cumplimiento es aquella que tiene por objeto encaminar o dar lugar al cumplimiento de la obligación²⁶⁰, imponiendo al deudor el deber de hacer todo lo necesario para producir la satisfacción del interés del acreedor, aunque no haya estado específicamente definido como parte de la prestación debida²⁶¹. La función de esta diligencia se encuentra contemplada en el Art. 1547 del C.C, que no distingue la clase de obligación de que se trate, aplicándose tanto a una obligación de medio como a una obligación de resultado²⁶². En cambio, la diligencia integradora de la obligación es aquella

deudor diligente cumplió la obligación de medio, es contradictorio decir al mismo tiempo que el incumplimiento se produjo por causas ajenas a su voluntad o que ha existido incumplimiento no culposo. Lo que ha habido sencillamente es cumplimiento. De la misma forma, si hay negligencia, es contradictorio decir que puede acreditar caso fortuito. YZQUIERO TOLSADA, (n. 41), pp. 288-289.

²⁵⁷ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 724.

²⁵⁸ En Chile opinan de esa forma BARROS BOURIE, (n. 17), pp.181-182. BRANTT, María Graciela: “El caso fortuito: Concepto y función como límite de la responsabilidad contractual” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago (2011), p. 81. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 9), p. 342. p. 81. VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 145.

²⁵⁹ BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Studio Albornotiana, (1997), p. 61 y ss.

²⁶⁰ BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 168.

²⁶¹ BRANTT, (n. 258), p. 56.

²⁶² BRANTT, (n. 258), p. 56. BRANTT, VIDAL OLIVARES, (n. 231), p. 279. Vidal Olivares, (n. 7), p. 145. En contra de esta opinión, el profesor Daniel Peñailillo, quien señala que la diligencia integradora de la obligación es la contemplada en el Art. 1547 del C.C, no así la diligencia promotora. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 9), pp. 342-343.

que consiste en el empleo de la debida diligencia y que coincide con el cumplimiento de la obligación, pero sólo en el caso de las obligaciones de medio²⁶³.

De acuerdo a lo expresado, tratándose de las obligaciones de resultado, la diligencia opera en su función promotora, y tratándose de las obligaciones de medio, la diligencia opera en su función promotora e integradora. Ahora bien, en cuanto a la noción de caso fortuito y sus elementos imprevisibilidad e irresistibilidad –de acuerdo a los autores que argumentan a favor de la exoneración de responsabilidad en sentido estricto a través del caso fortuito en la hipótesis de incumplimiento de una obligación de medio- éstos están contruidos en base a la diligencia promotora del incumplimiento²⁶⁴, diligencia que está presente tanto en las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado²⁶⁵. Así, en el caso de las obligaciones de medio, es posible que ocurra un acontecimiento que obste al cumplimiento de la obligación (diligencia integradora), pero que tal acontecimiento sea externo por un lado, y por otro, imprevisible e irresistible de acuerdo a la diligencia promotora del cumplimiento²⁶⁶ constituyendo caso fortuito.

En otras palabras, es posible que, acreditado que sea el incumplimiento de una obligación de medio como falta de la diligencia en su función integradora, el deudor pueda señalar que, a pesar de tal incumplimiento, empleó la diligencia promotora exigible al realizar todos los actos encaminados a obtener el cumplimiento de la misma, pero que éste no se obtuvo debido a un suceso, en primer lugar externo, y en segundo lugar imprevisible

²⁶³ BRANTT, (n. 258), p. 56. VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 144.

²⁶⁴ Explica Graciela Brantt que la diligencia promotora impone al deudor prever lo que puede suceder durante la ejecución del contrato y de esa forma le asigna el deber de anticipar los eventuales obstáculos que pueden surgir para el cumplimiento de su obligación, por lo que la diligencia constituye en grado de previsión exigible al deudor sobre el curso de los acontecimientos. De la misma forma, la diligencia promotora pone al deudor en la necesidad de actuar frente a aquellos eventos que se presenten con posterioridad a la celebración del contrato y que puedan afectar al cumplimiento de su obligación. En ejercicio de la diligencia promotora, el deudor debe resistirse a los obstáculos que le sobrevengan procurando que no incidan en el desenvolvimiento de la prestación. De esta manera se construyen los requisitos imprevisibilidad e irresistibilidad del caso fortuito. BRANTT, (n. 258), pp. 57-58.

²⁶⁵ Graciela Brantt señala que cualquiera que sea la prestación, siempre es necesario de parte del deudor el despliegue de una actividad destinada a lograr el cumplimiento de la obligación. BRANTT, (n. 258), p. 81. En contra de esta opinión, Carlos Pizarro, quien señala que “En las obligaciones de resultado, la diligencia que se denomina promotora se entiende necesaria, pero no se asocian efectos a la misma. Lo relevante es la satisfacción de la prestación comprometida en tanto resultado de la conducta del deudor. Poco interesa si realizó muchos o pocos esfuerzos para satisfacer la pretensión” .Y agrega que “En conclusión, la distinción entre función integradora y promotora del incumplimiento nada aporta, debiendo desecharse por inútil, confusa y carente de efectos en el ámbito del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Una teoría sólo merece permanecer cuando contribuya a la solución de un problema jurídico, lo que no ocurre en este caso”. PIZARRO WILSON, Carlos: “Diligencia, incumplimiento y exoneración de responsabilidad. Comentario a sentencia Corte Suprema N° de ingreso 1-771-2007” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), pp. 622-623.

²⁶⁶ VIDAL OLIVARES, (n. 7), p. 147.

e irresistible en conformidad a la diligencia exigible a todo tipo de obligación según lo dispone expresamente el inciso 1° del Art. 1547 del C.C. Es, por tanto, la omisión a la diligencia promotora la que permite atribuir responsabilidad por los daños a que dé lugar el incumplimiento²⁶⁷ como factor de imputación subjetiva de responsabilidad y no la omisión de la diligencia integradora o, lo que es igual, el incumplimiento de una obligación de medio.

9.2.- El hecho generador del incumplimiento en las obligaciones de resultado.

Tratándose del incumplimiento de una obligación de resultado, éste tiene lugar cuando no se obtiene la satisfacción de la expectativa o interés primario del acreedor. Por consiguiente, el hecho específico y generador del incumplimiento se determina con la constatación de la no obtención del resultado, sin necesidad de valorar de modo alguno la conducta del deudor, se trate del incumplimiento total, cumplimiento imperfecto o tardío²⁶⁸. De esta forma la culpa no juega un rol para dar por establecido el incumplimiento de una obligación de resultado, es decir, el incumplimiento opera de forma objetiva²⁶⁹, sin que tenga sentido presumir la culpabilidad en el incumplimiento de acuerdo a lo establecido en el inciso 3° del Art. 1547 del C.C, debido a que la culpa no es un elemento constitutivo del incumplimiento de una obligación de resultado²⁷⁰.

Entonces, para acreditar el incumplimiento de una obligación de resultado, basta con señalar que el resultado no se produjo²⁷¹. Como por ejemplo, en las obligaciones de dar – típico caso de obligaciones de resultado- el objeto de la declaración de voluntad se identifica de forma directa con la cosa que se habrá de dar y no se refiere a la conducta que

²⁶⁷ BRANTT, (n. 39), p. 395.

²⁶⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 97.

²⁶⁹ URREJOLA SANTA MARÍA, (n .9), p. 56.

²⁷⁰ Sergio Urrejola señala que no cabe presumir la culpa contractual del deudor en los términos indicados en el inciso 3° del Art. 1547 del C.C, porque en el caso de las obligaciones de resultado, el deudor sólo puede probar el cumplimiento de dichas obligaciones acreditando la ejecución de la misma y no a través de la prueba de su debida diligencia, desvirtuando así la presunción legal de culpa. Señala también que pretender enmarcar la inejecución de dichas obligaciones bajo la idea de que hay culpa por el solo hecho del incumplimiento, significaría presumir de pleno derecho la culpa contractual. URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 60.

²⁷¹ GARCÍA GONZÁLEZ, (n. 7), p. 97.

el deudor deba realizar para proveerla al adquirente²⁷², por lo que el acreedor para dar por establecido el incumplimiento, deberá señalar que el deudor no dio tal o cual cosa.

Por lo tanto, en el caso de una obligación de resultado, el mecanismo es objetivo²⁷³, sin que el deudor pueda probar el cumplimiento de la obligación contractual mediante la prueba de la debida diligencia²⁷⁴, pues el deudor no se obligó a intentar conseguir ese resultado, sino que a lograrlo con independencia de la valoración de su conducta.

²⁷² BARROS BOURIE, (n. 17), p. 159.

²⁷³ En ese sentido lo afirma Sergio Urrejola en URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), p. 56.

²⁷⁴ A esta conclusión arriba Sergio Urrejola, quien analiza diferentes obligaciones contractuales establecidas en el Código Civil para concluir que se prescinde de la culpa contractual para la configuración del incumplimiento. Es así como analiza a las obligaciones de dar –típico caso de obligaciones de resultado- entre ellas, la obligación de dar una cosa de género determinado, obligaciones de dar una suma de dinero, obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, obligación de entregar y de restituir. En todas esas obligaciones, el hecho generador del incumplimiento contractual se configura prescindiendo de la valoración de la conducta desplegada por el deudor. También el autor se hace cargo de aquellas disposiciones del Código Civil que aluden a la culpa en los contratos de compraventa, arrendamiento o el depósito, explicando que en estos casos sobre el deudor pesa una segunda obligación, además de la de dar, entregar o restituir una especie o cuerpo cierto. Esa segunda obligación consiste en cuidar, conservar y guardar la cosa debida, obligación que impone al deudor el deber de desplegar una conducta diligente, por lo que para acreditar el cumplimiento de la misma, al deudor le basta con probar que actuó con la debida diligencia. Por otra parte, el autor se refiere a las obligaciones de no hacer –otro caso típico de obligaciones de resultado- cuyo hecho generador del incumplimiento se verifica al acreditar la sola infracción, prescindiendo de la valoración de la conducta del deudor. De la misma forma, se prescinde de la valoración de la conducta del deudor para acreditar el incumplimiento de una obligación contractual que consta en un título ejecutivo, así como en el saneamiento de los vicios redhibitorios. En todos los casos mencionados anteriormente, según el autor, el mecanismo establecido en el artículo 1547 del C.C no es aplicable. En cambio ese mecanismo sí es aplicable a ciertas obligaciones de hacer, en orden a que el deudor puede acreditar el cumplimiento probando la debida diligencia, pero su campo de acción estaría limitado únicamente a ese tipo de obligaciones de hacer. Concluye además, que la presunción de culpabilidad del incumplimiento del inciso 3° del Art. 1547, no puede ser aplicable a todo tipo de incumplimiento de las obligaciones contractuales, ya que en el caso de las obligaciones de resultado, para acreditar el cumplimiento, el deudor no puede alegar que actuó diligentemente y así desvirtuar la presunción, pese a que el resultado no se produjo. URREJOLA SANTA MARÍA, (n. 9), pp. 39-61. En contra de esta última afirmación, el profesor Hugo Cárdenas, quien señala que el Art. 1547 del C.C sólo es aplicable a las obligaciones de resultado, cuyo incumplimiento se presume culpable, no así en el caso de las obligaciones de medio, en donde el acreedor debe acreditar el incumplimiento de la obligación probando que el deudor no se comportó con la debida diligencia en la ejecución de la obligación. CÁRDENAS VILLARREAL, (n. 173), p. 61.

CAPÍTULO II.

EL CONCEPTO UNITARIO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. EFECTOS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA PROBLEMÁTICA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO.

1.- INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO II.

Se finalizó el Capítulo I señalando que tradicionalmente los autores han dicho que el hecho generador del incumplimiento de una obligación de medio y de una obligación de resultado es diferenciado, porque tratándose de las obligaciones de resultado, ese hecho generador es de carácter objetivo –no se produjo el resultado y opera al margen de la culpa del deudor- y tratándose de las obligaciones de medio, ese hecho generador es de carácter subjetivo –requiere de la culpa como elemento integrante del incumplimiento-. Esta afirmación conduce a un punto crucial en el presente trabajo, puesto que la corriente modernizadora del derecho de las obligaciones propone un concepto de incumplimiento unitario para todo tipo de relaciones obligatorias nacidas de un contrato, el cual se caracteriza por ser objetivo, vale decir, opera al margen de la imputación subjetiva del deudor y expresa la insatisfacción del interés del acreedor.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones de resultado, no habría inconvenientes de definirlo a la luz de la noción unitaria de incumplimiento. Pero en cuanto al incumplimiento de las obligaciones de medio –en atención al hecho generador del incumplimiento que requiere de la culpa- no sería posible definirlo a la luz del concepto unitario, pues inevitablemente, al establecer el incumplimiento en esta clase de obligaciones, se requiere de un examen de la conducta del deudor que atiende a la imputación subjetiva del deudor. Adicionalmente, el incumplimiento de una obligación de medio, no expresaría la insatisfacción del interés del acreedor, puesto que el deudor no se obligó a conseguir un resultado.

En las líneas que siguen, demostraré que sí es posible construir una noción unitaria de incumplimiento contractual, que abarque al incumplimiento de las obligaciones de medio. Para ello, es necesario hacer referencia a la noción tradicional del incumplimiento

contractual y sus efectos prácticos en la responsabilidad desde la perspectiva del derecho nacional. Posteriormente, me centraré en la noción unitaria de incumplimiento contractual propuesta por el derecho uniforme de los contratos, así como sus efectos en la responsabilidad contractual. El objetivo de este análisis, es poner de manifiesto las diferencias que existen entre la noción tradicional del incumplimiento y la noción unitaria, lo que a su vez permite graficar la importancia que tiene adoptar un modelo unitario de incumplimiento contractual versus el modelo tradicional. Concluido el análisis precedente y graficada la importancia que reviste el debate en cuestión, me referiré a la problemática que genera el incumplimiento de las obligaciones de medio en el concepto unitario de incumplimiento contractual, concluyendo a la luz de sus características principales, que esta noción de incumplimiento es plenamente aplicable al incumplimiento de las obligaciones de medio.

2.- LA NOCIÓN TRADICIONAL DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

2.1.- La noción tradicional del incumplimiento contractual. Una visión desde la doctrina nacional.

A pesar de la noción amplia de incumplimiento que se deduce de los Arts. 1489, 1556 y 1567 y siguientes del C.C²⁷⁵, los autores nacionales han estudiado la temática del incumplimiento contractual a propósito de los efectos anormales de las obligaciones²⁷⁶ como un requisito más de la indemnización de perjuicios y la pretensión de cumplimiento²⁷⁷ y no desde una perspectiva más amplia y pormenorizada del mismo²⁷⁸. Adicionalmente, el incumplimiento es considerado como expresión de un acto injusto²⁷⁹ o

²⁷⁵ Así lo expresa VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 502.

²⁷⁶ Fernando Fueyo señala que “El evento de incumplimiento, pues, representa sólo una parte o expresión singular de los efectos de las obligaciones. Precisamente para este caso en que se produce un efecto anormal o patológico. FUEYO LANERI, Fernando: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1992), p. 245.

²⁷⁷ Por todos véase a ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), pp. 709-795.

²⁷⁸ MEJÍAS ALONZO, Claudia: “El incumplimiento contractual y sus modalidades” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), p. 368.

²⁷⁹ Esta es la tesis que sigue Fernando Fueyo, quien indica que “Conforme a la posición moderna de tratar el incumplimiento como figura con vida propia, que tiene substantividad y autonomía, se ha elaborado una teoría que incluye al incumplimiento en el campo más vasto de la teoría del injusto”. Agrega que “...la

de un ilícito civil²⁸⁰ y en base a esa concepción, era definido, siguiendo al profesor Fernando Fueyo, como “aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta”²⁸¹. De este concepto claramente se puede advertir que el incumplimiento se analiza desde el punto de vista de la parte deudora, ya que se refiere a la inexecución culpable de un deber de conducta impuesto por la prestación.

Esta última idea responde a la concepción clásica de la relación obligatoria y sus elementos²⁸², especialmente a como se entiende al débito. En efecto, tradicionalmente se ha señalado que el débito es el deber de cumplir una determinada prestación²⁸³, es decir, el débito impone deberes de conducta al deudor que pueden consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor en los términos indicados por el Art. 1438 del C.C. El deber de prestación, en definitiva, se identifica y se agota con alguna de las conductas descritas en el Art. 1438 del C.C, considerándose el cumplimiento de la relación obligatoria, para la mayoría de los autores nacionales, como la realización por el deudor de

conveniencia de ensanchar el ámbito de la teoría del injusto, enmarcada hasta hace poco fundamentalmente en lo penal, aconseja incluir en ella toda institución de derecho privado que esté informada por la consideración de lo injusto. El incumplimiento de las obligaciones, es precisamente, una expresión que se encuentra en este caso...” FUEYO LANERI, (n. 276), p. 250. De la misma forma, Sergio Gatica expresa que el incumplimiento conlleva una situación antijurídica que lesiona el interés del acreedor y que es un requisito de la indemnización de perjuicios cuando representa un acto injusto. GATICA PACHECO, (n. 244), p. 62.

²⁸⁰ Abeliuk señala que la indemnización de perjuicios constituye una sanción civil al acto ilícito, violatorio de la norma jurídica que lleva envuelto el incumplimiento. ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 725. En el mismo sentido, Alessandri sostiene que la responsabilidad contractual es la sujeción a la sanción impuesta por un ilícito contractual derivada de los daños que provoca el incumplimiento en ALESSANDRI, (n. 181), p. 251. En España, Eugenio Llamas Pombo señala que los supuestos de incumplimiento o la lesión del derecho de crédito conducen al tema de lo injusto o ilícito civil. Considera que el incumplimiento de una obligación es per se un delito civil. LLAMAS POMBO, Eugenio: Cumplimiento por equivalente y el resarcimiento del daño del acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest, Trivium, Madrid, (1999), p. 17.

²⁸¹ Concepto dado por Fernando Fueyo siguiendo a un autor francés llamado Federico Puig Peña. FUEYO LANERI, (n. 276), p. 250.

²⁸² El Código Civil chileno no entrega un concepto de obligación, por lo que los autores para definirla recurren a la construcción conceptual proveniente del derecho romano y la definen tradicionalmente como el vínculo jurídico entre dos personas determinadas –deudor y acreedor- en virtud del cual, el primero se encuentra en la necesidad jurídica de dar, hacer y no hacer algo a favor del segundo, agregando también que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor la prestación por los medios legales. ALESSANDRI, (n. 181), p. 7. RAMOS PAZOS, (n. 5), p. 4. Respecto a este concepto clásico, el profesor Luis Diez-Picazo señala que se deduce claramente que la obligación –así considerada- es una situación bipolar que se encuentra formada, desde el lado del deudor, por la deuda o deber de prestación y desde el lado del acreedor, por la acción que se le atribuye y la situación de poder que le permite esa acción para exigir la prestación, esto es, el crédito. Es decir, se distingue entre la deuda y la responsabilidad. Esta distinción –surgida a propósito del derecho germano- se refiere a que la obligación comprende dos elementos. Por un lado la deuda (Schuld), que indica el deber de realizar una prestación y por otro lado, la responsabilidad (Haftung), que es la sujeción al poder coactivo del acreedor. DIEZ-PICAZO, (n. 39), pp. 71-77.

²⁸³ ALESSANDRI, (n. 181), pp. 68.

la prestación debida, que puede ser de dar, hacer o no hacer una cosa²⁸⁴. De esta forma de entender el débito, se concluye –a contrario sensu- que el incumplimiento de la relación obligatoria es la inejecución de alguna de las conductas descritas por la prestación, consistentes en dar, hacer o no hacer algo. Esta visión, como explica el profesor Luis Diez-Picazo, procede de la idea que el contrato y, en general también la obligación, son fuente de deberes jurídicos y el deudor que no cumple, los infringe²⁸⁵.

Se advierte también que el incumplimiento concebido de esta forma incorpora un elemento adicional, que es la culpa como requisito²⁸⁶, porque si se entiende al incumplimiento desde el punto de vista de la conducta del deudor, para darlo por establecido no es extraño que se realice un examen valorativo a dicha conducta y solo incumple de verdad aquél a quien el incumplimiento le es imputable²⁸⁷. Es por este motivo, que algunos autores afirman que no todos los incumplimientos dan lugar a la responsabilidad contractual, sino que sólo aquellos que sean imputables al deudor²⁸⁸. Y aquellos incumplimientos que no son imputables pertenecen a otro terreno y son más bien anomalías o vicisitudes de la vida de la relación obligatoria²⁸⁹. Siguiendo esta línea argumentativa, Henri Mazeud de forma categórica señala que “El mero incumplimiento proveniente de un hecho del deudor constituye, pues, una culpa”²⁹⁰ y agrega que “El incumplimiento de una obligación contractual constituye una culpa ya realizada y completamente probada”²⁹¹, haciendo, de esta forma, sinónimas las expresiones culpa del deudor e incumplimiento.

En definitiva, se trata de una visión restrictiva del incumplimiento, que pone énfasis en los deberes de conducta que nace de un contrato y son asumidos por el deudor, definiéndose al incumplimiento como la no ejecución de esos deberes de conducta, pasando a un segundo plano el interés contractual de la parte acreedora.

²⁸⁴ Véase a ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), pp. 7 y ss. y a FUEYO LANERI, (n. 276), pp. 47 y ss. En la doctrina española HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de Obligaciones*, Rivadeneyra, S.A, Madrid, (1960), p. 277.

²⁸⁵ DIEZ-PICAZO, (n. 39), pp. 647-648.

²⁸⁶ MEJÍAS ALONZO, (n. 278), p. 369. MORALES MORENO, (n. 11), p. 32.

²⁸⁷ El profesor Luis Diez-Picazo –dentro de esta misma idea- señala que no es de extrañar que algunos autores introduzcan en la misma idea de incumplimiento y como un elemento del mismo, la culpa y el daño. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 648.

²⁸⁸ Por todos véase ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 711.

²⁸⁹ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 648.

²⁹⁰ MAZEAUD, (n. 40), p. 189.

²⁹¹ MAZEAUD, (n. 40), p. 189.

2.2.- Efectos o consecuencias que produce la adopción del concepto tradicional de incumplimiento en la responsabilidad contractual.

En la concepción de incumplimiento a la que se aludió anteriormente, se encuentran puestos todos los elementos necesarios para construir una concepción subjetiva del incumplimiento y de la responsabilidad contractual²⁹². Y ésta es la línea seguida tradicionalmente por los autores nacionales, quienes han sostenido de forma sistemática que en Chile indudablemente el Código Civil estableció un régimen de responsabilidad contractual de carácter subjetivo²⁹³, esto es, el deudor es responsable y por ende se le puede exigir coactivamente el cumplimiento de la prestación y/o a reparar los perjuicios ocasionados al acreedor producto del incumplimiento porque ha actuado con dolo o con culpa²⁹⁴, vale decir, cuando le sea subjetivamente imputable el incumplimiento por no haber empleado la diligencia debida según el contrato de que se trate. Es más, se ha llegado a afirmar que la culpabilidad es un requisito esencial de la responsabilidad y al mismo tiempo su fuente²⁹⁵ o fundamento²⁹⁶.

A su turno, la culpabilidad, de acuerdo al inciso 3° del Art. 1547 del C.C, se presume si el deudor no dio cumplimiento a la obligación²⁹⁷, pudiendo éste, en virtud del inciso 2° del mismo artículo, exonerarse de responsabilidad acreditando caso fortuito o simplemente que actuó con la debida diligencia²⁹⁸, porque estas circunstancias son las únicas que eliminan el elemento culpabilidad como factor de imputación. Esta visión subjetiva de la responsabilidad está plenamente justificada y es acorde con las ideas imperantes a la época de dictación del Código Civil chileno y las codificaciones decimonónicas²⁹⁹.

²⁹² Así lo afirma DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 648.

²⁹³ ALESSANDRI, (n. 181), p. 265. COUTASSE, ITURRA, (n. 42), p. 33. TAPIA SUAREZ, (n. 38), p. 24. YUSSEF QUIRÓS, Gonzalo: *Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva*, Editorial La Ley Ltda., Santiago, (2000), p. 124.

²⁹⁴ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 733.

²⁹⁵ MAZEAUD, (n. 40), p. 87.

²⁹⁶ COUTASSE, ITURRA, (n. 42), p. 102.

²⁹⁷ RODRÍGUEZ GREZ, (n. 181), p. 65.

²⁹⁸ Así lo sostienen ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 752. COUTASSE, ITURRA, (n. 42), p. 103. RODRÍGUEZ GREZ, (n. 181), p. 65.

²⁹⁹ Gonzalo Yuseff señala que el principio de la culpa domina todas las codificaciones decimonónicas, relacionado directamente con la idea cristiana del pecado. La obligación de reparar es la consecuencia de la calificación del hecho como algo reprochable. Ejerció influencia también sobre la codificación, la escuela ius naturalista y la filosofía liberal en donde se sostenía que el individuo sólo debe responder por sus actos reprobables, concepto que desde la moral se trasladó al ámbito jurídico. YUSSEF QUIRÓS, (n. 293), pp. 128-129.

Como un efecto directo de concebir a la responsabilidad contractual como subjetiva, el requisito indispensable para que el acreedor pueda ejercer alguno de los remedios contractuales, es que el incumplimiento debe ser imputable a título de culpa o dolo del deudor³⁰⁰. También, los remedios contractuales no son considerados como medios para satisfacer el interés del acreedor afectado, sino que son considerados como verdaderas sanciones al deudor incumplidor por haber infringido su deber de prestación³⁰¹.

Tal idea tiene su origen también en la forma clásica de entender a la relación obligatoria y uno de esos elementos, esto es, la responsabilidad³⁰². Tradicionalmente, se ha sostenido que la responsabilidad contractual se refiere a dos acciones. Una acción dirigida a hacer valer en naturaleza la obligación o pretensión de cumplimiento en naturaleza; y otra acción destinada a resarcir los perjuicios que se derivan del incumplimiento de la obligación que nace del contrato³⁰³. Es más, una visión restrictiva sugiere que la responsabilidad contractual sólo comprende al remedio indemnizatorio y se la define como el deber de compensar los daños y perjuicios causados en el incumplimiento de la obligación³⁰⁴.

Se dejan fuera de la responsabilidad contractual otros remedios distintos de la pretensión de cumplimiento o acción indemnizatoria, como por ejemplo, la resolución, la rebaja del precio y la excepción de contrato no cumplido entre otros³⁰⁵. La razón de esta visión restrictiva de la responsabilidad se debe fundamentalmente al modelo romano de obligación unilateral recogido por los códigos civiles del siglo XIX, tributarios del código civil francés, el cual estaba dotado de una acción denominada *stipulatio legato*, que sólo permitía al acreedor, en caso de incumplimiento o imposibilidad imputable al deudor,

³⁰⁰ MEJÍAS ALONZO, (n. 278), p. 370. En ese mismo sentido, el profesor Álvaro Vidal señala que la culpa es un fantasma que ronda el incumplimiento, considerándosele el presupuesto necesario para poner en marcha todos sus efectos. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 503.

³⁰¹ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 725.

³⁰² El elemento responsabilidad es definido –siguiendo a Enrique Barros– como la potestad que el Derecho confiere a los acreedores para actuar sobre todos los bienes que el deudor posea al momento de ejercerse la acción. También, el profesor Enrique Barros afirma que en la relación obligatoria, la responsabilidad es una garantía patrimonial que el deudor otorga al acreedor en razón de estar obligado BARROS BOURIE, Enrique: “La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011) pp. 185-186. También se ha dicho que consiste, desde el lado del acreedor, en el poder de coacción que el ordenamiento le atribuye, y, desde el lado del deudor, en la necesaria sujeción a las consecuencias del ejercicio de aquel poder. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 78.

³⁰³ BARROS BOURIE, (n. 302), p. 187.

³⁰⁴ Por todos ALESSANDRI, (n. 181), p. 68.

³⁰⁵ MORALES MORENO, (n. 11), p. 21.

obtener una condena pecuniaria por el valor de la cosa, vista como indemnización³⁰⁶. Sumando a lo anterior, se puede señalar que influyó la visión tradicional que se tenía respecto del elemento débito en la responsabilidad. En efecto, la concepción de la obligación como un deber, es una construcción elaborada desde una base más bien ética que se traduce en una ponderación de la conducta de una persona, esto es, la conducta del deudor, dejando en segundo plano a los efectos del incumplimiento de la obligación respectiva, limitándolo al remedio indemnizatorio como la solución³⁰⁷.

2.3.- Efectos que produce la noción tradicional de incumplimiento contractual en los remedios contractuales.

A continuación, me referiré brevemente a los efectos que produce la noción tradicional de incumplimiento contractual en los siguientes remedios contractuales: pretensión de cumplimiento; remedio resolutorio; y remedio indemnizatorio.

2.3.1.- Efectos en el remedio pretensión de cumplimiento.

En cuanto al remedio pretensión de cumplimiento –bajo este esquema- la culpa del deudor en el incumplimiento se esgrime como un requisito necesario para su ejercicio, pues se sostiene que los efectos del caso fortuito no sólo se extienden al remedio indemnizatorio, sino que, además, el deudor queda totalmente liberado de cumplir la obligación y no puede exigírsele el cumplimiento forzado como consecuencia de la extinción de la misma provocada por la ocurrencia del caso fortuito³⁰⁸. Así, esta solución fluiría del inciso 2° del Art. 1547 del C.C y otras disposiciones, como por ejemplo, el inciso 2° del Art. 1558 del C.C a propósito de la mora y los Arts. 1670 y 1672 del C.C que se refieren a la pérdida de la especie o cuerpo cierto que se debe³⁰⁹. Bajo este prisma, se deduce que los supuestos de hecho o requisitos del remedio pretensión de cumplimiento coincidirían con los del remedio

³⁰⁶ MORALES MORENO, (n. 11), p. 21.

³⁰⁷ En ese sentido HERNÁNDEZ GIL, (n. 284), p. 64. Afirma que la corriente que concibe a la obligación desde el punto de vista de un deber, considera al remedio indemnizatorio como una nueva obligación que nace producto del incumplimiento.

³⁰⁸ Así lo afirman ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 49. ALESSANDRI, (n. 181), p. 282.

³⁰⁹ Alessandri sostiene que esta conclusión no sólo se aplicaría a las obligaciones de dar, sino que también a las obligaciones de hacer y no hacer. ALESSANDRI, (n. 181), p. 282.

indemnizatorio³¹⁰. También se ha señalado que la pretensión de cumplimiento es un remedio de ejercicio primario por parte del acreedor y sólo frente a la imposibilidad de llevarla a cabo, el acreedor puede ejercer la acción indemnizatoria³¹¹. Aunque esta postura está limitada a los casos de incumplimiento de las obligaciones de dar, ya que respecto a las obligaciones de hacer y no de hacer los Arts. 1553 y 1555 del C.C prescriben otra solución³¹².

2.3.2.- Efectos en el remedio resolutorio.

La facultad resolutoria no está reconocida en sede de efectos de las obligaciones, sino en la regulación de las obligaciones condicionales como efecto de una condición resolutoria táctica de acuerdo a lo prescrito en el Art. 1489 del C.C³¹³. De hecho, los autores nacionales estudian al remedio resolutorio a propósito de las obligaciones condicionales y no como un remedio contractual más³¹⁴ como la pretensión de cumplimiento o el remedio indemnizatorio. Se ha señalado tradicionalmente, que el remedio resolutorio al ser una condición tácita, es un elemento de la naturaleza del contrato bilateral, ya que al ser tácita, no necesita que las partes la estipulen expresamente³¹⁵. Su fundamento no sería la insatisfacción del interés del contratante afectado producto del incumplimiento, sino que

³¹⁰ Morales Moreno explica que esta confusión entre los requisitos del remedio pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria se produce por la tradición jurídica proveniente del derecho romano, en que no ha sido infrecuente construir la relación obligatoria con cierta dosis de simplificación y esquematismo. Señala que en casos de imposibilidad inicial, se ha considerado a la relación obligatoria como nula, porque a lo imposible nadie está obligado. Agrega, que de modo parecido, en los casos de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor, se ha recurrido al artificio jurídico de la *perpetuatio obligationis* para dar lugar a la pretensión indemnizatoria del acreedor. Toda esta situación, explicaría que se haya tendido a unificar los supuestos de hecho de la pretensión de cumplimiento y de la pretensión indemnizatoria, olvidando no sólo las particularidades económicas de cada uno de estos remedios contractuales, sino que también, la existencia de normas que contadican tal unificación. MORALES MORENO, Antonio Manuel: "Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria" en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006), p. 65.

³¹¹ ALESSANDRI, (n. 181), pp. 258-260. Claudia Bahamondes indica que esta idea tiene su fundamento en el modelo de obligación recogido por el Código Civil, así como el contexto comercial y económico de la época de su dictación y la falta de consideración de un genuino sistema de responsabilidad contractual. BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia: "Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual" en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011), p. 241.

³¹² FUEYO LANERI, (n. 276), pp. 338-339.

³¹³ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 515.

³¹⁴ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), pp. 462-475. ALESSANDRI, (n. 181), pp. 268-276. CLARO SOLAR, Luis: "Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Doctrinas Esenciales*, Obligaciones, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Punto Lex, Santiago, (2009), p. 176. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 392-421.

³¹⁵ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 465.

éste se encontraría en la equidad, la teoría de la causa, la interdependencia de las prestaciones o la voluntad presunta de las partes³¹⁶. En cuanto a los requisitos, los autores han dicho que la resolución requiere como exigencia que el incumplimiento de la obligación sea imputable a título de dolo o culpa del deudor³¹⁷, de modo que si éste acredita la ocurrencia de un caso fortuito la resolución es improcedente porque la obligación se extinguió³¹⁸. Luego, para que sea procedente la resolución, es necesario que el deudor esté constituido en mora³¹⁹. En consecuencia, como dice Álvaro Vidal³²⁰, no habría diferencia entre el supuesto de procedencia de la resolución y el de la indemnización de perjuicios. Es más, al igual que la indemnización de perjuicios, la resolución sería una sanción enérgica al deudor que ha faltado a su compromiso³²¹, aunque dentro de esta misma línea argumentativa se le reconoce un verdadero derecho al deudor de enervar la acción resolutoria haciendo subsistir el contrato cumpliendo la obligación³²² durante toda la secuela del juicio, esto es, en primera instancia antes de de la citación para oír sentencia y en segunda instancia, hasta antes de la vista de la causa, en virtud de lo que dispone el Art. 310 del Código de Procedimiento Civil, agregándose que si el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor podrá pagar por consignación³²³.

³¹⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 395-400.

³¹⁷ Pese a que el Art. 1489 del C.C no exige que el incumplimiento sea imputable al deudor, los autores nacionales han señalado que la resolución requiere de un incumplimiento imputable, ya que si el incumplimiento ocurre por caso fortuito, no habrá lugar a la resolución, debido a que la obligación se extinguió. Agregan que es obvio que la resolución requiere de un incumplimiento imputable al deudor, porque el Art. 1489 permite cobrar perjuicios y el deudor los debe sólo cuando hay culpa y dolo. Puede verse a ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 471. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 411-413.

³¹⁸ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 471. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 411-412.

³¹⁹ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 472.

³²⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro: “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), p. 109. En el mismo sentido lo afirma SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 135.

³²¹ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 464. Lis Paula San Miguel explica que este carácter de sanción que se le atribuye al remedio resolutorio tendría su origen en el Derecho Canónico, que contempló el incumplimiento desde el punto de vista de la moral. De esa forma, los canonistas elaboraron una regla en los juramentos promisorios conforme a la cual, el que no cumple aquello a lo que se obliga, pierde el derecho a exigir el cumplimiento de aquello que se le debe como contraprestación bajo el aforismo “fragenti fidem non est fides servanda”. La forma de resolver el vínculo contractual en caso de incumplimiento se consigue mediante un recurso al principio de equidad. Así, la sanción a la mala fe del contratante que no cumple aquello a lo que se comprometió es la facultad de obtener la resolución por el contratante cumplidor. SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 112.

³²² ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 474. ALESSANDRI, (n. 181), p. 275. Luis Claro Solar, señala que no puede haber duda alguna que el demandado puede impedir la resolución del contrato cumpliendo la obligación. CLARO SOLAR, (n. 314), p. 186. En contra de esta opinión se manifiesta el profesor Daniel Peñailillo, quien señala que si se permitiera al deudor pagar durante todo el curso del pleito, se estaría transgrediendo el sentido del Art. 1489 del C.C, el cual ordena que la opción la tiene el contratante cumplidor y no el deudor. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), p. 417.

³²³ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 474. ALESSANDRI, (n. 181), p. 275. En contra de esta opinión, el profesor Daniel Peñailillo –haciéndose cargo del texto del Art. 310 del Código de Procedimiento Civil- señala que la

2.3.3.- Efectos en el remedio indemnizatorio.

En cuanto al remedio indemnizatorio, éste sería de carácter secundario³²⁴ y subsidiario³²⁵ a la pretensión de cumplimiento, porque el acreedor afectado puede ejercerlo cuando se ha hecho imposible exigir el cumplimiento forzado de la prestación y se sustituye dicha prestación mediante la indemnización de perjuicios que representa su valor en dinero³²⁶. La sustitución estaría justificada porque, en realidad, la obligación subsiste pero ha cambiado de objeto³²⁷, precisamente porque la fuente de la obligación de indemnizar es el contrato³²⁸ y no una nueva obligación³²⁹. La causal de exoneración es el caso fortuito o la fuerza mayor, y también la mera ausencia de culpabilidad, bastándole al deudor probar que actuó con la debida diligencia³³⁰. Además, el remedio indemnizatorio, en este esquema, carece de autonomía frente al remedio pretensión de cumplimiento y remedio resolutorio, en orden a que el acreedor, para poder ejercerlo, necesariamente debe demandar la

excepción de pago del Art. 310, puede oponerse en cualquier estado del juicio, no así que se pueda pagar en cualquier estado del juicio. Esto quiere decir, que tiene lugar esta excepción respecto de un pago que se había realizado antes de la demanda, porque la opción de ejercer la acción resolutoria corresponde al acreedor y no al deudor. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 417-418. En el mismo sentido que el profesor Peñailillo, falló la Corte Suprema en sentencia de 25 de mayo del 2011 al señalar que “Haciéndose cargo de la objeción en orden a que esta solución contradice el artículo 310, apunta el autor citado que ello no es así. “Lo que el artículo 310 dispone es que la excepción de pago puede oponerse en cualquier estado del juicio, no que se pueda pagar en cualquier estado del juicio”. Para luego agregar: “Esto significa simplemente que si el deudor había pagado (antes de la demanda), puede oponer la excepción de pago durante todo el litigio, pero no significa que pueda pagar después de la demanda, porque entonces la opción, como se dijo, la tendría él, lo que es contrario al texto legal; él es el incumplidor, y habiéndose optado por la resolución por quien tenía la opción, ya no es tiempo de que pague” (Peñailillo, Daniel: “Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento...” y agrega que “Esta inteligencia del precepto, que se asimila por otra parte a la propugnada en varios códigos modernos, como el italiano de 1.942 (art. 1.453, inc. 3º) y el boliviano de 1.975 (artículo 568, inc. 2º), se concilia mejor con el verdadero sentido y alcance del artículo 1.489 del texto sustantivo civil y acota a su correcta dimensión el 310 del ordenamiento procesal civil”. Sentencia Corte Suprema, de 25 de mayo de 2011, Gallardo con Torres, rol N° 6.676-2009, disponible en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=641021&CRR_IdDocumento=381614 . Fecha última visita: 20 de Enero del 2013.

³²⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), p. 293.

³²⁵ FUEYO LANERI, (n. 276), pp. 338-339.

³²⁶ ABELIUK MANASEVICH, (n. 3), p. 542. ALESSANDRI, (n. 181), p. 9.

³²⁷ ALESSANDRI, (n. 181), p. 258. FUEYO LANERI, (n. 276), p. 335.

³²⁸ FUEYO LANERI, (n. 276), p. 335.

³²⁹ El profesor Carlos Pizarro –a propósito de las críticas a la existencia de la responsabilidad contractual en el C.C- señala que la función de las reglas relativas al incumplimiento sería dotar al acreedor de una ejecución forzada o un cumplimiento por equivalencia, pero la función de reparación sería ajena. Esto se explicaría porque los redactores del Código Civil francés no habrían comprendido la indemnización como una nueva obligación del deudor, siendo el contrato en sí mismo la única causa del crédito indemnizatorio. Estas ideas influyeron y pasaron al Código Civil chileno. PIZARRO WILSON, Carlos: “La influencia del Code en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?” en *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Ian HENRÍQUEZ HERRERA y Hernán CORRAL TALCIANI editores, Universidad de los Andes, Santiago, (2004), pp. 90-91. En el mismo sentido que Carlos Pizarro puede verse a BAHAMONDES OYARZÚN, (n. 311), pp. 238-241.

³³⁰ ALESSANDRI, (n. 181), p. 732.

pretensión de cumplimiento, o bien, la resolución del contrato, pero en ningún caso puede demandar la indemnización en forma autónoma^{331 - 332}, según lo prescribiría de forma literal el inciso 2º del Art. 1489 del C.C al señalar que “(...) *podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios*”. De igual manera lo dispondrían así los Arts. 1826 y 1873 del C.C a propósito del contrato de compraventa³³³.

Todo lo anteriormente descrito –unido al modelo de obligación imperante a la época de la dictación del Código Civil- da cuenta de una dispersión de los remedios frente al incumplimiento contractual³³⁴, careciendo estos de una regulación sistemática y completa³³⁵, dando lugar a una fragmentación del sistema de responsabilidad contractual producto de las sutiles diferencias en la delimitación de los supuestos³³⁶. Como expresa el profesor Enrique Barros de forma muy gráfica al indicar que “Lo cierto es que nuestra antigua ordenación de acciones contractuales presenta dos dificultades. Ante todo impide mirar al Derecho de contratos a la luz de las pretensiones y, a la inversa, discernir los remedios como un conjunto más bien armónico de instrumentos que el Derecho entrega para la protección del crédito contractual”³³⁷. Es decir, los efectos que produce la noción tradicional de incumplimiento no ponen suficiente énfasis en la figura del acreedor y la satisfacción de su interés. Agrega a continuación Enrique Barros, que “Además, dificulta analizar comparadamente los requisitos que el Derecho impone para hacer valer las acciones y demás remedios para enfrentar el incumplimiento, obteniendo de esta manera

³³¹ BARAONA GONZÁLEZ, (n. 9), p. 158. FUEYO LANERI, (n. 276), p. 339.

³³² El profesor Daniel Peñailillo señala que el remedio indemnizatorio sólo carece de autonomía tratándose de las obligaciones de dar, pues tratándose de las obligaciones de hacer y no de hacer, los Arts. 1553 y 1555 le permiten al acreedor demandar directamente la indemnización de perjuicios en los términos y condiciones que señalan dichas normas. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 433-434.

³³³ Patricia López explica que esta interpretación tradicional de la expresión “con indemnización de perjuicios” contenida en el Art. 1489 del C.C, supone entender que el legislador al usar tal expresión, quiso decir que en caso de incumplimiento, el acreedor puede demandar la resolución o el cumplimiento forzado del contrato juntamente con la indemnización de perjuicios, pero no la indemnización en forma autónoma. Se trataría entonces de una indemnización concurrente, porque procede junto a la resolución o el cumplimiento forzado; y se trataría de una indemnización complementaria, porque ella completa la satisfacción que otorgan al acreedor la resolución o cumplimiento forzado. LÓPEZ DÍAZ, Patricia: “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, (2010), pp. 71-72.

³³⁴ Véase a PIZARRO WILSON, Carlos: “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), pp. 303-310.

³³⁵ VIDAL OLIVARES, (n. 324), p. 290.

³³⁶ En el derecho español, a esa conclusión llega el profesor Antonio Morales Moreno, al analizar el sistema de responsabilidad civil del Código Civil español, que comparte las mismas fuentes que el Código Civil chileno. MORALES MORENO, (n. 11), pp. 22-25.

³³⁷ BARROS BOURIE, Enrique: “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en *Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, (2008), p. 428.

una cierta coherencia interna entre los fines de esas acciones y remedios, por un lado, y sus condiciones de ejercicio, por el otro”³³⁸.

3.- LA NOCIÓN UNITARIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

3.1.- Concepto.

En el Nuevo Derecho de la Contratación, el incumplimiento contractual se concibe como una noción unitaria, caracterizado por ser un hecho amplio, objetivo y que produce la insatisfacción del interés del acreedor. El profesor Antonio Morales Moreno lo define como “la falta de ejecución (o falta de realización) de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor”³³⁹. A su turno, Fernando Pantaleón Prieto señala que “La primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual”³⁴⁰ e incluye en seguida todas las manifestaciones que puede asumir el incumplimiento, ya sea incumplimiento total, tardío o cumplimiento imperfecto del contrato³⁴¹. También, el profesor Luis Díez-Picazo señala que “hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes en virtud de la relación obligatoria”³⁴².

Esta idea de incumplimiento unitario, amplio, objetivo y que encierra toda manifestación de inejecución sin interesar que el deudor se halle o no exonerado de

³³⁸ BARROS BOURIE, (n. 337), p. 428.

³³⁹ MORALES MORENO, (n. 11), p. 20.

³⁴⁰ PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 46, fascículo 4, Madrid, (1993), p. 1720.

³⁴¹ Fernando Pantaleón señala que “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, incluyéndose en éste la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados vicios ruinógenos en el contrato de obra”. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), pp. 1720-1721.

³⁴² DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 654.

responsabilidad en sentido estricto³⁴³, está instalada en el derecho uniforme de la contratación, vale decir, la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL³⁴⁴.

En efecto, tratándose de la CISG –pese a que no ofrece una definición de incumplimiento– ésta se deduce de varias de sus disposiciones. Así, el artículo 45 de la CISG señala que “*Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:*” y a continuación señala los remedios contractuales que tiene a su disposición el comprador. De la misma forma, el Art. 61 de la CISG, indica que “*Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá:*” y luego señala los remedios que tiene a su disposición el vendedor afectado. El profesor Álvaro Vidal explica que esta técnica legislativa adoptada por la CISG, tiene por objeto evitar algún vacío o laguna que impida aplicar los remedios contractuales frente a algún supuesto de incumplimiento no previsto y es por ese motivo, que se justifica la adopción de un concepto amplio del mismo que abarque todas sus manifestaciones³⁴⁵. Luego, el Art. 25 de la CISG define al incumplimiento esencial del contrato³⁴⁶ y el Art. 79 N°5³⁴⁷ del mismo cuerpo legal de forma expresa limita el ámbito de aplicación de la causa de exoneración al remedio indemnizatorio, sin privar al contratante afectado de los restantes remedios contractuales, porque hay incumplimiento con

³⁴³ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO: “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las Obligaciones y Contratos español” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°16, (2011), p. 261.

³⁴⁴ El profesor Luis Díez-Picazo, refiriéndose a las propuestas de reforma a los códigos civiles europeos, señala que éstas siguen la línea de la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL en cuanto a considerar un concepto único y articulado de incumplimiento. DIEZ-PICAZO, Luis: “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 56, fascículo 4, Madrid, (2003), p. 1571. De La Maza, Iñigo: “El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011), p. 221.

³⁴⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional: Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena” en *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XVIII, N° 1, Valdivia, (2005), p. 63. Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173713782003>. Fecha última visita: 20 de Enero de 2013.

³⁴⁶ El Art. 25 de la CISG señala que “*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación*”.

³⁴⁷ El Art. 79 N°5 de la CISG señala que “*Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distintos del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención*”.

independencia de si el deudor esté o no amparado por la causal de exoneración del Art. 79 de la CISG³⁴⁸.

Por otro lado, el Art. 7.1.1 de los Principios UNIDROIT de forma expresa define al incumplimiento, señalando que *“El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”*. Esta definición de incumplimiento incluye tanto las manifestaciones de cumplimiento imperfecto o defectuoso, cumplimiento tardío y cumplimiento total, así como el incumplimiento no excusable como el excusable³⁴⁹.

Por su parte, el Art. 1:301 (4) de los PECL define al incumplimiento como *“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”*. Según el profesor Antonio Morales Moreno, esta disposición de los PECL expresa de forma bastante elocuente la idea del incumplimiento como cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo³⁵⁰.

Adicionalmente, es pertinente señalar que en el Código Civil alemán (BGB) del año 2002, también se ha adoptado un concepto de incumplimiento unitario en su Art. 280. Esta disposición, para referirse al incumplimiento, utiliza el término violación de un deber (Pflichtverletzung), que incluye todo tipo de incumplimiento³⁵¹. En España, la Propuesta de Modernización del Código Civil del año 2009 (PM), también contempla una noción de incumplimiento unitaria, amplia y objetiva en su Art. 1188, que define al incumplimiento

³⁴⁸ VIDAL OLIVARES (n. 343), p. 261.

³⁴⁹ UNIDROIT, (n. 21), p. 140.

³⁵⁰ MORALES MORENO, (n. 11), p. 29.

³⁵¹ Martín Ebers, explica que antes de la reforma al BGB del año 2002, el derecho alemán no conocía un supuesto de hecho unitario para el incumplimiento. El BGB venía caracterizado por una compleja y confusa variedad de supuestos de incumplimiento. Desde la reforma, la regulación general del incumplimiento se contiene en el Art. 280 BGB, que instituye un único supuesto de hecho basado en el concepto de violación de un deber. Sin embargo, el autor advierte que la noción de violación de deberes tiene diferencias con la noción de incumplimiento contractual más allá de la terminología utilizada. En ese sentido, se advierte una diferencia en cuanto a la concepción del término violación de un deber, porque éste está ubicado en el BGB en la parte general del derecho de obligaciones, por lo que se refiere a la infracción de todo tipo de relación obligatoria, a diferencia de la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL, que se refieren a la infracción de una obligación cuya fuente es un contrato. Por ese motivo, es que el Art. 280 del BGB se aplica además a la responsabilidad civil extracontractual. Por otra parte, el legislador alemán se ha inclinado por el concepto de violación de un deber, debido a la imposibilidad de incluir la violación de un deber de protección dentro del concepto general del incumplimiento. EBERS, Martín: “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de las obligaciones de 2002” en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, volumen 56, Madrid, (2003), pp. 1590-1595.

señalando que “*Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación resulte*”³⁵². Finalmente, en Francia, las tres propuestas de reforma al Código Civil francés, constituidas por el Proyecto de Catala, Proyecto de la Chancellerie y el Proyecto Terré, contemplan una noción de incumplimiento transversal y única para todos los remedios contractuales³⁵³.

Y en relación al C.C chileno³⁵⁴, a pesar de la falta de un tratamiento más armónico en la legislación, se ha intentado construir un concepto unitario de incumplimiento a partir de lo que señala el Art. 1556 inciso 1º, que dispone que “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”. Este artículo se refiere a las modalidades que puede asumir el incumplimiento, por lo que algunos autores han dicho que para el Código Civil la noción de incumplimiento es amplia o lata³⁵⁵, porque comprende todas las manifestaciones del mismo. También se ha señalado que puede arribarse a un concepto general de incumplimiento aplicando a contrario sensu las normas sobre la fuerza obligatoria del contrato, es decir, el Art. 1545 del C.C y las normas relativas al pago, o sea, los Arts. 1567 y siguientes del C.C³⁵⁶, de tal manera que el concepto de incumplimiento comprende, en general, toda hipótesis de inejecución, cualquiera que sea su causa, naturaleza, forma o

³⁵² Nieves Fenoy señala que el concepto de incumplimiento de la CISG y los PECL es aplicable a la PM, porque ésta refleja dicha construcción jurídico-doctrinal. FENOY PICÓN, Nieves: “El incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del Código Civil de 2009” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011), p. 28. En el mismo sentido, Álvaro Vidal señala que el concepto de incumplimiento del Art. 1188 de la PM responde a una noción de incumplimiento amplia y objetiva. Señala también que –pese a que la definición no distingue según la inobservancia sea o no excusable al deudor- es posible afirmar que el carácter del incumplimiento es neutro u objetivo por cuanto la PM prescinde, en general, de la imputación subjetiva. VIDAL OLIVARES (n. 343), pp. 263-268.

³⁵³ Así lo señala Carlos Pizarro en PIZARRO WILSON, Carlos: “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, Valparaíso, (2011), p. 126.

³⁵⁴ Existe consenso en la doctrina nacional que en el Código Civil chileno, la temática del incumplimiento contractual, así como sus efectos y las modalidades que puede adoptar, carece de una regulación sistemática. Tampoco a lo largo de las disposiciones del Código Civil se puede encontrar una definición o un concepto de incumplimiento, sino que sólo existen algunas disposiciones aisladas que se refieren a él, como por ejemplo, el Art. 1489 del C.C que contempla al remedio resolutorio para el evento de no cumplirse lo pactado y el Art. 1556 del C.C a propósito del remedio indemnizatorio. BAHAMONDES OYARZÚN, (n. 311), p. 236. MEJÍAS ALONZO, Claudia, (n. 278), pp. 367-368. En ese sentido, el profesor Álvaro Vidal señala de forma categórica que “El esquematismo del codificador y la influencia de Pothier han colocado en la penumbra el grave problema de la responsabilidad contractual y, en general, explican la falta de una regulación satisfactoria del incumplimiento y sus efectos”. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 502. También puede verse al mismo autor en VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista” en *Revista chilena de derecho*, Vol. 34, N°1, (2007), p. 47.

³⁵⁵ ALESSANDRI, (n. 181), p. 265.

³⁵⁶ Esta es la tesis de Álvaro Vidal en VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 515.

gravedad³⁵⁷. En su sentido más amplio, el incumplimiento se confunde con la no realización de la prestación³⁵⁸, sin interesar si ello ocurrió por culpa o dolo, o caso fortuito o fuerza mayor³⁵⁹.

3.2.- La noción unitaria del incumplimiento. La relación obligatoria y la responsabilidad contractual.

3.2.1.- La relación obligatoria.

En la construcción de la noción amplia y unitaria del incumplimiento contractual, tiene una importante influencia la nueva forma de concebir a la obligación. Hoy en día, parte de la doctrina señala que la obligación es una entidad mucho más amplia y compleja que la simple correlación de la deuda o débito y el crédito o responsabilidad considerados de forma aislada, por la siguiente razón: ambos fenómenos –débito y crédito- forman parte de relaciones jurídicas más amplias y complejas, proponiendo reemplazar el concepto de obligación por el de relación obligatoria³⁶⁰. El concepto clásico de obligación era considerado como una simple correlación entre el débito y la responsabilidad como tradicionalmente se ha entendido, debido a que en el derecho romano casi todas las obligaciones nacían de la stipulatio³⁶¹ o cruce de promesas entre dos personas³⁶².

Los autores para significar esta nueva visión del fenómeno de la obligación prefieren hablar de relación obligatoria y la definen como la entera relación jurídica que entre las partes existe y se crea para cumplir las finalidades de carácter económico y dar satisfacción

³⁵⁷ GATICA PACHECO, (n. 244), p. 62.

³⁵⁸ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 515.

³⁵⁹ VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 235.

³⁶⁰ Pese a que la expresión relación obligatoria muchas veces es empleada como sinónimo de obligación, pueden existir diferencias entre estos términos. Así lo expresa DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 65.

³⁶¹ En la época clásica del derecho romano, para que se entendiera celebrado un préstamo bajo el imperio de ius civile, debía cumplirse con una formalidad llama nexum, que significaba una venta que hacía el deudor de su propia persona en garantía del crédito (responsabilidad) y operaba desde que se contrajo el deber de prestación y no del incumplimiento. Esa institución evolucionó en lo que se llamaba la sponsio o promesa solemne de cumplir una prestación, que se hacía efectiva –a diferencia del nexum- cuando el deudor no cumplía con la promesa. La sponsio evolucionó y se convirtió en la stipulatio, que tuvo menor rigor formal en las palabras. Por lo que se puede identificar los dos elementos de la obligación. La deuda o débito constituido por la prestación propiamente tal y la responsabilidad como un elemento separado que se contraía formalmente a través de la stipulatio. TOPASIO FERRETTI, Aldo: *Las obligaciones en el derecho romano*, Edeval, Valparaíso, (1984), pp. 10-13.

³⁶² DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 65.

a sus intereses³⁶³. En ese sentido, la doctrina alemana ya había comenzado a hablar de relación obligatoria entendida como un todo y como proceso³⁶⁴, es decir, la relación obligatoria no sólo es una relación de prestación aislada, sino que es una relación jurídica total fundada en un hecho determinado –su fuente- como un contrato de compraventa o de arrendamiento³⁶⁵, siendo más amplia que la noción tradicional de obligación. Se considera que es un todo, porque es un conjunto de derechos, obligaciones y situaciones jurídicas, pero no la suma de ellos, debido a que ésta subsiste aunque alguno de esos deberes se haya extinguido sin perder su identidad³⁶⁶ y es un proceso, porque toda relación obligatoria tiene por finalidad la satisfacción del interés en la prestación del acreedor al estar encaminada al alcanzarlo y extinguirse con la obtención de ese fin³⁶⁷.

El profesor, Luis Díez-Picazo, contrastando las expresiones obligación y relación obligatoria, señala que “La relación obligatoria en cambio es una relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y constituye un cauce de realización de finalidades sociales y económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico”³⁶⁸ y luego añade que “De este carácter de totalidad que se asigna a la relación obligatoria deriva el que todos los derechos, deberes, facultades, titularidades y cargas de los sujetos se encuentren, en cada momento, orgánicamente agrupados en torno a la relación”³⁶⁹.

Por estos motivos se dice que la relación obligatoria es un concepto más amplio que la clásica noción de obligación desligada de su función dentro de la realidad concreta. Esta última afirmación permite engarzar de mejor manera el fenómeno de la obligación con la más importante de sus fuentes, esto es, el contrato, entendiendo por tal –siguiendo la concepción del Nuevo Derecho de la Contratación- no sólo como un mecanismo de creación de obligaciones, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como medio para organizar los particulares sus propios intereses³⁷⁰, es decir, es un mecanismo

³⁶³ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 65.

³⁶⁴ LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*, T.I, Editorial Revista de Derecho Privado, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, (1958), p. 37.

³⁶⁵ LARENZ, (n. 364), p. 37.

³⁶⁶ LARENZ, (n. 364), p. 38.

³⁶⁷ LARENZ, (n. 364), p. 39.

³⁶⁸ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 152.

³⁶⁹ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 152.

³⁷⁰ MORALES MORENO, Antonio Manuel: “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico De Castro” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006), p. 325.

para satisfacer los intereses de los contratantes. Y en función a tal concepción de relación obligatoria y contrato, es que se define al incumplimiento como la insatisfacción de los intereses del acreedor, con independencia del tipo o clase de relación obligatoria de que se trate, ya sea de medio o de resultado, pues no atiende a simples deberes de conducta del deudor, sino que pone énfasis en la satisfacción del interés del acreedor, el cual está presente en ambos tipos de obligaciones. Este nuevo enfoque es el que permite construir una noción unitaria de incumplimiento. Más adelante vuelvo a insistir en esta idea para resolver el conflicto aparente que producen las obligaciones de medio.

En este mismo orden de ideas, se ha caracterizado a la relación obligatoria como un organismo que posee una naturaleza orgánica. Es como un pedazo o tejido de la vida social^{371 - 372}. También se ha vinculado a la relación obligatoria con la idea de cooperación social, porque resuelven problemas de cooperación dentro del conjunto social³⁷³.

3.2.2.- La responsabilidad contractual.

Actualmente, la corriente modernizadora del derecho de las obligaciones propone ampliar la noción tradicional de responsabilidad contractual, la cual quedaba reducida al remedio indemnizatorio y a la pretensión de cumplimiento en naturaleza. Es así como el profesor Morales Moreno, indica que el nuevo enfoque que tiene el incumplimiento, que toma en consideración no sólo la conducta del deudor, sino que también la insatisfacción del interés del acreedor, no sólo permite, sino que además aconseja referirse a la responsabilidad contractual, no exclusivamente a la pretensión de cumplimiento o a la indemnización de perjuicios, sino que al conjunto de remedios que dispone el acreedor en caso de incumplimiento contractual³⁷⁴.

Siguiendo al profesor Álvaro Vidal, la expresión remedios por el incumplimiento contractual proviene del Common Law y se pueden definir como aquellas acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del

³⁷¹ Así, el profesor Luis Diez-Picazo indica que, si bien es cierto, la idea de organismo aplicada en sentido propio a los seres vivos, sólo puede ser utilizada de una manera figurada, porque más que organismo, se trata de aludir a la idea de organización. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 153.

³⁷² Karl Larenz, refiriéndose al orden jurídico en que se inserta la relación obligatoria, indica que ese orden no es algo irreal o imaginario, sino que es algo vivo. LARENZ, (n. 364), p. 37.

³⁷³ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 154.

³⁷⁴ MORALES MORENO, (n. 11), p. 21.

deudor, entre los cuales se puede optar más o menos, libremente y cuyo objeto es la realización de su interés en la prestación afectado por dicho incumplimiento³⁷⁵. Estas medidas de protección con las que cuenta el acreedor se articulan en torno a un presupuesto común y básico –esto es- el incumplimiento³⁷⁶, sin perjuicio que cada uno de los remedios descansa en un supuesto de hecho distinto, que actúa como un verdadero filtro³⁷⁷. Basta para la aplicación de cualquier remedio el mero incumplimiento, sin que la culpa sea un requisito de todos ellos como tradicionalmente se entendía, debido a que la culpa era considerada como un elemento del propio incumplimiento, porque la relación obligatoria se consideraba como un deber de conducta³⁷⁸. Hoy, en el Nuevo Derecho de la Contratación, la responsabilidad contractual es objetiva, porque la culpabilidad deja de ser un elemento del incumplimiento y un supuesto común de los remedios contractuales, sin que esto impida que sea un supuesto específico de algunos de ellos, como por ejemplo, el remedio indemnizatorio si está construido sobre la noción de culpabilidad³⁷⁹. Entre estos remedios se hallan la acción de cumplimiento y sus diversas modalidades, la facultad resolutoria, excepción de contrato no cumplido, reducción del precio y el remedio indemnizatorio³⁸⁰. Dentro del remedio acción de cumplimiento, se encuentra la reparación de los vicios o defectos o la sustitución del objeto y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa o no conforme³⁸¹.

Esta nueva perspectiva muchos más amplia e integradora de la responsabilidad contractual, permite contemplar a la relación obligatoria que nace del contrato no exclusivamente desde la perspectiva del deber del deudor, cuyo cumplimiento lo libera, sino que de la más amplia, esto es, del resultado de satisfacción del interés del acreedor, siendo los remedios contractuales vías para trasladar el riesgo de insatisfacción al

³⁷⁵ VIDAL OLIVARES, (n. 14), pp. 519-520.

³⁷⁶ MORALES MORENO, (n. 11), p. 31.

³⁷⁷ MORALES MORENO, (n. 11), p. 31. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 521.

³⁷⁸ MORALES MORENO, (n. 11), p. 32.

³⁷⁹ MORALES MORENO, (n. 11), p. 32.

³⁸⁰ MORALES MORENO, Antonio Manuel: “El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006), pp. 214-217.

³⁸¹ PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1727. Fernando Pantaleón agrega también como remedio contractual la resolución anticipada del contrato o excepción de riesgo de incumplimiento y la pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado.

deudor³⁸². Como dice el profesor Morales Moreno, el enfoque global de la responsabilidad contractual resulta más útil que el enfoque tradicional y disgregador³⁸³.

Para finalizar este apartado, es necesario señalar que los autores, para referirse a esta nueva forma de concebir a la responsabilidad contractual, hablan de responsabilidad en sentido amplio³⁸⁴, porque la responsabilidad contractual está integrada por un conjunto de medidas o remedios contractuales destinados a satisfacer el interés del acreedor, los cuales no se circunscriben únicamente al remedio indemnizatorio o a la pretensión de cumplimiento como tradicionalmente se ha señalado por la doctrina³⁸⁵. El supuesto de hecho articulador y básico de todos los remedios contractuales sin excepción, es el mero incumplimiento, entendido como la no ejecución de las exigencias del contrato con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor al margen de la culpa.

4.- EFECTOS DE LA NOCIÓN UNITARIA DE INCUMPLIMIENTO EN LOS REMEDIOS CONTRACTUALES.

Bajo la noción unitaria del incumplimiento contractual³⁸⁶, se articulan todos los remedios contractuales para la protección del acreedor o si se prefiere, para repartir el riesgo de insatisfacción de su interés³⁸⁷. Cada uno de los remedios contractuales tiene como supuesto básico el incumplimiento contractual, aunque cada uno de ellos tiene su propio supuesto específico que actúa como un verdadero filtro para su aplicación. El acreedor puede optar libremente por alguno de ellos sin otro límite que sus condiciones de procedencia³⁸⁸.

Entendido el incumplimiento de esta manera, permite la unificación del sistema de responsabilidad contractual, desapareciendo los regímenes o sistemas especiales de

³⁸² MORALES MORENO, (n. 11), pp. 21-22.

³⁸³ MORALES MORENO, (n. 11), p. 22.

³⁸⁴ Así lo hacen, por ejemplo, BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 134-192. MORALES MORENO, (n. 11), pp. 18-54. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), pp. 1719-1745 y VIDAL OLIVARES, (n. 14), pp. 495-550.

³⁸⁵ Responsabilidad en sentido estricto, es decir, referida únicamente al remedio indemnizatorio y pretensión de cumplimiento.

³⁸⁶ El profesor Antonio Morales Moreno, señala que en el ámbito de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato, es preferible hablar de incumplimiento del contrato, en lugar de incumplimiento de la obligación. MORALES MORENO, (n. 11), p. 30.

³⁸⁷ Así lo expresa el profesor Antonio Morales Moreno en MORALES MORENO, (n. 310), p. 57.

³⁸⁸ VIDAL OLIVARES (n. 343), p. 271.

responsabilidad³⁸⁹. De forma bastante gráfica, el profesor Morales Moreno señala que “Esta construcción, además de permitir, mejor que la tradicional, la comparación entre sistemas jurídicos, tiene la ventaja de ofrecer un modelo dogmático muy simple y al mismo tiempo excelente para la comprensión y tratamientos de la responsabilidad contractual (en sentido amplio). Como modelo teórico, no impone como haya de operar en cada ordenamiento cada remedio. Simplemente ofrece una estructura, muy pragmática, que facilita la comprensión, encuadre y tratamiento jurídico de los problemas”³⁹⁰.

A continuación, me referiré a los aspectos más importantes de la nueva configuración que asumen en este esquema de responsabilidad contractual los remedios contractuales pretensión de cumplimiento, resolutorio e indemnizatorio.

4.1.- Remedio pretensión de cumplimiento.

La pretensión de cumplimiento permite al acreedor exigir del deudor la ejecución de cualquier obligación que en virtud del contrato incumba a éste³⁹¹. Mediante ella, el acreedor puede obtener, de forma directa, la satisfacción de su interés de acuerdo a los términos del contrato; o bien, por la actividad del deudor o a través de los medios que ofrece el proceso

³⁸⁹ Morales Moreno indica que desaparece la diversidad de supuestos que implica en los códigos civiles la distinción entre el incumplimiento y las garantías o saneamientos, en cuanto a sistemas de responsabilidad diferentes. Agrega, que en el nuevo sistema, cualquier supuesto de saneamiento es incumplimiento. MORALES MORENO, (n. 11), p. 30. Un ejemplo de esto, según el profesor Morales Moreno, está en la regulación de las obligaciones del vendedor en el Código civil francés y otros códigos civiles inspirados en él. En efecto, el Código francés señala que el vendedor tiene dos obligaciones principales, la de entregar y la de garantizar la cosa que vende, según el Art. 1603 de ese cuerpo legal. Conforme a esa norma, la garantía tiene lugar, en caso de evicción o de defecto de la cosa vendida. Indica Morales Moreno, que esta distinción de las obligaciones del vendedor, corresponde a una fragmentación en el sistema de responsabilidad del contrato de compraventa. Esto es así, ya que obligación de entregar se rige por los preceptos generales de responsabilidad contractual, con su correspondiente sistema de remedios y plazos de prescripción. En cambio, las garantías son sistemas especiales de responsabilidad que se conservan por razones históricas. Esta situación ha producido uno de los principales problemas del régimen jurídico del contrato de compraventa, esto es, la fragmentación en el tratamiento de la responsabilidad del vendedor. MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006), p. 151. En el mismo sentido PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), pp. 1720-1727. Sobre las razones históricas que justifican la existencia del sistema especial de responsabilidad del saneamiento puede verse a MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Adaptación del código civil al derecho europeo: La compraventa” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006), pp. 98-101. En Chile, ponen de manifiesto esta diversidad de regímenes de responsabilidad contractual de las obligaciones del vendedor en el Código Civil nacional, CAPRILE BIERMANN, Bruno: “La acciones del comprador insatisfecho: El cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), pp. 417-431. DE LA MAZA, Iñigo: “A propósito del artículo 1861” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), pp. 689-703. Ambos autores sostienen que esta diversidad de reglas y de regímenes de responsabilidad desaparecerían si se optara por una noción de incumplimiento unitaria.

³⁹⁰ MORALES MORENO, (n. 310), p. 57.

³⁹¹ MORALES MORENO, (n. 310), p. 81.

de ejecución³⁹². Ahora bien, este remedio contractual, al igual que lo demás, se articula en base al incumplimiento, cualquiera que sea su clase y que el cumplimiento ulterior sea objetivamente posible³⁹³.

Dentro de este esquema, la pretensión de cumplimiento actúa al margen de la culpa del deudor, por lo que la culpa de éste no integra el supuesto de hecho de este remedio³⁹⁴ y también, actúa al margen de la causación o no de daño al acreedor³⁹⁵, por lo que el acreedor, para solicitar la pretensión de cumplimiento, no necesita acreditar un perjuicio patrimonial. Es por ese motivo que la ocurrencia de un caso fortuito no impide al acreedor hacer ejercicio de la pretensión de cumplimiento, porque el caso fortuito sólo afecta al remedio indemnizatorio sin producir la extinción de la obligación como tradicionalmente se ha señalado³⁹⁶. Esta es la solución adoptada por la CISG en el Art. 79, que contempla la causal de exoneración. El N°5 de dicha norma de forma expresa señala que “*Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención*”. Esto significa que, en caso de incumplimiento, las causas de exoneración del deber de indemnizar previstas en el Art. 79 de la CISG, no son directamente aplicables a la pretensión de cumplimiento y, por lo tanto, no liberan al deudor del cumplimiento³⁹⁷. De la misma manera, los PECL en el Art. 8:101 (1) establecen un criterio común de exoneración

³⁹² MORALES MORENO, (n. 310), p. 81.

³⁹³ VIDAL OLIVARES (n. 324), p. 291.

³⁹⁴ PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1729. VIDAL OLIVARES (n. 324), p. 292.

³⁹⁵ PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1729. En el mismo sentido, el profesor Jorge Baraona señala que no toda infracción contractual necesariamente da lugar a indemnización de perjuicios, sino que lo será en aquellos casos en que es posible imputarle al deudor un daño causado más allá del deber de prestación. El profesor Baraona agrega que esta distinción está reconocida en el C.C, en su Art. 1489 al permitir ejercer, a elección del acreedor, la resolución o la pretensión de cumplimiento y en ambos casos con indemnización de perjuicios. BARAONA GONZÁLEZ (n. 9), p. 158. También, el profesor Enrique Barros hace la distinción, señalando que en atención a sus diferentes supuestos, la exoneración del deudor de cumplir la obligación y la exoneración de la responsabilidad son dos cuestiones distintas. BARROS BOURIE, (n. 302), p. 194. Morales Moreno, indica que el incumplimiento provoca insatisfacción del interés del acreedor fundado en el contrato, pero no implica esto necesariamente un daño indemnizable como sucede en la responsabilidad extracontractual. MORALES MORENO, (n. 19), p. 213.

³⁹⁶ María Graciela Brantt en ese sentido, señala que afirmar que el efecto del caso fortuito es la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación, implica confundir dos instituciones autónomas, cada una de ellas con sus propios requisitos y presupuestos. El caso fortuito cumple la función específica de exonerar de responsabilidad en sentido estricto, es decir, incide en la indemnización de perjuicios. En cambio, la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación es un modo de extinguir las obligaciones que se proyecta más allá del remedio indemnizatorio. Lo que sucede, es que el caso fortuito se incorpora como parte del supuesto de hecho de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, porque este modo de extinguir necesita de dos requisitos: Uno de carácter objetivo, que es la inviabilidad o imposibilidad de cumplir con la prestación. El otro criterio es la inimputabilidad del elemento anterior al deudor, lo que viene dado por el caso fortuito de la imposibilidad. BRANTT, (n. 258), pp. 70-82. En el mismo sentido que la autora VIDAL OLIVARES, (n. 14), pp. 546-549.

³⁹⁷ MORALES MORENO, (n. 310), p. 62.

para la pretensión de cumplimiento e indemnizatoria, aunque de esta regla no debe extraerse la conclusión de que los PECL hayan pretendido hacer coincidir las causales de exoneración de estos remedios³⁹⁸.

De la misma forma que los PECL, los Principios UNIDROIT en su Art. 7.1.7 (1) señalan la causal de exoneración y el Art. 7.1.7 (4), indica que “*Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido*”³⁹⁹. Entonces, los supuestos de hecho de los remedios pretensión de cumplimiento e indemnizatorio –más allá del incumplimiento- no necesariamente coinciden⁴⁰⁰ y esta es la conclusión a la que arriba actualmente parte de la doctrina nacional interpretando armónicamente los Arts. 1547 y 1558 del C.C⁴⁰¹.

³⁹⁸ La duda se produce porque el Art. 8:101 (1) de los PECL señala que “*Siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9*” De la lectura de esta norma, pareciera ser que la causal de exoneración y los supuestos de hecho del remedio pretensión de cumplimiento y remedio indemnizatorio coinciden. Frente a esto, el profesor Morales Moreno, señala que no se puede llegar a tal conclusión, porque los PECL, en otras normas, ponen de manifiesto que el remedio pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria tienen sus propias reglas de exoneración, las cuales son distintas. De esta manera, no existe coincidencia de supuesto cuando el impedimento, aún reuniendo los requisitos del Art. 8:108 (1) de los PECL, es sólo temporal de acuerdo al Art. 8:108 (2). Mientras dura el impedimento, el deudor no está obligado a cumplir, ni tampoco a indemnizar los daños que se deriven del retraso en el cumplimiento. Pero la pretensión de cumplimiento no se extingue, porque cuando desaparece el obstáculo, el acreedor puede exigir el cumplimiento. De otro lado, las limitaciones al ejercicio de la pretensión de cumplimiento que prevén los Arts. 9:101 y 9:102 de los PECL ponen de manifiesto que hay causales de exoneración de la pretensión de cumplimiento que no se aplican a la pretensión indemnizatoria. MORALES MORENO, (n. 310), pp. 63-65.

³⁹⁹ Al igual que el Art. 8:101 (1) de los PECL, el Art. 7.1.7 (4) de los Principios UNIDROIT, pareciera equiparar la causal de exoneración del remedio indemnizatorio con la del remedio pretensión de cumplimiento. De hecho, Pantaleón Prieto –a propósito de la independencia de la pretensión de cumplimiento de la imputabilidad y la causación de un daño- señala que “La primera idea se ve oscurecida en los apartados 4 del artículo 7.1.7 PCCI...” es decir, los Principios UNIDROIT y agrega que “...a tenor de los cuales todos aquellos impedimentos que exoneran de responsabilidad contractual al deudor excluyen la pretensión de cumplimiento del acreedor. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1729. Sin embargo, dicha coincidencia es aparente, porque el Art. 7.1.7 (2) de los Principios UNIDROIT se pone en el caso que el impedimento sea de carácter temporal y mientras dure éste, el acreedor no puede exigir el cumplimiento, pero sin que se extinga la pretensión de cumplimiento, ya que al desaparecer, el acreedor puede exigir el cumplimiento.

⁴⁰⁰ Para comprobar esto, el profesor Morales Moreno proporciona una serie de ejemplos en que el acreedor insatisfecho encuentra límites o no dispone del ejercicio de la pretensión de cumplimiento, pero sí dispone de la pretensión indemnizatoria. Y en otros casos, sucede lo contrario: el acreedor dispone de la pretensión de cumplimiento, pero el deudor no tiene que indemnizar al acreedor. Para estos efectos, el profesor Morales Moreno distingue entre las limitaciones a la pretensión de cumplimiento que no excluyen la indemnizatoria y casos en que subsiste la pretensión de cumplimiento, pero no surge la pretensión indemnizatoria. MORALES MORENO, (n. 310), pp. 66-78.

⁴⁰¹ Al respecto, María Graciela Brantt –interpretando los Arts. 1547 y 1558 del C.C.- señala que “De esta manera, resulta claro que nuestro legislador conecta el caso fortuito con la indemnización de perjuicios causados al acreedor con el incumplimiento, que es precisamente en lo que consiste la responsabilidad contractual. Las normas citadas no disponen en caso alguno la extinción del vínculo obligacional, sino que se refieren exclusivamente a la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, demostrando que en ello radica la eficacia exoneratoria del caso fortuito.” BRANTT, (n. 258), pp. 74-75. En ese mismo sentido, Álvaro Vidal afirma que “El legislador reconoce al caso fortuito una eficacia exoneratoria que libera de la indemnización de daños, no así de la obligación.” VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 546.

Por otra parte, el remedio pretensión de cumplimiento –dentro del esquema del Nuevo Derecho de la Contratación- está sujeto a limitaciones no solamente derivadas de la imposibilidad física o jurídica que obstan a su ejercicio⁴⁰², sino que también a limitaciones que responden a razones de carácter práctico⁴⁰³ o económico derivadas de la ponderación del coste que la ejecución supone para el deudor con los beneficios que puede obtener el acreedor o las mejores condiciones del mercado⁴⁰⁴. En ese sentido, respecto de las obligaciones pecuniarias, los Principios UNIDROIT en el Art. 7.2.1 establecen que “*Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago*”. De la misma forma, en el Art. 1192 de la PM, se establece que el acreedor puede en todo caso exigir el cumplimiento forzoso⁴⁰⁵, siendo un derecho de carácter absoluto⁴⁰⁶. Sin embargo, los PECL en su Art. 9:101 (2), restringen este derecho en los siguientes términos: “*Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le deba según el contrato salvo que: (a) Hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivo esfuerzo o coste. (b) O que no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias*”⁴⁰⁷.

⁴⁰² MORALES MORENO, (n. 310), p. 67. El profesor Enrique Barros señala que los casos de imposibilidad física son los más evidentes, porque la cosa se ha destruido o la conducta debida no puede realizarse por el deudor o un tercero. Los casos de imposibilidad jurídica tienen lugar cuando la prestación se vuelve ilícita. También se refiere a la imposibilidad moral o inexigibilidad moral como aquella en que, siendo el cumplimiento físicamente posible, se requiere del sacrificio de bienes del deudor que son irrenunciables, como la vida o la salud. BARROS BOURIE, (n. 301), p. 201.

⁴⁰³ En ese sentido, Barros Bourie, señala que la imposibilidad práctica tiene lugar en aquellos casos en que la ejecución en naturaleza es posible, pero inexigible al deudor, porque le supone un esfuerzo carente de toda racionalidad. BARROS BOURIE, (n. 301), p. 202. El profesor Luis Díez-Picazo, señala que la pretensión de cumplimiento está limitada en un doble sentido. Tales limitaciones, que se establecen en la CISG y los PECL, se explican porque estos cuerpos normativos buscan un punto medio entre la solución tradicional del derecho europeo continental, que era el ilimitado reconocimiento de la pretensión de cumplimiento, y las soluciones del common law, que han sido siempre reacias a admitirla. DIEZ-PICAZO, (n. 344), pp. 1571-1572. En ese sentido, Morales Moreno indica que en el common law, no se provee al acreedor de una acción dirigida a exigir el cumplimiento, sino que le ofrece la indemnización pecuniaria de los daños provocados por el incumplimiento. MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006), p. 214. Refiriéndose a esto último, Fernando Pantaleón señala que el common law, en principio, no concede al acreedor la acción de cumplimiento o specific performance, que sólo procede de forma excepcional como remedio in equity. Luego, para explicar esta concepción, señala que esta visión responde a una concepción de 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. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1728.

⁴⁰⁴ MORALES MORENO, (n. 310), p. 67. El profesor Enrique Barros, en esa línea argumentativa, señala argumentos para discutir la acción de ejecución en naturaleza en BARROS BOURIE, (n. 337), pp. 410-414.

⁴⁰⁵ FENOY PICÓN, (n. 352), p. 33.

⁴⁰⁶ VIDAL OLIVARES, (n. 343), p. 277.

⁴⁰⁷ El profesor Morales Moreno explica que esta norma toma en cuenta el supuesto en que el adquirente de bienes o servicios deja de estar interesado en ellos y se abre la interrogante de si el otro contratante puede imponerle o no la ejecución. En principio los PECL conceden el derecho a solicitar la ejecución del contrato,

Y respecto de las obligaciones no pecuniarias o no dinerarias, los PECL⁴⁰⁸ y los Principios UNIDROIT⁴⁰⁹ –de forma análoga- establecen una serie de limitaciones al cumplimiento específico, no pudiendo imponerse al otro contratante cuando exista imposibilidad material o ilicitud; cuando causa al deudor un esfuerzo o gasto no razonable; cuando el cumplimiento consista en la realización de servicios o trabajos de carácter personal o que dependan de una relación personal; cuando la parte insatisfecha pueda razonablemente obtener el cumplimiento por otro medio y cuando la parte insatisfecha no solicita el cumplimiento específico dentro del tiempo razonable después de que hubiera conocido o debiera haber conocido el incumplimiento⁴¹⁰. Por su parte, la CISG en su Art. 46 reconoce el derecho del comprador a exigir del vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, aunque con ciertas limitaciones cuando el cumplimiento en naturaleza se obtiene mediante la reparación o sustitución de la cosa⁴¹¹.

También, es importante señalar –como efecto directo de concebir a la relación contractual no sólo como un conjunto de deberes de conducta del deudor, sino que también orientada a la satisfacción del interés del acreedor- que la pretensión de cumplimiento se ensancha y dentro de ella comprende la reparación y la sustitución de la prestación defectuosa⁴¹², rompiéndose, en cierta medida, la exacta correspondencia entre la pretensión de cumplimiento del acreedor y el deber de prestación del deudor, traspasando los límites estrictos del deber de prestación del deudor⁴¹³. En efecto, en el Nuevo Derecho de la

pero establece límites reconociendo el interés de la otra parte en que no le impongan la adquisición de los bienes o servicios, porque éstos no le interesan, pudiendo en estos casos, exigirse la indemnización, no ya en razón de un incumplimiento contractual, sino que como una vía para encauzar la satisfacción del interés que la ley le priva al contratante. MORALES MORENO, (n. 310), p. 71.

⁴⁰⁸ Cfr. Art. 9:102 (2) y Art. 9:102(3) de los PECL.

⁴⁰⁹ Cfr. Art. 7.2.2 de los Principios UNIDROIT.

⁴¹⁰ MORALES MORENO, (n. 310), p. 72.

⁴¹¹ Morales Moreno señala que el comprador insatisfecho, para pedir la sustitución de la cosa, el incumplimiento debe ser esencial de acuerdo al Art. 46 N°2 de la CISG. Y para pedir la reparación de la cosa, ésta debe ser de carácter razonable de acuerdo al Art. 46 N°3 de la CISG. MORALES MORENO, (n. 403), p. 215.

⁴¹² MORALES MORENO, (n. 11), pp. 34-35. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1731.

⁴¹³ El profesor Morales Moreno, explica que en la concepción tradicional de entender el vínculo contractual y la relación obligatoria, se plantea un problema en cuanto a la recepción de la reparación de la cosa o la sustitución de la misma, ya que estos remedios no se corresponderían con el contenido del deber de prestación. Para dar cuenta de esta situación, Morales Moreno se refiere a los modelos de compraventa del derecho tradicional. El primero de ellos es la venta de cosa específica, en donde el derecho tradicional codificado, no le reconoce al comprador la pretensión de cumplimiento que le permita al vendedor la supresión de los defectos de la cosa, por lo que las cualidades de la cosa en ese esquema, no forman parte del contenido del deber de prestación, ya que el contrato impone al deudor una obligación de dar una cosa y no de hacer, esto es, reparar o sustituir una cosa. Ahora, bien, los defectos de la cosa en la venta específica se encuentran regulados en sistemas especiales de responsabilidad llamados garantía o saneamiento. Sin embargo, tampoco estas garantías o saneamientos atribuyen al comprador el derecho a solicitar la reparación o sustitución de la cosa, lo cual traspasaría los límites de la obligación del vendedor. El segundo modelo, es el

Contratación, junto a la obligación primaria típica del contrato celebrado, el deudor puede tener otros deberes, incluida la subsanación y reparación de la prestación⁴¹⁴ como medidas en las que se concreta la pretensión de cumplimiento del comprador en los casos de falta de conformidad, concepto que integra a la noción unitaria del incumplimiento al que corresponde un único sistema de remedios⁴¹⁵. Esta pretensión de cumplimiento no es aquella entendida de modo tradicional, que exige al deudor el cumplimiento de su deber de prestación, sino que va mucho más lejos, al permitir al comprador obtener in natura la satisfacción de su interés, porque ésta se configura a la medida de ese interés que debe ser satisfecho, pudiendo el comprador imponer al vendedor que repare o sustituya la cosa⁴¹⁶.

La idea de conformidad está presente en la CISG en su Art. 35, al señalar que “*El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato*”, considerándose toda falta de conformidad como una manifestación más del incumplimiento⁴¹⁷. De la misma forma, la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo en su Art. 2.1 indica que “*El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato*”. En caso de falta de conformidad o cumplimiento imperfecto, el Art. 46 de la CISG regula el cumplimiento específico y el acreedor comprador tiene derecho a pedir la reparación de las mercaderías cuando ello sea razonable según las circunstancias del caso o tiene derecho a pedir su sustitución si la falta de conformidad constituye incumplimiento esencial⁴¹⁸. Los Principios UNIDROIT por su parte, en el Art. 7.2.3, establecen que “*El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa*” y en los PECL, en su Art. 9:102 (1), se señala que “*La parte perjudicada tiene derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no pecuniarias y a la reparación del cumplimiento defectuoso de las mismas*”.

de la venta de cosas genéricas, el profesor Morales Moreno señala que no existen obstáculos para conceder al comprador el derecho a solicitar la sustitución de la cosa entregada. No obstante, de acuerdo al perfil tradicional, el comprador no puede exigir la reparación de la cosa, porque ellos traspasaría los límites del deber de prestación del vendedor en la venta de cosa genérica. MORALES MORENO, (n. 380), pp. 191-194.

⁴¹⁴ MORALES MORENO, (n. 310), p. 83.

⁴¹⁵ El profesor Morales Moreno, señala que en el sistema codificado europeo, no se trata el problema de la falta de conformidad como un incumplimiento del vendedor, sino como un supuesto especial de responsabilidad contractual con reglas propias. MORALES MORENO, (n. 389), p. 98.

⁴¹⁶ MORALES MORENO, (n. 380), p. 198.

⁴¹⁷ MORALES MORENO, (n. 403), pp. 210-211.

⁴¹⁸ VIDAL OLIVARES (n. 324), p. 298.

En Chile, no hay una norma general en el C.C que reconozca al acreedor los remedios de reparación o sustitución de una prestación por otra conforme al contrato, aunque sí existen disposiciones que reconocen al acreedor la opción entre la sustitución de la prestación o la indemnización de perjuicios⁴¹⁹. Sin embargo, el Art. 19 de la ley 19.496 sobre Protección a los Derechos del Consumidor reconoce expresamente al acreedor consumidor el derecho a la reposición del producto⁴²⁰ y el Art. 20 del mismo cuerpo legal, le reconoce el derecho al consumidor a solicitar la sustitución o reparación del bien en los casos que señala dicha norma⁴²¹.

4.2.- Remedio resolución por incumplimiento.

La resolución por incumplimiento en el Nuevo Derecho de la Contratación, es un remedio contractual más que tiene a su disposición el contratante afectado por el incumplimiento⁴²² y cuya función económica es permitir al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido para darles otro destino⁴²³. Queda atrás aquella idea de que la resolución es una condición resolutoria tácita cuyo fundamento es una voluntad presunta de los contratantes⁴²⁴. El fundamento último de la resolución es la protección de interés del acreedor que ha quedado insatisfecho frente al

⁴¹⁹ Así lo afirma Álvaro Vidal a propósito del Art. 2002 del C.C en materia de contrato de obra, el cual contempla un caso de cumplimiento defectuoso. Esta norma, reconoce al acreedor –si la alegación fuera fundada- la opción entre la indemnización por los daños o la sustitución de la prestación, es decir, hacerla de nuevo. Si al acreedor se le autoriza a lo más, eso es, la sustitución de la obra, con mayor razón estaría autorizado para lo menos, que es la reparación. Frente a esto, Álvaro Vidal considera que el Art. 2002 del C.C podría estimarse como manifestación de un principio de carácter general y servir de fundamento para la pretensión de sustitución y reparación de las obligaciones de hacer no ejecutadas correctamente. VIDAL OLIVARES (n. 324), p. 297.

⁴²⁰ Art. 19 Ley 19.496 “*El consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso, cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque.*”

⁴²¹ Art. 20 Ley 19.496 “*En los casos que a continuación se señalan, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada.*”

⁴²² MORALES MORENO, (n. 11), p. 43. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1727. SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 119. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 532.

⁴²³ Así lo afirma MORALES MORENO, (n. 11), p. 43. SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 117.

⁴²⁴ Lis Paula San Miguel, propone una revisión de la figura de la resolución en el derecho chileno y español. En cuando al derecho chileno –además de la reubicación- sería necesario sustituir la mención de una condición tácita por otro término que realmente responda a la naturaleza de este remedio. SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 118. Álvaro Vidal, en el mismo sentido, señala que la resolución no es una auténtica condición, porque las condiciones son eventos futuros e inciertos establecidas por las partes de forma expresa en los contratos. El incumplimiento, de esta forma, no puede ser considerado como un evento condicional, porque el cumplimiento es un acto debido y los efectos del incumplimiento no se ponen en movimiento por efecto de una condición, sino por aplicación del contrato o la ley dispositiva. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 532

incumplimiento del contrato, autorizándolo a éste, a aniquilarlo o ponerle término en razón de la frustración definitiva de dicho interés a causa del incumplimiento⁴²⁵. De esta manera, la resolución evita al acreedor riesgos mayores a consecuencia del incumplimiento y le permite mirar hacia adelante sin quedar ligado por un contrato que no le ha proporcionado ni le promete el beneficio esperado⁴²⁶.

En cuanto a los requisitos, la facultad resolutoria –al igual que todos los demás remedios contractuales- presupone o precisa del incumplimiento del contrato sin que sea necesario que éste sea culpable. En otras palabras, el remedio resolutorio no requiere de un incumplimiento culpable del deudor como supuesto de hecho para su ejercicio⁴²⁷. La resolución, por consiguiente, es un efecto del incumplimiento mirado como un hecho objetivo, que procede incluso hasta cuando tenga su causa en un caso fortuito o fuerza mayor⁴²⁸, porque –como señalé anteriormente al referirme a la pretensión de cumplimiento- los efectos del caso fortuito sólo se extienden al remedio indemnizatorio. Esta es la postura seguida por los Principios UNIDROIT en su Art. 7.3.1, que bajo la rúbrica “*Derecho resolver el contrato*”, no hace depender la resolución de la imputabilidad del incumplimiento del deudor, sino que éste debe tener el carácter de esencial⁴²⁹. Y el Art. 7.1.7 (4) del mismo cuerpo legal, que se refiere a la causal de exoneración, de forma expresa señala que “*Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato...*”. Algo similar sucede en los PECL en el Art. 9:301, que regula el derecho a resolver el contrato y se exige que el incumplimiento sea esencial, pero no subjetivamente imputable al deudor⁴³⁰. En Chile –pese a que tradicionalmente se ha señalado que para que opere la resolución se requiere de un incumplimiento culpable- se ha intentado dar una lectura distinta a las normas del C.C que se refieren a la resolución. Así, el Art. 1489 del C.C, contempla al mero incumplimiento como condición, limitándose a emplear la expresión “*no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*”. El precepto

⁴²⁵ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 532

⁴²⁶ BARROS BOURIE, (n. 337), p. 419. VIDAL OLIVARES, (n. 14), pp. 532-533.

⁴²⁷ BARROS BOURIE, (n. 337), p. 419. DIEZ-PICAZO, Luis: *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Navarra, (2005), p. 15. MORALES MORENO, (n. 11), p. 43. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), pp. 1732-1733. SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 137. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 536. VIDAL OLIVARES, (n. 320), p. 122.

⁴²⁸ VIDAL OLIVARES, (n. 320), p. 125.

⁴²⁹ SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 137.

⁴³⁰ SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 138.

citado no exige la culpa del deudor y no hace valoración alguna de la conducta del mismo⁴³¹.

Otro requisito o supuesto de hecho para el ejercicio del remedio resolutorio, es que el incumplimiento contractual tenga la calidad de incumplimiento esencial⁴³² o incumplimiento resolutorio⁴³³. Esto quiere decir, que no cualquier clase de incumplimiento habilita al contratante afectado a solicitar la resolución en virtud del principio de conservación del contrato⁴³⁴, sino que se requiere que dicho incumplimiento sea lo suficientemente grave e importante como para justificar la aniquilación del contrato, vale decir, debe tratarse de un incumplimiento esencial⁴³⁵. La doctrina mayoritaria está de acuerdo con esta solución, pero el problema está en definir cuándo un incumplimiento tiene o no el carácter de grave o esencial; o bien, cuál o cuáles son los criterios que determinarían la gravedad del incumplimiento^{436 - 437}. En ese sentido, profesor Luis Díez-Picazo – analizando la jurisprudencia española al respecto– señala que el incumplimiento esencial está caracterizado por lo siguiente: “la falta de obtención de la finalidad perseguida, la frustración de las legítimas expectativas y la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido”⁴³⁸.

Tratándose del derecho uniforme de los contratos, todos ellos admiten el recurso del remedio resolutorio cuando se está en presencia de un incumplimiento importante o esencial⁴³⁹. En esa línea, el Art. 25 de la CISG dispone que “*El incumplimiento del contrato*

⁴³¹ BARROS BOURIE, (n. 337), pp. 421-422. VIDAL OLIVARES, (n. 14), pp. 536-537. VIDAL OLIVARES, (n. 320), pp. 121-125.

⁴³² VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 533.

⁴³³ MEJÍAS ALONZO, Claudia: “El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011), p. 173. MORALES MORENO, (n. 11), p. 45.

⁴³⁴ MEJÍAS ALONSO, (n. 433), p. 172. MORALES MORENO, (n. 11), p. 45. SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 138. VIDAL OLIVARES, (n. 13), pp. 237-238.

⁴³⁵ BARROS BOURIE, (n. 337), pp. 422-423. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1733. VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 226.

⁴³⁶ MORALES MORENO, (n. 11), p. 45.

⁴³⁷ En Chile, los autores han elaborado una serie de criterios para determinar cuándo un incumplimiento autoriza al acreedor a resolver el contrato. Para una visión panorámica de estos criterios tradicionales, puede verse a MEJÍAS ALONZO, (n. 433), pp. 175-178. PEÑAILILLO ARÉVALO, (n. 5), pp. 406-413.

⁴³⁸ DIEZ-PICAZO, (n. 427), p. 61.

⁴³⁹ SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), pp. 145-146. Lo exigen expresamente la CISG en su Art. 49 (1): “*El comprador podrá declarar resuelto el contrato: (a) si el cumplimiento por el vendedor de cualquier de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituyen un incumplimiento esencial del contrato*”; los Principios UNIDROT en el Art. 7.3.1 (1): “*Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial*”; los PECL en el Art. 9:301 (1): “*Una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte*” y en la PM en el Art. 1199 : “*Cualquiera de las partes de un*

por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. No obstante, no solamente el incumplimiento esencial autoriza a pedir la resolución del contrato. En efecto, el Art. 49 de la CISG se pone en el caso en que existiendo una falta de entrega de las mercaderías, el vendedor haya dejado transcurrir el plazo adicional fijado por el comprador para que procediera a la entrega, o bien, que el vendedor haya manifestado que no efectuará la entrega en dicho plazo (Nachfrist)⁴⁴⁰. De forma análoga al Art. 49 de la CISG, el Art. 64 contempla al remedio resolutorio para el caso que el comprador no pague el precio dentro del plazo fijado por el vendedor o bien, el comprador declara que no va a cumplir⁴⁴¹.

Los Principios UNIDROIT en el Art. 7.3.1 (2) establecen ciertos criterios para determinar si el incumplimiento es esencial, los cuales son: “(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) el cumplimiento estricto de la obligación era esencial dentro del contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”. Y se agrega- al igual que la CISG- otra causa de procedencia de la resolución, que se refiere al caso del plazo suplementario⁴⁴².

Y los PECL también exigen la concurrencia de un incumplimiento esencial en el Art. 8:103, al señalar que “El cumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forme parte de la esencia del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no

contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento, que atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial”.

⁴⁴⁰ SAN MIGUEL PRADERA, (n. 15), p. 150. VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 241.

⁴⁴¹ San Miguel Pradera, (n. 15), p. 151.

⁴⁴² El Art. 7.3.1 (3) de los Principios UNIDROIT señala que “En caso de demora, la parte perjudicada podrá dar por terminado el contrato si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el artículo 7.1.5”.

hubiera podido prever razonablemente ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte". Al igual que la CISG y los Principios UNIDROT, los PECL también contemplan un supuesto de resolución en caso de retraso, de acuerdo a lo previsto en el Art. 8:106 (3)⁴⁴³.

En la doctrina nacional, algunos autores han señalado que en ciertas disposiciones del C.C, se encuentran manifestaciones o tipologías de incumplimiento esenciales en supuestos particulares de resolución⁴⁴⁴. Entre esas disposiciones, la más destacada es la del Art. 1926 del C.C sobre arrendamiento⁴⁴⁵, que dispone en su inciso 2º que *"Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito"*. Este precepto permite relacionar la idea de incumplimiento esencial con la idea de propósito práctico o finalidad económica perseguida por el acreedor, quedando la facultad resolutoria limitada a aquellos casos de incumplimiento que hagan disminuir notablemente la utilidad del contrato para el acreedor por haberse deteriorado el objeto o por haber cesado las circunstancias que motivaron su celebración⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Lis Paula San Miguel, explica que este precepto se ocupa de la comunicación que el acreedor hace al deudor otorgándole un plazo adicional para el cumplimiento, y establece que ante un retraso en el cumplimiento que no revista el carácter de esencial, si el acreedor concede a la otra parte un plazo suplementario de una duración razonable para dar cumplimiento, aquél puede resolver el contrato cuando transcurra infructuosamente el plazo adicional. Adicionalmente, en la misma comunicación del plazo suplementario, el acreedor puede establecer que el contrato quedará automáticamente resuelto si el deudor no cumple con el plazo señalado. San Miguel Pradera, (n. 15), p. 151.

⁴⁴⁴ Así por ejemplo, el Art. 1590 del C.C en materia de pago, confiere la facultad al acreedor de resolver el contrato si la especie o cuerpo cierto debida presente deterioros que provengan del hecho o culpa del deudor o de las personas de quien éste es responsable o ha sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, pero si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios. Es decir, la norma niega la resolución si el incumplimiento es de escasa importancia. MEJÍAS ALONSO, (n. 433), p. 191.

⁴⁴⁵ VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 246.

⁴⁴⁶ VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 246.

4.3.- Remedio indemnizatorio.

En la nueva construcción de la responsabilidad contractual, la indemnización debe ser considerada como un remedio más, entre otros, del incumplimiento contractual⁴⁴⁷. Se le conoce también como responsabilidad en sentido estricto⁴⁴⁸. Este remedio contractual –al igual que los otros- se articula en torno al incumplimiento y tiene su propio supuesto de hecho que le confiere cierta especialidad como remedio de protección del interés del acreedor⁴⁴⁹. La función que cumple este remedio es de reparación o indemnizatoria⁴⁵⁰, por lo que queda atrás la idea de considerar a la indemnización como un castigo o sanción al deudor que no cumple el contrato⁴⁵¹.

Las reglas sobre la indemnización deben propender a dejar intacta la esfera patrimonial y personal del acreedor, limitado al ámbito de protección del contrato, a lo que las partes pudieron razonablemente prever como integrante del mismo⁴⁵². La indemnización de daños es una sola, cuyo objeto es reparar las consecuencias que se siguen para el acreedor del incumplimiento⁴⁵³. Ella comprende el daño efectivamente sufrido por el acreedor a consecuencia del incumplimiento o interés negativo; las expectativas de beneficios que el contrato le habría reportado si se hubiese ejecutado en tiempo y forma debidos o interés positivo^{454 - 455}; y el daño moral⁴⁵⁶.

⁴⁴⁷ MORALES MORENO, (n. 11), p. 47.

⁴⁴⁸ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 181. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), p. 1737. PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 44, fascículo 3, Madrid, (1991), p. 1019. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 537.

⁴⁴⁹ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 538.

⁴⁵⁰ PANTALEÓN PRIETO, (n. 448), p. 1020. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 538.

⁴⁵¹ En Chile, la Corte Suprema, por sentencia de 30 de mayo del año 2011, señaló que la indemnización de perjuicios es una sanción al indicar que “La acción indemnizatoria en el estatuto de la responsabilidad contractual consiste en “la sujeción a la sanción impuesta a un ilícito contractual”, consistente en la reparación de los perjuicios ocasionados”. Sentencia de la Corte Suprema, 30 de mayo del 2011, Sirisa Inversiones Limitada con Propiedades Alaluf Asoc. Limitada, rol N° 5.229-2009, disponible en http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=626988&CRR_IdDocumento=372111. Fecha última visita: 20 de Enero del 2013. Sin embargo, Fernando Pantaleón señala que la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatorio. No tiene una función preventivo-punitiva, porque no trata de castigar los incumplimientos para desincentivarlos. Tampoco tiempo por función la reintegración por equivalente del derecho de crédito. Tampoco tiempo por función la de evitar que el deudor se enriquezca. PANTALEÓN PRIETO, (n. 448), pp. 1020-1023.

⁴⁵² VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 539.

⁴⁵³ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 540.

⁴⁵⁴ BARROS BOURIE, (n. 337), p. 428.

⁴⁵⁵ El interés negativo, como criterio de evaluación de daños contractuales, corresponde aquellos daños que el acreedor sufre con ocasión de la celebración del contrato, principalmente los gastos que implicó la oportunidad de contratar. En cambio, el interés positivo dice relación con los daños resultantes de la infracción del contrato que guardan correspondencia con la esperanza que se tenga sobre la utilidad que la ejecución del contrato representa para el acreedor. Según Juan Ignacio Contardo, el problema de determinar qué interés

En cuanto a la extensión de la indemnización, ésta viene determinada, en primer lugar, por la regla de la previsibilidad como criterio objetivo de imputación de daños⁴⁵⁷; y en segundo lugar por la carga de mitigar las pérdidas⁴⁵⁸. En cuanto a la previsibilidad de los daños al tiempo del contrato, esta regla demarca el ámbito de protección del mismo, ya sea por voluntad de los contratantes o por las circunstancias conocidas o que debía conocer al tiempo de su celebración⁴⁵⁹. Esta restricción a la extensión del daño indemnizable, está prevista en el Art. 1558 del C.C, el Art. 74 de la CISG⁴⁶⁰, el Art.7.4.4 de los Principios UNIDROIT⁴⁶¹ y el Art. 9:503 de los PECL⁴⁶². Y en cuanto a la carga de mitigar las pérdidas, en el Nuevo Derecho de la Contratación, se impone al acreedor afectado por el incumplimiento una serie de cargas de comunicación y de conducta material, debiendo realizar una gestión razonable de los efectos del incumplimiento⁴⁶³. Este deber, aporta un nuevo elemento de equilibrio en el sistema de responsabilidad, ya que el contratante que reclama la indemnización, tiene la carga de reducir el daño⁴⁶⁴ por medio de la adopción de

debe indemnizarse, se presente cuando el acreedor demanda la resolución del contrato, principalmente porque –según la doctrina tradicional– cuando el acreedor demanda la resolución, no puede reclamar los perjuicios de la expectativa del cumplimiento, ya que su intención o interés se reduce a la extinción del contrato, no al cumplimiento. Además, la resolución operaría con efecto retroactivo, por lo que el daño se presenta al momento de perfeccionamiento del contrato y no en la ejecución del mismo, entre otros argumentos. Sin embargo, se argumenta en contra, señalando que la resolución no opera con efectos retroactivos absolutos, ya que los perjuicios se derivan del incumplimiento y no de la celebración del contrato. También, se dice que la indemnización del interés positivo protege los intereses de ambas partes de forma simétrica, garantizando la expectativa de cumplimiento para ambos. CONTARDO GONZÁLEZ, Juan: “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de la resolución contractual” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, N°1, (2011), pp. 87-94.

⁴⁵⁶ BARROS BOURIE, (n. 337), p. 428. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 539.

⁴⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, (n. 448), p. 1021.

⁴⁵⁸ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 540.

⁴⁵⁹ En ese sentido, Álvaro Vidal señala que “En esta materia, adquiere relevancia el curso normal de los acontecimientos, en cuanto éste integra la base del negocio e imputa conocimientos a las partes; de modo que la previsibilidad estaría limitada, primeramente a las pérdidas que por lo ordinario experimentaría un sujeto en la misma posición y circunstancias que el acreedor. Si el incumplimiento produce pérdidas extraordinarias que exceden dicho curso normal, ellas se excluyen de la indemnización, salvo que el acreedor haya informado al deudor al contratar sobre las circunstancias especiales que las hacían previsibles. La explicación de la regla está en el reparto de riesgos que supone la celebración de todo contrato. Si el acreedor no informó a su deudor de tales circunstancias especiales quiere decir que optó por no trasladar al deudor el riesgo de las pérdidas a ellas asociadas”. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 541.

⁴⁶⁰ Art. 74 CISG “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.

⁴⁶¹ Art. 7.4.4 Principios UNIDROIT “La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”.

⁴⁶² Art. 9: 503 PECL “La parte que incumple, sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente”.

⁴⁶³ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 542.

⁴⁶⁴ MORALES MORENO, (n. 403), p. 218.

medidas razonables según las circunstancias⁴⁶⁵. La carga de mitigar las pérdidas se encuentra consagrada expresamente en el Art. 77 de la CISG⁴⁶⁶, el Art. 7.4.8 de los Principios UNIDROIT⁴⁶⁷ y el Art. 9: 505 de los PECL⁴⁶⁸. Sin embargo, en Chile no hay una norma que imponga al acreedor la carga mencionada, aunque puede llegarse a ella sin necesidad de norma expresa, aplicando los criterios de causalidad en materia de incumplimiento y el principio de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos⁴⁶⁹.

En torno al supuesto de hecho del remedio indemnizatorio –al igual que el resto de los remedios- está constituido por el incumplimiento del contrato como hecho objetivo, pero que, además, causa daños al acreedor objetivamente imputables a la falta de cumplimiento del deudor (previsibilidad)⁴⁷⁰ y que dicho incumplimiento, le sea subjetivamente imputable al deudor⁴⁷¹. El problema de la imputación, como supuesto de hecho del remedio indemnizatorio, queda completamente al margen del resto de los remedios contractuales⁴⁷². El sistema tradicional de imputación subjetiva de responsabilidad es aquel basado en la culpa, cuya función precisa es atribuir

⁴⁶⁵ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 542.

⁴⁶⁶ Art. 77 CISG “*La parte que invoque el incumplimiento del contrato, deberá adoptar las medidas que sean razonables atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida*”.

⁴⁶⁷ Art. 7.4.8 Principios UNIDROIT “(1) *La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonable efectuado en un intento por reducir el daño*”.

⁴⁶⁸ Art. 9: 505 PECL “(1) *La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables. (2) El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al intentar mitigar el daño*”.

⁴⁶⁹ Esta es la postura de Álvaro Vidal, quien señala que una norma en Chile que imponga al acreedor la carga de mitigar las pérdidas, sería impensable, porque la indemnización de perjuicio persigue sancionar al deudor que ha incumplido culpablemente. No obstante, se puede llegar a esta carga de mitigar las pérdidas, aplicando los criterios de causalidad en materia de incumplimiento según el Art. 1558 del C.C. De acuerdo a esa norma, el deudor responde, en caso de dolo, por todos los daños que sean una consecuencia inmediata, directa e inevitable del incumplimiento, de manera que la sola exigencia de la causalidad excluiría de la indemnización aquellas pérdidas o daños evitables. Por consiguiente, la rebaja de los daños actuaría antes de aplicar la regla de la previsibilidad del Art. 1558. Por otro lado, también puede llegar a concluirse que el acreedor debe mitigar las pérdidas, no obstante haberse producido el incumplimiento, porque él, del mismo modo que el deudor, debe obrar conforme lo exige la buena fe objetiva y en la actuación de ese principio, debe minimizar las pérdidas que se siguen del incumplimiento. VIDAL OLIVARES, (n. 14), pp. 542-544.

⁴⁷⁰ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 538.

⁴⁷¹ Es decir –en palabras de Fernando Pantaleón- “que el suceso generador del mismo haya de ser puesto a cargo del deudor, conforme a la distribución de los riesgos del incumplimiento expresamente pactada o deducible de las reglas contractuales, o a la supletoriamente prevista por el legislador”. PANTALEÓN PRIETO, (n. 448), p. 1043.

⁴⁷² El profesor Luis Diez-Picazo, explica que la pregunta por la imputación no es necesaria en relación con los restantes remedios contractuales. Para solicitar la pretensión de cumplimiento, la resolución, o la excepción de contrato no cumplido, el problema de la imputación queda totalmente al margen, porque ésta se refiere a los casos o supuestos en que la falta de ejecución o ejecución defectuosa del programa de prestación le son imputables al deudor y por consiguiente, debe resarcir o indemnizar los daños y perjuicios. DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 711.

responsabilidad en sentido estricto al deudor, quien se exonera de ella únicamente cuando prueba la concurrencia de un caso fortuito⁴⁷³. Se debe recordar, que el hecho de que el incumplimiento no requiera la culpabilidad del deudor, no significa que ésta no pueda jugar algún papel en el supuesto específico de alguno de los remedios del incumplimiento, particularmente en el remedio indemnizatorio si está construido sobre la noción de culpabilidad⁴⁷⁴. De todas formas, es necesario reconocer que este sistema tradicional que basa el deber de indemnizar en la culpa del deudor, ha alcanzado, a su vez, un indudable grado de objetivación al apreciarse el elemento culpa de acuerdo a un modelo de conducta exigible⁴⁷⁵ de forma imperativa al deudor en el cumplimiento de la obligación, sin que sea relevante o interese su disposición anímica interna⁴⁷⁶.

Actualmente, en el Nuevo Derecho de la Contratación, el sistema tradicional de imputación de daños provocados por el incumplimiento basado en la culpa, tiende a sustituirse por un sistema más objetivo basado en la delimitación de un ámbito o esfera jurídica de imputación de riesgos⁴⁷⁷. En ese sentido, el deudor asume el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que en esa esfera se localicen y queda obligado a indemnizar al acreedor por el daño producido por ese incumplimiento⁴⁷⁸. Esto se traduce en que todo deudor tiene una esfera de riesgos que necesariamente debe controlar y por cuya concreción no puede ser exonerado⁴⁷⁹. Es, además, un sistema adecuado a la consideración de la

⁴⁷³ Este es el sistema que existe en Chile de acuerdo a los Arts. 1547, 1556 y 1558 del C.C, que instaura el principio de la imputabilidad del incumplimiento a título de culpa del deudor. BRANTT, (n. 39), pp. 392-393. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 545.

⁴⁷⁴ MORALES MORENO, (n. 11), p. 51.

⁴⁷⁵ MORALES MORENO, (n. 11), p. 52. PANTALEÓN PRIETO, (n. 448), p. 1056.

⁴⁷⁶ BRANTT, (n. 258), p. 56.

⁴⁷⁷ MORALES MORENO, (n. 11), pp. 51-52.

⁴⁷⁸ MORALES MORENO, (n. 11), p. 52.

⁴⁷⁹ María Graciela Brantt –a propósito de la exterioridad del caso fortuito- para explicar en qué consiste la idea de asunción de riesgo y esfera de control, señala que “La idea de asunción por el deudor de un riesgo típico, conformado por todo aquello considerado controlable para él al integrar su actividad de cumplimiento, es plenamente concordante con la forma en que, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se explica la responsabilidad del deudor, porque a partir de la idea de reducir los costos derivados del incumplimiento, esta doctrina afirma que la función del derecho de contratos es asignar el riesgo del incumplimiento –y consecuentemente, la responsabilidad- a aquel de los contratantes que se encuentre en mejor posición de controlar dicho riesgo a menor costo. Dicha parte será quien pueda evitar el incumplimiento tomando las medidas adecuadas para impedir que el riesgo se concrete, o bien, la que –aunque no sea capaz de impedirlo- pueda asegurarse contra el acaecimiento de dicho riesgo a un costo más bajo. Pues bien, comúnmente será el deudor quien, desde esta perspectiva, se encuentra en un mejor posición para administrar aquellos riesgos de incumplimiento que se presenten en su actividad de planificación y ejecución de la obligación, a la que el acreedor es ajeno, pudiendo por lo tanto adoptar y hacer uso de los mecanismo idóneos para impedir que el riesgo del incumplimiento se concrete. Así mismo, el deudor es quien a más bajo costo podrá contratar los seguros que sean necesarios para enfrentar una eventual concreción de dicho riesgo, asumiéndolo por consiguiente. De esta forma, se puede apreciar que desde el punto de vista estrictamente económico, aparece también plenamente justificada la idea de poner de cargo del deudor los riesgos surgidos en su actividad de ejecución, pues en relación con dicha actividad, se encuentra en una

vinculación contractual como garantía de satisfacción de un resultado⁴⁸⁰. Dentro del derecho uniforme de los contratos, el Art. 79 de la CISG señala que “*Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad...*”⁴⁸¹, es decir, el deudor responde de cualquier impedimento que se haya producido en el ámbito de su esfera de control y por cuya concreción no puede ser exonerado⁴⁸². En cuanto a los Principios UNIDROIT, el Art. 7.1.7 (1) señala que “*El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control...*” y el Art. 8:108 (1) de los PECL señala que “*Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control...*”.

Vinculado directamente con el punto anterior, la causa de exoneración de responsabilidad en sentido estricto – que como se señaló antes, sólo obsta al remedio indemnizatorio, quedando las demás medidas disponibles para el contratante afectado por el incumplimiento- en este nuevo sistema, se construye a partir de la idea del impedimento fuera de la esfera de control del deudor, recogiendo la teoría de las esferas de control de las partes⁴⁸³. Este es el modelo de atribución y exoneración de responsabilidad que sigue la CISG en el Art. 79, los Principios UNIDROIT en el Art. 7.1.7 y los PECL en el Art. 8:108, que coinciden en que, por regla general, el deudor queda obligado a la indemnización de perjuicios, salvo que acredite que el incumplimiento se debió a un impedimento u obstáculo ajeno a su esfera de control⁴⁸⁴, que razonablemente no era previsible al momento de

condición de control de la que el acreedor carece”. BRANTT, María Graciela: “La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, Valparaíso, (2009), pp. 77-78.

⁴⁸⁰ MORALES MORENO, (n. 11), p. 52. En el mismo sentido María Graciela Brantt, al afirmar que la noción de riesgo en el plano jurídico-contractual apunta a aceptar la posibilidad que la finalidad última perseguida con el contrato, esto es, la satisfacción de los intereses de las partes, no se concrete como consecuencia de diversas circunstancias que puedan presentarse a lo largo de la vigencia del contrato. BRANTT, (n. 479), p. 66.

⁴⁸¹ Álvaro Vidal explica que la versión española de la CISG emplea la expresión “impedimento ajeno a la voluntad del deudor” que corresponde a la traducción literal de la expresión empleada en la versión francesa. En cambio, la versión en inglés emplea la expresión “impediment beyond of his control”, que se traduce al español como “impedimento fuera de su control”, siendo esta terminología más adecuada con la intención de los redactores de la CISG en orden a objetivizar los motivos de exoneración. La expresión en español está cargada de subjetivismo, el cual está ausente de la CISG, la cual prescinde de la voluntad o intención concreta del deudor incumplidor. VIDAL OLIVARES, (n. 345), p. 62. En el mismo sentido PANTALEÓN PRIETO, (n. 447), p. 1060.

⁴⁸² BRANTT, (n. 479), pp. 58-59. MORALES MORENO, (n. 11), p. 52.

⁴⁸³ BRANTT, (n. 479), p. 57. VIDAL OLIVARES, (n. 345), p. 57.

⁴⁸⁴ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 184. Cfr. La primera parte de los Arts. 79 N° CISG, 7.1.7 (1) Principios UNIDROIT y 8: 108 (1) de los PECL.

contratar⁴⁸⁵ y que no puede evitar, ni superar, en sí, ni en sus consecuencias⁴⁸⁶. En el ordenamiento chileno, si bien es cierto, la causal de exoneración de responsabilidad en sentido estricto es el caso fortuito, se han realizado esfuerzo para introducir la noción de impedimento fuera de la esfera de control del deudor, mediante una reformulación de uno de los requisitos del caso fortuito, esto es, la exterioridad⁴⁸⁷.

Por último, el remedio indemnizatorio, dentro de esta nueva visión, no se encuentra subordinado al ejercicio del remedio pretensión de cumplimiento o al remedio resolutorio. En otras palabras, el contratante afectado por el incumplimiento puede ejercer el remedio indemnizatorio de forma autónoma y no necesariamente de forma complementaria al resto de los remedios contractuales. Así lo establece la CISG en el Art. 45 N° 1 letra b y el Art. 61 N° 1 letra b, que prevén expresamente la facultad del acreedor de demandar autónomamente la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual⁴⁸⁸. En igual sentido, cabe mencionar el Art. 7.4.1 de los Principios UNIDROIT, que expresamente señala que *“Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios”*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Art. 79 CISG *“...y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato...”* Morales Moreno explica que en este caso la CISG prevé que un contratante asuma en el cumplimiento del contrato riesgos provenientes de acontecimientos que se producen fuera de su esfera de control. Según este criterio, cada parte asume el riesgo del daño que causa su incumplimiento, proveniente de obstáculos surgidos fuera de su esfera jurídica, que en el momento de la celebración del contrato, eran razonablemente previsibles. MORALES MORENO, (n. 403), p.219. La misma idea está establecida en el Art. 7.1.7 (1) Principios UNIDROIT *“...y, que al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta...”* y el Art. 8:108 (1) PECL *“...y que no puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato...”*.

⁴⁸⁶ Art. 79 N°1 CISG *“...que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”*. Morales Moreno explica que este es el segundo caso en que el contratante asume riesgos provenientes de acontecimientos producidos fuera de su esfera de control. Esta hipótesis se refiere a los riesgos no previsibles en el momento de contratar, porque en ese momento su probabilidad era remota. Aunque el riesgo no sea previsible al contratar, la CISG lo atribuye al deudor, porque la ejecución del contrato impone en ocasiones a un contratante adoptar medidas o soluciones para superar ciertos obstáculos externos que dificultan o hacen más costoso el cumplimiento. MORALES MORENO, (n. 403), pp. 219-220. También contemplan este supuesto el Art. 7.1.7 (1) Principios UNIDROIT *“...o haber evitado o superado sus consecuencias”* y el Art. 8:108 (1) PECL *“...o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias”*.

⁴⁸⁷ Esta es la postura de María Graciela Brantt, quien en las conclusiones de su trabajo señala que *“A partir de todo lo expresado, se puede afirmar que la definición de la exterioridad en el caso fortuito supone necesariamente considerar la distribución del riesgo del incumplimiento realizada por las partes a través del propio contrato. Al celebrarlo, ella fijan un ámbito conformado por los riesgos que cada una asume, de modo tal que todo evento que afecte el cumplimiento y que pertenezca al mismo, no podrá ser calificado como caso fortuito por no cumplir el requisito de la exterioridad. Dicho ámbito de riesgos constituye entonces el punto de referencia que esta exigencia necesita para su definición.* BRANTT, (n. 479), p. 94.

⁴⁸⁸ LÓPEZ DÍAZ, (n. 333), p. 75.

⁴⁸⁹ En Chile, argumenta a favor de la autonomía del remedio indemnizatorio Patricia López, quien proporciona una nueva interpretación de la expresión *“con indemnización de perjuicios”* contenida en el Art.

5.- EL PROBLEMA QUE PLANTEA LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO EN EL CONCEPTO UNITARIO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN.

5.1.- Planteamiento del problema.

Se señaló a lo largo de este Capítulo, que la corriente modernizadora del derecho de las obligaciones llamada Nuevo Derecho de la Contratación, define al incumplimiento contractual como la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato y lo concibe como una noción unitaria, que se caracteriza por lo siguiente: su amplitud, al ser un concepto capaz que abarcar todas y cada una de las manifestaciones que puede adoptar el incumplimiento; su neutralidad, al ser aséptica u objetiva desde el punto de vista de la imputabilidad del deudor y, por lo tanto, la culpa no es un elemento integrante del concepto; el ser expresiva de la insatisfacción de los intereses fundados en el contrato del contratante afectado; y, como consecuencia de las características anteriores, ser presupuesto de todos y cada uno de los remedios contractuales sin excepción, aunque cada uno de ellos tiene sus propios supuestos de hecho específicos. Estos remedios contractuales se articulan en torno a esa noción unitaria de incumplimiento, provocando con ello la existencia de un solo sistema de responsabilidad contractual.

Sin embargo, el profesor Enrique Barros Bourie –luego de indicar que es de extraordinario interés dogmático el propósito de ordenación sistemática de las acciones y remedios sobre la base de un supuesto común, esto es, el incumplimiento- señala que para poder asegurar la generalidad de este enfoque y el enorme progreso que éste representa en el derecho de los contratos, es imperativo poner a prueba y conciliar sus consecuencias con los diversos tipos de obligaciones contractuales⁴⁹⁰. Y es en esta línea, en que el profesor Enrique Barros formula una seria objeción a la concepción unitaria de incumplimiento que propone el derecho uniforme de los contratos, porque la noción jurídica de incumplimiento en cierto tipo de obligaciones de hacer –considera él- no resulta neutra desde el punto de

1489 del C.C. Los argumentos esgrimidos por la autora son: la interpretación lógica y sistemática del artículo 1489 del C.C; la existencia de casos en que la indemnización de perjuicios es el único remedio posible; el derecho de opción del acreedor entre los distintos remedios por incumplimiento en el C.C chileno; el fundamento de la indemnización por incumplimiento contractual; y la finalidad de la indemnización de perjuicios por incumplimiento. LÓPEZ DÍAZ, (n. 333), pp. 85-109.

⁴⁹⁰ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 164.

vista de la imputación subjetiva del deudor y su cumplimiento es inseparable de una apreciación de la conducta del deudor, al igual que los deberes de cuidado extracontractuales⁴⁹¹.

Justifica esta objeción, basado en el hecho de que todos los sistemas jurídicos aceptan la existencia de algunas obligaciones contractuales en que la negligencia es un elemento constitutivo del incumplimiento y no sólo de la responsabilidad en sentido estricto⁴⁹². Este tipo de obligaciones a las que se refiere el profesor Enrique Barros, son las obligaciones de medio, cuyo valor –considera él– supera en mucho la cuestión meramente probatoria⁴⁹³. En ese sentido, las obligaciones de medio plantearían particulares exigencias a la hora de determinar si fueron o no cumplidas en atención a su contenido normativo diferenciado en relación a las obligaciones de resultado⁴⁹⁴.

Este razonamiento, en principio –si se considera al contrato y la relación obligatoria que nace de él como un mero instrumento creador de derechos y obligaciones y el incumplimiento como la no ejecución de esos deberes de conducta asumidos por el deudor– es concordante con lo que se señaló en el Capítulo I de este trabajo, en cuanto a que el hecho específico y generador del incumplimiento de las obligaciones de medio equivale a la falta de cuidado o diligencia requeridos o a la no observancia de deberes de conducta o un estándar de conducta, lo que se traduce en la culpa. Al menos esto es así, en cuanto al cumplimiento defectuoso o imperfecto de esta clase de obligaciones, porque tratándose del incumplimiento total o cumplimiento tardío, no hay conducta que valorar y el hecho generador del incumplimiento opera de la misma forma que en las obligaciones de resultado. Por lo tanto, la diligencia es determinante para la configuración del incumplimiento de una obligación de medio⁴⁹⁵, lo que traería como consecuencia directa, la

⁴⁹¹ Justifica la asimilación con los deberes de cuidado extracontractuales, porque considera que son conceptualmente análogos los deberes de cuidado de un médico que atiende sin contrato en un servicio público, y los de uno que lo hace en una clínica privada en razón de un contrato sin deberes o responsabilidades específicas, ya que en ambos casos se debe actuar con diligencia. Pero de todas formas –agrega– el conjunto de acciones y remedios de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento es mucho más amplio y diferenciado que en el caso de los ilícitos extracontractuales. BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 159-161.

⁴⁹² Incluso en el derecho inglés –afirma el profesor Barros– antiguo paradigma comparado en lo que se refiere al estricto del concepto de cumplimiento, se acepta que ciertas obligaciones, especialmente las que tienen por objeto la prestación de servicios, suponen implícitamente cuidado y destreza razonables. BARROS BOURIE, (n. 17), p. 167.

⁴⁹³ Es decir, para establecer el incumplimiento, al acreedor no le basta con señalar que el resultado no se produjo, sino que además, debe acreditar la culpa del deudor. BARROS BOURIE, (n. 17), p. 172.

⁴⁹⁴ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 172.

⁴⁹⁵ BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 182-183.

imposibilidad de concebir, en este tipo de obligaciones, un concepto neutro de incumplimiento desde el punto de vista de la imputabilidad del deudor. En otras palabras, el incumplimiento de una obligación de medio no es aséptico o neutro, pues requiere de la concurrencia del elemento culpa para su configuración, por lo que no puede ser incluido dentro de la noción unitaria que propone el Nuevo Derecho de la Contratación.

En cuanto a las obligaciones de resultado, el profesor Enrique Barros considera que éstas son adecuadas para la adopción de un concepto neutro de incumplimiento desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor –que sea acorde al propuesto por el Nuevo Derecho de la Contratación- debido a que el cumplimiento en esta clase de obligaciones se identifica con la satisfacción del interés económico inmediato o resultado perseguido por el acreedor⁴⁹⁶. Por consiguiente, el incumplimiento se mira objetivamente desde la perspectiva de la satisfacción del interés del acreedor⁴⁹⁷, y si ese interés, beneficio o resultado no se produce, la obligación puede ser tenida sin más por incumplida⁴⁹⁸, siendo la conducta del deudor irrelevante a efectos de dar por acreditado el cumplimiento⁴⁹⁹ y, consecuentemente, el incumplimiento. Esto es concordante con lo señalado en el Capítulo I, cuando señalé que en las obligaciones de resultado, la culpa no juega rol alguno para dar por establecido el incumplimiento, siendo su hecho generador de carácter objetivo.

Esta objeción formulada por el profesor Enrique Barros –en orden a que el concepto unitario, y por lo tanto objetivo, de incumplimiento contractual sólo es aplicable a las obligaciones de resultado, mas no a las obligaciones de medio- se justificaría además, porque los textos normativos del Nuevo Derecho de la Contratación, esto es, la CISG y los PECL, han tomado como referencia y modelo para su regulación al contrato de compraventa, porque por su simplicidad, ha sido siempre el mejor contrato para explicar la relación contractual y articular un sistema diferenciado de remedios⁵⁰⁰. Y las obligaciones que emanan del contrato de compraventa, indudablemente son obligaciones de resultado, pues el vendedor, cumple su obligación cuando entrega una cosa al comprador que coincide con aquella descrita en el contrato, la cual se identifica además con el beneficio económico directo perseguido por éste y, por otro lado, el comprador cumple su obligación cuando

⁴⁹⁶ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 159.

⁴⁹⁷ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 159.

⁴⁹⁸ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 171.

⁴⁹⁹ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 190.

⁵⁰⁰ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 168.

paga el precio señalado en el contrato, siendo el precio la expresión del beneficio económico buscado por el vendedor al momento de contratar⁵⁰¹.

No obstante ello, considera Enrique Barros, que las obligaciones principales de la compraventa presentan un grado de objetividad no comunicable a algunas obligaciones de hacer, en que el objeto de la obligación es una conducta que sólo mediatamente produce afectación mediata del mundo físico, por lo que no es el efecto beneficioso lo que caracteriza al cumplimiento –como ocurre en una compraventa o en cualquier contrato que sea fuente de obligaciones de resultado- sino la actividad que se orienta a producir ese efecto beneficioso o resultado buscado por el acreedor⁵⁰². En definitiva, el incumplimiento de una obligación de medio, no podría ser definido como la insatisfacción del interés que el acreedor perseguía por medio de la prestación del deudor⁵⁰³.

Concluye su objeción el profesor Enrique Barros señalando que “el modelo implícito de incumplimiento proveniente de la CISG está claramente influido por los negocios de intercambio. Por mucho que ese modelo se preste para explicar la mayoría de las relaciones contractuales, ocurre, sin embargo, que el objeto de la relación contractual puede ser no sólo una cosa o un beneficio prometidos, sino también una conducta del deudor orientada a proveerlos”⁵⁰⁴. Y agrega que “La distinción entre obligaciones de medios y resultado, se ha mostrado fértil para discriminar entre ambos tipos de vínculos contractuales”⁵⁰⁵. Aunque el ilustre profesor, reconoce que la aceptación de la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado no se opone a que el incumplimiento, diferenciado éste en uno y en otro caso, sea el factor común de todos y cada uno de los remedios

⁵⁰¹ El profesor Enrique Barros, explica que en un contrato de compraventa, la objetivización de la prestación conduce a que el cumplimiento de la misma se identifique con la satisfacción del interés económico inmediato perseguido por la parte acreedora. En cuanto a la obligación del deudor, ésta puede ser concebida en esos términos, es decir, se cumple el contrato en la medida que una cosa de las características convenidas en él es entregada de forma oportuna al acreedor. De esta forma, no hay dificultad de definir la obligación del vendedor como una de entregar la cosa y transferir su propiedad, de acuerdo a las condiciones señaladas en el contrato. Así, el incumplimiento se mira objetivamente en la perspectiva de la satisfacción del interés que el vendedor prometió. Además, es sintomático que en las obligaciones de dar, el objeto de la declaración de voluntad, se identifica directamente con la cosa que se debe dar y ésta no se refiere a la conducta que el deudor debe realizar para proveerla al adquirente. BARROS BOURIE, (n. 17), p. 159.

⁵⁰² BARROS BOURIE, (n. 17), p. 168.

⁵⁰³ BARROS BOURIE, (n. 337), p. 418.

⁵⁰⁴ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 168.

⁵⁰⁵ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 189.

contractuales, porque la distinción es relevante para determinar en qué circunstancias una obligación es tenida por incumplida⁵⁰⁶.

En consecuencia, no podría incluirse dentro de la noción unitaria de incumplimiento contractual que postula el Nuevo Derecho de la Contratación a la noción de incumplimiento de una obligación de medio, porque, por un lado, dicho incumplimiento requeriría de la constatación de un hecho generador de carácter subjetivo –la culpa- y por otro lado, el incumplimiento de esta clase de obligaciones no expresaría la insatisfacción del interés o beneficio buscado por el acreedor, ya que tal interés quedaría fuera del contenido normativo de la obligación de medio.

Frente a esta objeción planteada por el profesor Enrique Barros al concepto unitario de incumplimiento contractual, el profesor español Antonio Manuel Morales Moreno, señala que “La cuestión que nos plantea es muy importante. Pues, si no admitimos la unificación y generalización del concepto de incumplimiento, la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado no sólo expresaría la existencia de dos sistemas de prueba del incumplimiento (conforme a la dificultad que la prueba implique), sino también de dos conceptos de incumplimiento y dos sistemas de responsabilidad contractual diferentes”⁵⁰⁷.

Pese a las objeciones formuladas por el profesor Enrique Barros –si se mira a la relación contractual desde una perspectiva más amplia- considero que la noción de incumplimiento de una obligación de medio no impide ni es un obstáculo para construir una noción unitaria del incumplimiento contractual, que sea neutra desde el punto de vista de la imputabilidad subjetiva del contratante incumplidor y que exprese la insatisfacción del interés del contratante afectado por el incumplimiento. Para comprobar esta hipótesis, voy a analizar las características que describen a la noción unitaria del incumplimiento contractual. Estas características son tres: La amplitud, la contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor y el ser un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ BARROS BOURIE, (n. 17), p. 191.

⁵⁰⁷ MORALES MORENO, (n. 19), p. 215.

⁵⁰⁸ FENOY PICÓN, (n. 352), pp. 29-32. MORALES MORENO, (n. 310), p. 56.

5.2.- Amplitud del concepto de incumplimiento.

La noción unitaria del incumplimiento contractual, se caracteriza por ser un hecho amplio, puesto que para establecerlo, basta la simple constatación de la falta de coincidencia entre el objeto ideal –lo idealmente prometido por el deudor- y el objeto real – lo realmente ejecutado por el deudor⁵⁰⁹. El incumplimiento, desde este punto de vista, contempla cualquier manifestación de una posible divergencia entre lo ejecutado por el deudor y lo dispuesto en la regla contractual. De modo que queda incluido el incumplimiento total, abarcando a la imposibilidad de cumplir; el cumplimiento imperfecto o defectuoso; y el cumplimiento retrasado o tardío⁵¹⁰. La amplitud significa también, que el incumplimiento puede serlo de toda clase de obligaciones de un contrato, ya sea de la obligación principal u obligaciones accesorias⁵¹¹, porque el deudor no incumple una o más obligaciones aisladas, sino el incumplimiento es del contrato⁵¹². La amplitud significa, finalmente, que el saneamiento por evicción, cargas ocultas y vicios ocultos se integran en el concepto unitario de incumplimiento contractual⁵¹³, pasando a formar parte de un supuesto general de cumplimiento defectuoso conocido como falta de conformidad⁵¹⁴.

Ahora bien, la noción de amplitud en el concepto unitario de incumplimiento se construye en base a determinada concepción sobre el objeto de la relación obligatoria. En ese sentido, la doctrina española se ha preguntado cuál es el verdadero alcance de la obligación y su objeto⁵¹⁵. Para el profesor Luis Diez-Picazo, la prestación puede ser entendida en dos sentidos: desde el punto de vista tradicional, la prestación es entendida como un comportamiento o conducta efectiva del deudor ya realizada, que se confunde con el pago. Este modo de entender a la prestación es ya un acto solutorio y no el objeto de la obligación, ya que se confunden dos ideas y fases distintas en la relación obligatoria⁵¹⁶. Desde el punto de vista del Nuevo Derecho de la Contratación, la prestación es entendida como aquel comportamiento o conducta del deudor que ha sido, en el momento inicial de la

⁵⁰⁹ VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 233.

⁵¹⁰ FENOY PICÓN, (n. 352), p. 29. El profesor Morales Moreno, señala que una de las consecuencias derivadas de la noción unitaria de incumplimiento, es que el retraso queda sometido a las mismas reglas del incumplimiento, desapareciendo la mora como régimen especial de incumplimiento contractual. MORALES MORENO, (n. 403), p. 212.

⁵¹¹ FENOY PICÓN, (n. 352), p. 29. MORALES MORENO, (n. 310), p. 56. VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 233.

⁵¹² MORALES MORENO, (n. 11), p. 30. VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 233.

⁵¹³ FENOY PICÓN, (n. 352), p. 29. Véase nota 388.

⁵¹⁴ MORALES MORENO, (n. 389), pp. 154-156.

⁵¹⁵ VIDAL OLIVARES, (n. 354), p. 44.

⁵¹⁶ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 270.

constitución de la relación obligatoria, ideal o intelectualmente contemplado o prefigurado. De esta forma, el comportamiento inicialmente proyectado puede ser considerado como el objeto de la obligación. La prestación en ese sentido, es un programa ideal o intelectual de un acontecimiento que se aspira a que sea realidad en un momento posterior^{517 - 518}. El profesor Luis Diez-Picazo, en definitiva, antepone el deber ser antes que la conducta efectiva para contemplar la prestación⁵¹⁹.

En el mismo sentido que Luis Diez-Picazo, el profesor Antonio Morales Moreno –a propósito de la adaptación del código civil español al Derecho Europeo⁵²⁰- se refiere a la transformación del concepto del objeto, señalando que en la obligación genérica, el objeto es siempre el correspondiente al género, es decir, lo que debe ser. Tratándose de las obligaciones específicas, el objeto se puede entender de dos formas: Según una, el objeto es el objeto real, tal cual es, con independencia de que tenga o no las características que conforme al contrato debiese tener. Según la otra forma, el objeto de la obligación no es el objeto real, tal cual es, sino el objeto ideal previsto por las partes; es decir, el objeto real con todas las cualidades que conforme al contrato debe tener. Agrega también Morales Moreno, que este modo de entender el objeto es aplicable tanto a la obligación genérica como específica⁵²¹. Entonces, el objeto de la obligación según el profesor Morales Moreno no es tal cosa, sino que ésta debe ser en conformidad al contrato⁵²², es decir, el objeto ideal.

Esta forma de entender a la prestación, como el objeto ideal o programa proyectado por las partes inicialmente al celebrar el contrato, permite construir el concepto amplio de incumplimiento contractual, pues, como lo señalé antes, el incumplimiento se trata de la falta de ejecución de las exigencias del contrato o la desviación de las obligaciones del contrato producida como consecuencia de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido inicialmente) y el dato real (lo efectivamente ejecutado por el deudor)⁵²³, sea cual sea la manifestación o forma que adopte esa falta de coincidencia y la clase de relación

⁵¹⁷ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 270.

⁵¹⁸ En Chile, plantea algo similar Pablo Rodríguez Grez, quien señala que toda prestación expresa la realización de un proyecto o programa que los contratantes aspiran a alcanzar. Sin embargo, de acuerdo al mismo autor, la prestación se agota en dar, hacer y no hacer, es decir, una conducta no haciendo mención a la garantía de resultado y satisfacción del interés del acreedor. RODRÍGUEZ GREZ, (n. 181), p. 114.

⁵¹⁹ VIDAL OLIVARES, (n. 354), p. 44.

⁵²⁰ MORALES MORENO, (n. 389), pp. 93-141.

⁵²¹ MORALES MORENO, (n. 389), pp. 102-103.

⁵²² MORALES MORENO, (n. 389), p. 103.

⁵²³ DE LA MAZA, (n. 344), p. 221. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 514.

obligatoria de que se trate. De esta manera, se incluyen todas las manifestaciones del incumplimiento en un concepto unitario, incluido el cumplimiento imperfecto, que es sin duda la forma de incumplimiento más compleja frente a la solución de los conflictos entre los contratantes⁵²⁴.

Frente a todo lo dicho en este punto, surge la interrogante sobre cómo o de qué forma se puede manifestar el incumplimiento en una obligación de medio y si esas manifestaciones caben o no dentro de la amplitud de la noción unitaria de incumplimiento.

La respuesta es categórica y ya había sido adelantada en el Capítulo I del presente trabajo. En primer lugar, el incumplimiento de una obligación de medio puede asumir la forma de un incumplimiento total. En este caso, el deudor no ejecuta ninguna de las exigencias del contrato al no realizar acto alguno encaminado a su ejecución. Es el caso, por ejemplo, del contrato de prestación de servicios profesionales médicos, que por regla general es fuente de obligaciones de medio para el médico. El médico no se obliga para con su paciente a curarlo –tal resultado es aleatorio como señalara anteriormente- pero sí a ejecutar todos los actos necesarios y conformes dentro de cierto estándar de conducta diligente encaminados a lograr su curación. Si el médico no ejecuta acto alguno de aquellos inicialmente ideados o proyectados en el contrato como regla contractual (no concurre a operar a su paciente o no realiza ningún examen para determinar diagnóstico y tratamiento), se entiende que hay incumplimiento total de sus obligaciones y por ende, del contrato al no realizar sus exigencias⁵²⁵.

En segundo lugar, el incumplimiento de una obligación de medio puede asumir la forma de cumplimiento tardío, esto es, el deudor ejecuta la prestación inicialmente ideada en el contrato, pero lo hace de forma extemporánea, produciéndose una desviación de los términos o exigencias del contrato al no adaptar su actuación a los plazos fijados en él para ejecutar la prestación. Tomando el ejemplo del contrato de servicios médicos, hay cumplimiento tardío, cuando éste concurre a operar a su paciente, pero lo hace un día viernes, en circunstancias que el contrato señalaba que la operación –en atención a la

⁵²⁴ VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 517.

⁵²⁵ El profesor Morales Moreno, señala que esta manifestación del incumplimiento tiene que ver con el incumplimiento de una obligación de resultado y que equivale a la falta de entrega en una obligación de dar. MORALES MORENO, (n. 19), p. 216.

gravedad del paciente- debía realizarse el día martes de esa misma semana. En ese caso, también hay incumplimiento del contrato sin lugar a dudas.

Y en tercer lugar, el incumplimiento de una obligación de medio puede asumir la forma de cumplimiento imperfecto o falta de conformidad del servicio prestado⁵²⁶. En este caso, el deudor realiza actos encaminados a ejecutar la prestación, pero al comparar el objeto real (lo efectivamente ejecutado) con el objeto ideal (lo inicialmente ideado y proyectado por las partes en el contrato), no existe coincidencia y por lo tanto, se produce la falta de ejecución o desviación de los términos o exigencias del contrato. Tomando otra vez el ejemplo del contrato de prestación de servicios médicos, hay cumplimiento imperfecto, cuando el médico efectivamente concurre a operar a su paciente, pero lo hace no ajustándose, por un lado, a las cláusulas contractuales que determinan la calidad de los servicios que deben ser prestados⁵²⁷ y por otro lado –a falta de tales cláusulas o por la insuficiencia de éstas- a los deberes de conducta exigibles al deudor conforme a un determinado modelo de conducta, frecuentemente conforme a las reglas de la *lex artis*⁵²⁸.

En definitiva, en este apartado se concluye que del examen a las manifestaciones o formas que puede adoptar el incumplimiento de una obligación de medio cuya fuente es el contrato, perfectamente caben dentro de la noción amplia del incumplimiento contractual que postula el Nuevo Derecho de la Contratación, porque todas ellas expresan una falta de ejecución o desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo, producido por falta de coincidencia entre el objeto real o lo efectivamente ejecutado por el deudor y el objeto ideal o plan o proyecto ideal inicialmente contemplado por las partes en el contrato respectivo.

⁵²⁶ MORALES MORENO, (n. 19), p. 217.

⁵²⁷ En este caso, el profesor Morales Moreno considera que los deberes de conducta impuestos por este tipo de cláusulas son también, en principio, obligaciones de resultado. Señala también, que el incumplimiento (probado) de estas cláusulas determina la falta de conformidad de los servicios prestados. MORALES MORENO, (n. 19), p. 217.

⁵²⁸ MORALES MORENO, (n. 19), pp. 217-218. Enrique Barros señala que los profesionales que asumen obligaciones de medio, se entiende que tienen el deber de actuar de acuerdo con la *lex artis* de su actividad, lo que significa que deben actuar de conformidad con los estándares de buen ejercicio profesional. Tratándose de los médicos, el deber esencial de ellos, es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales de acuerdo a un estándar general de diligencia. Por eso, para determinar si se ha empleado el cuidado debido, es necesario comparar la conducta efectiva con la de un profesional competente y diligente. BARROS BOURIE, (n. 7), pp. 663-671.

5.3.- La contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor.

En varias ocasiones se ha señalado que el incumplimiento contractual se define como la falta de ejecución de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Esto significa que el incumplimiento no sólo es una infracción de deberes de conducta asumidos por el deudor⁵²⁹, sino también, se refiere a la falta de consecución de ciertos fines o resultados garantizados por el contrato⁵³⁰. En la doctrina alemana ya se vislumbraba este enfoque, así Karl Larenz señalaba que por ejecución de la prestación no sólo se comprende el comportamiento del deudor encaminado a cumplirla, sino también la obtención de su resultado⁵³¹.

Esta visión del incumplimiento que pone de manifiesto el problema de la insatisfacción del interés del acreedor⁵³², tiene su origen en una nueva concepción del contrato. En efecto, tradicionalmente, en los denominados sistemas continentales, el contrato se concibe prioritariamente como un vínculo que genera deberes⁵³³, o lo que es igual, como una fuente generadora de derechos y obligaciones⁵³⁴. Esta corriente es la seguida por el C.C francés en el Art. 1101 y que posteriormente fue recogida por el C.C chileno en el Art. 1438, cuando define al contrato como una convención generadora de derechos y obligaciones⁵³⁵. En este esquema, el contratante es considerado como un sujeto que promete comportarse de determinada manera, al asumir ciertos deberes de conducta a favor del acreedor. Así, tratándose de las relaciones obligatorias nacidas del contrato, el profesor Morales Moreno, indica que “en la configuración tradicional de los sistemas continentales, se concibe al contratante como un sujeto que promete comportarse de un

⁵²⁹ FENOY PICÓN, (n. 352), p. 29. MORALES MORENO, (n. 19), p. 209.

⁵³⁰ MORALES MORENO, (n. 19), p. 211.

⁵³¹ LARENZ, (n. 364), p. 409.

⁵³² MORALES MORENO, (n. 11), p. 30.

⁵³³ MORALES MORENO, (n. 403), p. 208.

⁵³⁴ El contrato, desde esta perspectiva es una convención obligacional. CORRAL TALCIANI, Hernán: *La definición del contrato en el código civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, Documentos de trabajo, Universidad de los Andes, Santiago, (2001), p. 7.

⁵³⁵ Dicha definición de contrato como convención obligacional, explica el profesor Hernán Corral, es depurada en la tradición del derecho natural racionalista por los juristas franceses del siglo XVIII. Domat y Pothier destacarían los tres elementos del contrato, esto es, pluralidad de partes, acuerdos de voluntades y efecto obligacional. En ese sentido, Domat señaló que “Llámesse convenciones las obligaciones que se forman por el mutuo consentimiento de dos o más personas, que se comprometen a cumplir lo que cada uno ha prometido”. Pothier define al contrato como “una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solamente una de las dos, prometen y se comprometen hacia a la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer alguna cosa” Los codificadores franceses acogieron plenamente este concepto de contrato proporcionado por Pothier, pero cambian la voz “comprometer” por el verbo “obligar” CORRAL TALCIANI, (n. 535), pp. 7-8.

determinada manera o, dicho de otro modo, que se vincula a hacer o no hacer algo...”⁵³⁶. Por esa razón, el incumplimiento se define como la no ejecución de esos deberes de conducta que emanan del contrato.

Sin embargo, esta forma clásica de concebir el contrato, en el siglo pasado comenzó a sufrir un deterioro⁵³⁷, desembocando en una crisis de la Teoría Clásica del Contrato^{538 - 539}. Frente a esta concepción clásica del contrato, emerge el modelo angloamericano, que ofrece una construcción integrada del incumplimiento y sus efectos como consecuencia de adoptar un punto de partida distinto al continental en la forma de entender la vinculación contractual⁵⁴⁰. En dicho sistema, el contratante no se vincula en torno a la promesa de su conducta futura, sino que lo hace en torno a un resultado, porque garantiza la consecución de ese resultado en los términos del contrato⁵⁴¹. El profesor Morales Moreno en ese sentido señala que “En contraste con esa característica de los sistemas continentales, se advierte cómo el Common Law concibe al contrato fundamentalmente como una promesa de garantía de un resultado”⁵⁴².

Esta noción más realista atiende sobre todo al interés de las partes⁵⁴³. Desde esa línea, el profesor Luis Diez-Picazo indica que “La prestación en cuanto a objeto de la obligación no es nunca una entidad abstracta o un fenómeno abstracto, sino que aparece siempre como un cauce de realización de fines y de intereses de tipo empírico o práctico”⁵⁴⁴. Queda de manifiesto con esta visión, que el contrato es un instrumento jurídico complejo, el cual

⁵³⁶ MORALES MORENO, (n. 380), p.196.

⁵³⁷ Deterioro producido—siguiendo al profesor Enrique Barros— por la generalización de las relaciones informales, la creciente importancia de lo que las partes hacen al contratar sobre lo que prometen, la expansión de las relaciones de mero intercambio que sólo de forma metafórica podrían ser calificadas como promesas, la extensión de una responsabilidad por productos defectuosos, que se extiende por igual al ámbito de las relación contractual entre el consumidor y el vendedor final, la masificación de contratos que se materializan en intercambios que no son objeto de negociación sino están sujetos a condiciones generales de contratación, el desarrollo de órdenes públicos de protección en materia de consumidores, de relaciones laborales, entre otros. BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 139-141.

⁵³⁸ Sobre crisis de la teoría clásica del contrato, véase a SOTO COÁGUILA, Carlos: “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 57, fascículo 3, Madrid, (2004), pp. 1148-1186.

⁵³⁹ Pese a ello, el profesor Enrique Barros afirma que hoy en día, la doctrina de contrato es bastante saludable. La razón, es que por un lado, ha abandonado los principios voluntaristas axiomáticos (que carecen de tradición en el derecho y son resultado de una recepción vulgarizada de ideas filosóficas más complejas), haciéndose cargo de incorporar formas típicas de contratación moderna, y por otro lado, valora crecientemente el contrato como regla de conmutatividad consentida y como práctica social que atribuye valor obligatorio a la promesa, además de ser un instrumento esencial para aumentar el bienestar. BARROS BOURIE, (n. 17), pp. 141-142.

⁵⁴⁰ MORALES MORENO, (n. 403), p. 209.

⁵⁴¹ MORALES MORENO, (n. 403), p. 209.

⁵⁴² MORALES MORENO, (n. 380), p. 196.

⁵⁴³ VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 226.

⁵⁴⁴ DIEZ-PICAZO, (n. 39), p. 271.

conecta la autonomía de la voluntad con el ámbito de la libertad de una persona para organizar sus intereses, a través del establecimiento y regulación de relaciones entre personas, creando compromisos concretos encaminados a satisfacer sus respectivos intereses, orientados al intercambio de bienes o servicios, o a la colaboración⁵⁴⁵.

Ello también fluye del concepto de negocio jurídico que proporciona el profesor español Federico de Castro y Bravo, quien lo define como “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”⁵⁴⁶. En la misma línea de Federico de Castro, el profesor Morales Moreno señala que “El negocio jurídico debe ser entendido, siguiendo la idea de de Castro, no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como medio para organizar los particulares sus propios intereses”⁵⁴⁷. De las consecuencias que se extraen de este enfoque –resalta Morales Moreno– resulta que todo negocio jurídico justifica a quienes lo han celebrado un determinado interés que razonablemente aspiran a ver satisfecho⁵⁴⁸. La importancia que tiene el atender al resultado o propósito práctico, radica, por un lado, en poder practicar una valoración jurídica del negocio tal como se presenta en la realidad o, en otras palabras, practicar un control causal del negocio⁵⁴⁹ y, por el otro, para dar todo su alcance a la autonomía de la voluntad⁵⁵⁰. En palabras de Federico de Castro, “se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio”⁵⁵¹.

Agrega Morales Moreno, que el propósito práctico o resultado que se toma en consideración no se limita a las transformaciones jurídicas que el mismo debe producir, lo

⁵⁴⁵ MORALES MORENO, (n. 19), pp. 201-202.

⁵⁴⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, (1985), p. 34. El profesor Morales Moreno, señala que el enfoque realista de Federico de Castro, es el único que puede permitir rescatar al propio concepto de negocio jurídico de los peligros de una excesiva abstracción y ese es el logro de Federico de Castro, el salvar tan precioso legado del pensamiento jurídico moderno, haciendo de él un concepto útil, en lugar de divertido pasatiempo dialéctico de ingeniosos teóricos del derecho, olvidando la primordial función de éste. MORALES MORENO, (n. 370), p. 324.

⁵⁴⁷ MORALES MORENO, (n. 370), p. 325.

⁵⁴⁸ MORALES MORENO, (n. 370), p. 325.

⁵⁴⁹ Morales Moreno señala que en ese control causal, se pone de manifiesto la suficiencia y la licitud de la causa del negocio. Añade también, que este enfoque de Federico de Castro, demuestra la importancia central que tiene el resultado o propósito que se persigue o que se dará con el negocio, porque éste será el que valore el derecho para dar eficacia al negocio. MORALES MORENO, (n. 370), p. 330.

⁵⁵⁰ MORALES MORENO, (n. 370), p. 331.

⁵⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, (n. 546), p. 29.

que en un contrato destinado a crear obligaciones constituirían las obligaciones nacidas de él, sino que va mucho más allá de eso. “Penetra en todo aquello que se ha puesto en juego en el funcionamiento de la autonomía de la voluntad, y llega así a abarcar las presuposiciones básicas que se han tomado en cuenta al celebrar el negocio”⁵⁵².

El propósito práctico que interesa, es aquel que hubiere sido incorporado a la regla contractual de forma explícita o implícita⁵⁵³. Simultáneamente, tal propósito práctico integrado al contrato, permite al intérprete dibujar, para cada caso en particular, el interés del acreedor, que se denomina interés contractual y que el contrato hace objeto de su protección⁵⁵⁴. Ahora bien, la consideración al propósito práctico no implica introducir al contrato simples deseos que quedan en el fuero interno de los contratantes⁵⁵⁵ o las pretensiones individuales que ocultas o expresadas no pasan de ser meras aspiraciones de los contratantes⁵⁵⁶. El intérprete, entonces, al definir este propósito práctico, lo conectará necesariamente con la causa ocasional o concreta del contrato⁵⁵⁷, permitiéndole dar respuesta a la interrogante a qué o cuáles son los resultados prácticos que las partes pretendían alcanzar con el contrato. Para responder esto y atribuirle sentido, es menester la indagación del sustrato económico sobre el que descansa el contrato⁵⁵⁸.

⁵⁵² MORALES MORENO, (n. 370), p. 331. Morales Moreno pone un ejemplo para explicar esto. “Cuando se compra una casa para habitarla, ignorando el mandato de su derribo, estamos en un caso en el que el propósito práctico de este negocio, adquirir una casa habitable, no se puede lograr, y queda insatisfecho, por consiguiente, el interés del comprador. Pero esa insatisfacción no proviene de que el vendedor haya incumplido una obligación nacida del negocio, sino de una errónea presuposición sobre el estado de la cosa, al contratar. MORALES MORENO, (n. 370), pp. 331-332.

⁵⁵³ VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 227.

⁵⁵⁴ VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 228.

⁵⁵⁵ MEJÍAS ALONSO, (n. 433), p. 201.

⁵⁵⁶ Morales Moreno explica que esta dificultad impone separar del supuesto de hecho todo aquello que sea jurídicamente indiferente para caracterizar al negocio. En otros términos, lo que puedan considerarse simples motivos que no tengan el carácter de motivos incorporados a la causa concreta, expresión utilizada por Federico de Castro. MORALES MORENO, (n. 370), p. 332. Federico de Castro señala que “se denominarán motivos o simples motivos todo lo que no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, del resultado práctico o social para el que aparece utilizado. DE CASTRO Y BRAVO, (n. 546), p. 229. Alberto Lyon, señala que “La diferencia que existe entre motivos próximos o motivos del contrato y los motivos remotos o psicológicos es que los primeros sí son parte del acuerdo de voluntad, en circunstancias que lo segundo no. Si estos segundos pasaren a ser parte de dicho acuerdo, lo que se produce, es que han sido elevados a la categoría de sustanciales o esenciales y pasan a formar parte de la causa del contrato. LYON PUELMA, Alberto: “La voluntad virtual derivada de la “naturaleza” del contrato determinada por su causa” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011), p. 222.

⁵⁵⁷ DE CASTRO Y BRAVO, (n. 546), p. 228. MORALES MORENO, (n. 370), p. 332. En Chile, se sostiene que el propósito práctico puede encontrarse en la concepción de causa que recoge el Art 1467 del C.C, que en su inciso 2° indica que “*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato*”. En ese sentido, se utilizaría, ya no para medir la moralidad o legalidad del acto, sino sus efectos. MEJÍAS ALONSO, (n. 433), p. 201. VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 227. ALCALDE, (n. 36), pp. 53-59.

⁵⁵⁸ Álvaro Vida señala que para estos efectos resulta útil la distinción entre lo que es la función del tipo contractual y la función del contrato concreto de cuyos efectos jurídicos se discute. En cuanto a la función del

También, atender al interés negocial de los contratantes en caso de insatisfacción de ese interés –el incumplimiento- permite plantear unitariamente, desde el negocio, el problema de los remedios contractuales⁵⁵⁹. Esto supone una doble ventaja. En primer lugar, la adecuación de todos los remedios contractuales al interés concreto que ha quedado insatisfecho. Esto es lo que permite, por ejemplo, ampliar el remedio pretensión de cumplimiento al acoger como modalidades de éste a los remedios contractuales reparación o sustitución de la prestación no conforme. Y en segundo lugar, aunque cada uno de ellos conserve su propia identidad e independencia, pone en conexión todos los remedios contractuales⁵⁶⁰.

Ahora bien, como señalara anteriormente, el profesor Enrique Barros considera que el incumplimiento contractual que se identifica con la insatisfacción del interés del acreedor, sólo tiene lugar en el caso del incumplimiento de las obligaciones de resultado, porque en dichas obligaciones, el incumplimiento contractual se traduce en la frustración del interés económico directo perseguido por el acreedor y que el deudor se obligó a proporcionar de forma directa e inmediata. En cambio, tratándose de las obligaciones de medio, como el deudor no se obligó a proporcionar de forma directa e inmediata un resultado, el incumplimiento no puede identificarse ni definirse como la insatisfacción del interés negocial del acreedor, porque éste quedaría fuera de la relación contractual.

Sin embargo, si se considera al contrato desde la perspectiva de ser un instrumento que garantiza la obtención de un resultado, la doctrina del propósito práctico es perfectamente aplicable a las obligaciones medio y, por consiguiente, el incumplimiento de éstas manifiesta de todas formas la insatisfacción del interés del acreedor. En efecto, cuando las partes celebran un contrato que es fuente de obligaciones de medio –como por ejemplo, un contrato de prestación de servicios profesionales de un abogado o de un médico- éste sin lugar a dudas está orientado también a la obtención y consecución de ciertos fines o resultados concretos que las partes incorporan de forma explícita o implícita

tipo contractual, ésta está delineada anticipadamente por la propia ley, la que asigna una función económica y social abstracta. En cambio, la función del contrato en concreto, se relaciona con los resultados prácticos propuestos por las partes en cuanto razón de ser del su negocio. VIDAL OLIVARES, (n. 87), pp. 225. ALCALDE (n. 36), pp. 55-46.

⁵⁵⁹MORALES MORENO, (n. 370), p. 336. En el mismo sentido, Jaime Alcalde, quien señala que la insatisfacción del interés del acreedor se presenta como un criterio aglutinador de todo el fenómeno de frustración de fin del contrato y permite estructurar un elenco de remedios en que las categorías tradicionales se desplazan hacia una sede única. ALCALDE SILVA, (n. 36), p. 59.

⁵⁶⁰MORALES MORENO, (n. 370), p. 336. VIDAL OLIVARES, (n. 13), p. 229.

a la regla contractual como propósito práctico. Desde esta perspectiva, nada obsta a que las partes, mediante un contrato que es fuente de obligaciones de medio, busquen satisfacer sus intereses por medio de la ejecución de deberes de conducta del deudor conforme a las exigencias del contrato o conforme a un determinado modelo de conducta diligente exigible.

Mediante ese contrato, las partes organizan, regulan y pretenden satisfacer sus intereses y conseguir un propósito práctico, mediante la obtención de una prestación correcta del servicio de que se trate⁵⁶¹. Por lo tanto, en un contrato que es fuente de obligaciones de medio, la finalidad perseguida o propósito práctico buscado por las partes se satisface mediante la ejecución de las exigencias del contrato que se traduce en la ejecución de una conducta diligente del deudor de acuerdo a las reglas de la *lex artis* o parámetro de conducta impuesto por la actividad o servicio de que se trate, sin que los contratantes hayan incorporado al propósito práctico un determinado resultado⁵⁶². Dicho en términos simples, la prestación correcta del servicio, constituye en una obligación de medio, el propósito práctico buscado por el acreedor y que ha sido incorporado a la regla contractual.

Por otra parte, ese resultado que no se ha incorporado al propósito práctico o finalidad perseguida por los contratantes en un contrato que es fuente de obligaciones de medio –ganar el juicio, curar al paciente- dentro de la doctrina del propósito práctico, correspondería a los simples deseos, aspiraciones o motivos expresados u ocultos que tienen los contratantes y que quedan, por tanto, fuera del propósito práctico y por ende, de la regla contractual. De inmediato surge la siguiente interrogante: ¿por qué ese resultado no integra el propósito práctico y se considera como simples aspiraciones o deseos que el Derecho no estima dignos de tutela. Para expresarlo de forma gráfica, el paciente acreedor o el cliente acreedor, con el contrato celebrado, naturalmente desean y aspiran a obtener la curación o a ganar el juicio respectivamente. No cabe duda de aquello. Esa aspiración y deseo dentro de la terminología de la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, se denomina como resultado, y que en el caso de las obligaciones de medio queda fuera de la prestación y no integra el propósito práctico por

⁵⁶¹ MORALES MORENO, (n. 19), p. 219.

⁵⁶² Así lo afirma María Rodríguez Pinto, respecto de los contratos de prestación de servicios que son fuente de obligaciones de medio. RODRÍGUEZ PINTO, (n. 159), p. 415.

una importante razón, que tiene que ver con el criterio clasificatorio más importante para calificar una obligación como de medio: Dicho resultado –como se indicara en el Capítulo I de este trabajo- es de carácter aleatorio. El contratante deudor, en este escenario, no puede razonablemente asegurar al acreedor la obtención de ese resultado aleatorio -la curación o ganar el juicio-. Sus posibilidades de obtenerlo son menores y no puede garantizarle al acreedor la consecución de tal resultado que está fuera de su alcance. Es por tal razón, que dicho resultado, no forma parte del propósito práctico que se integra a la regla contractual de una obligación de medio⁵⁶³ y por consiguiente, el deudor no se obliga a alcanzarlo. Dicho resultado, siguiendo la definición de negocio jurídico de Federico de Castro, no es digno de quedar bajo la tutela especial del derecho, precisamente por su carácter aleatorio.

Vuelvo a reiterar, esto no quiere significar que tratándose de las obligaciones de medio los contratantes no persigan un propósito práctico o finalidad. Toda declaración contractual, sin distinción alguna, al momento de su nacimiento, está orientada a la obtención de ciertos resultados concretos⁵⁶⁴. Todo negocio jurídico justifica a quienes lo han celebrado un determinado interés que aspiran a concretar⁵⁶⁵. Lo que sucede en las obligaciones de medio, es que el resultado o propósito práctico buscado, se satisface mediante una conducta diligente o la obtención de una prestación correcta del servicio. Ese es el propósito práctico buscado.

En cuanto al incumplimiento de un contrato que es fuente de obligaciones de medio, éste se produce por la no observancia del deber de conducta impuesto por medio de un parámetro o modelo de tal conducta de acuerdo a la diligencia exigible o un estándar de calidad del servicio de que se trate⁵⁶⁶. O dicho de otra forma, se produce el incumplimiento cuando el deudor falta a la diligencia debida conforme a los estándares o la *lex artis* del servicio de que se trate y que las partes han incorporado en el propósito práctico⁵⁶⁷. Entonces, el incumplimiento de una obligación de medio, además de ser definido como la falta de realización de los términos o exigencias del contrato, expresa también, que se ha frustrado el propósito práctico comercial integrado a la regla contractual y buscado por el

⁵⁶³ Sin perjuicio, que los contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, de forma expresa hayan indicado que el deudor se ha obligado a obtener ese resultado y lo hayan incorporado al propósito práctico.

⁵⁶⁴ Así lo afirma Álvaro Vidal. VIDAL OLIVARES, (n. 87), pp. 225.

⁵⁶⁵ MORALES MORENO, (n. 370), p. 325.

⁵⁶⁶ MORALES MORENO, (n. 19), p. 219.

⁵⁶⁷ RODRÍGUEZ PINTO, (n. 159), p. 415.

acreedor mediante la obtención de una prestación correcta del servicio⁵⁶⁸, con la consiguiente insatisfacción del interés que éste tenía. Se concluye de esta forma, que el incumplimiento de una obligación de medio, también puede ser definido –al igual que una obligación de resultado- como la insatisfacción del interés que el acreedor perseguía por medio del contrato.

5.4.- El cumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor.

Que sea neutral el incumplimiento contractual, significa que la culpabilidad del deudor deja de ser un ingrediente necesario del propio concepto de incumplimiento⁵⁶⁹, porque éste se define lisa y llanamente como la no ejecución de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor⁵⁷⁰, sea excusable o no excusable a efectos del remedio indemnizatorio⁵⁷¹. La culpa, en este nuevo sistema de responsabilidad contractual, deja de ser un elemento del incumplimiento, sin que ello impida que pueda serlo de algún remedio, como por ejemplo, el remedio indemnizatorio⁵⁷², aunque como lo señalaba anteriormente, la culpa como factor de imputación subjetiva en el Nuevo Derecho de la Contratación, comienza a ser reemplazada por factores más objetivos, como las esferas de control.

El incumplimiento no requiere culpa, debido a la ampliación de la noción de responsabilidad contractual a otros remedios contractuales diferentes al remedio indemnizatorio, y que, como anteriormente se dejó establecido, no tienen como requisito o presupuesto básico la culpabilidad del deudor, sino que basta el mero incumplimiento como elemento que articula todos y cada uno de estos remedios. Entonces, esta construcción unitaria de la responsabilidad contractual, exige utilizar un concepto de incumplimiento

⁵⁶⁸ MORALES MORENO, (n. 19), p. 219.

⁵⁶⁹ DE LA MAZA, (n. 344), p. 221. MORALES MORENO, (n. 11), p. 20. PANTALEÓN PRIETO, (n. 340), pp. 1720-1721. VIDAL OLIVARES, (n. 14), p. 514.

⁵⁷⁰ MORALES MORENO, (n. 11), pp. 20-21. VIDAL OLIVARES, (n. 343), p. 260.

⁵⁷¹ FENOY PICÓN, (n. 352), p. 32.

⁵⁷² MORALES MORENO, (n. 11), p. 32.

básico que sea objetivo, para que éste pueda ser presupuesto común de cada uno de los remedios⁵⁷³.

Como se puede apreciar, esta noción objetiva de incumplimiento, se construye en base a dos ideas señaladas en los puntos anteriores: La amplitud y la insatisfacción del interés del acreedor. De tal manera que, para calificar un hecho de incumplimiento contractual, basta la divergencia entre lo ejecutado por el deudor u objeto real, y lo dispuesto en la regla contractual u objeto ideal⁵⁷⁴, con la consiguiente insatisfacción del interés contractual, sin importar si la causa es o no imputable al deudor⁵⁷⁵.

Este carácter neutral del incumplimiento permite, por ejemplo, insertar a la doctrina del riesgo dentro del ámbito operativo del incumplimiento. En la compraventa de cosa específica, la diferenciación entre la doctrina del incumplimiento y la doctrina del riesgo tiene lugar en el sistema tradicional de responsabilidad contractual⁵⁷⁶, pero no en el nuevo sistema, porque conforme a este nuevo sistema –siguiendo al profesor Morales Moreno– constituye incumplimiento la falta de ejecución de cualquier clase de obligación, con independencia de si la inejecución es o no imputable al vendedor. En consecuencia, toda pérdida o deterioro casual de la cosa que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación, es riesgo del vendedor, pues la pérdida provoca el incumplimiento de la obligación de entregarla conforme⁵⁷⁷. En esta visión objetiva y unitaria del incumplimiento, no queda espacio para distinguir entre cumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se les aplicaría la doctrina del riesgo⁵⁷⁸.

No obstante, señalaba anteriormente que el profesor Enrique Barros formula una importante objeción a esta noción objetiva del incumplimiento, porque tratándose del incumplimiento de las obligaciones de medio, la culpa sería un elemento constitutivo de dicho incumplimiento, es decir, el incumplimiento implica una conducta culpable del

⁵⁷³ MORALES MORENO, (n. 11), p. 32.

⁵⁷⁴ FENOY PICÓN, (n. 352), pp. 31-32.

⁵⁷⁵ MORALES MORENO, (n. 11), p. 34.

⁵⁷⁶ En el sistema tradicional, en cuanto a la obligación de entregar una cosa vendida específica, se toma en cuenta el estado de ésta al momento de la perfección del contrato y se impone a partir de éste el deber de custodia al vendedor. Si la cosa se pierde o deteriora por causa imputable al deudor, se aplica la doctrina del incumplimiento. Pero si la cosa se pierde o se deteriora por causa no imputable al deudor, se aplica la doctrina del riesgo. MORALES MORENO, (n. 11), p. 33.

⁵⁷⁷ MORALES MORENO, (n. 389), p. 116.

⁵⁷⁸ MORALES MORENO, (n. 389), pp. 116-117.

contratante deudor, por lo que ya no sería un concepto de carácter neutro. Es necesario tener presente que la culpa tendría importancia en los casos de cumplimiento defectuoso de una obligación de medio, porque ahí sería necesario hacer una valoración de la conducta del deudor.

En cambio, tratándose de las obligaciones de resultado, no habría problema en definir el incumplimiento de éstas como un hecho de carácter objetivo, porque el incumplimiento no requiere de un examen o valoración de la conducta del deudor, a diferencia del cumplimiento imperfecto de las obligaciones de medio, sino que basta la sola constatación de que no se ha producido el resultado, siendo el hecho generador del incumplimiento de carácter objetivo. En consecuencia, sería inviable la construcción de una noción unitaria del incumplimiento contractual, porque en cierta clase de obligaciones, el incumplimiento contractual no es de carácter objetivo al requerir la culpa. El profesor Morales Moreno señala que “La objeción es importante, pues pone a prueba al nuevo sistema de responsabilidad contractual”⁵⁷⁹.

Sin embargo, la necesidad de atender a los deberes de diligencia en el cumplimiento de una obligación de medio, no implica que el incumplimiento de tales deberes de conducta deje ser un concepto neutro⁵⁸⁰. En efecto, si se contempla al contrato como un mero instrumento generador de derechos y obligaciones, el incumplimiento de una obligación de medio se definiría simplemente como la no ejecución o la no observancia de un estándar o parámetro de conducta diligente, pues el deudor se obligó simplemente a realizar una actividad de forma diligente. Entonces, el hecho generador del incumplimiento contractual en una obligación de medio bajo, ese prisma, es la culpa o la negligencia.

Pero si se contempla a la relación obligatoria contractual como un instrumento en que los particulares organizan sus propios intereses y garantizan un resultado, la no observancia de los deberes de conducta del deudor de acuerdo a un parámetro de diligencia exigible que integran el propósito práctico en una obligación de medio, no significa otra cosa que la constatación del hecho objetivo del incumplimiento del contrato⁵⁸¹, que tiene lugar cuando se ha constatado una divergencia objetiva entre el programa o proyecto inicialmente ideado

⁵⁷⁹ MORALES MORENO, (n. 19), p. 216.

⁵⁸⁰ Así lo afirma el profesor Morales Moreno. MORALES MORENO, (n. 19), p. 218.

⁵⁸¹ MORALES MORENO, (n. 19), p. 218.

por los contratantes u objeto ideal –la ejecución de la prestación conforme a las exigencias del contrato según sus cláusulas o deberes de conducta- y la conducta efectivamente realizada por el deudor u objeto real –no ejecución de la conducta exigible requerida en el contrato-. La constatación de tal divergencia consiste derechamente en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, lo cual visto desde el punto de vista del contrato que es fuente de la obligación de medio, significa, objetivamente, la falta de conformidad del servicio⁵⁸².

Este incumplimiento, indica igualmente que no se ha producido el resultado buscado por el acreedor mediante la obtención de una prestación correcta del servicio⁵⁸³, es decir, indica que se ha frustrado el propósito práctico que las partes tuvieron en vista para celebrar el contrato, quedando insatisfecho el interés negocial. Ese interés negocial puede quedar insatisfecho por múltiples causas, unas no imputables a la conducta de una parte y también otras imputables a la conducta de ella⁵⁸⁴. Pero el incumplimiento bajo este esquema, no se reduce sólo a las obligaciones que nacen del contrato, sino que es mucho más amplio: Expresa que el interés del contratante afectado ha quedado insatisfecho por no haberse logrado su propósito práctico. Es por ese motivo, que el profesor Morales Moreno, en el ámbito de las relaciones obligatorias nacidas del contrato, prefiere hablar de incumplimiento del contrato, en lugar de incumplimiento de la obligación⁵⁸⁵. Al hablar de incumplimiento de la obligación, es claro que tratándose de las obligaciones de medio éste se va a definir en función a la culpa, pero si la obligación es mirada desde el punto de vista del contrato que le sirve de fuente, y éste a su vez, es entendido un instrumento que garantiza la satisfacción de un resultado querido por el acreedor, el hecho generador del incumplimiento es la insatisfacción del interés del acreedor producido por la desviación de los términos del contrato en su ejecución, se trate de un contrato que es fuente de obligaciones de medio o de resultado, sin atender a la culpa como ingrediente del concepto de incumplimiento.

En consecuencia, el incumplimiento de una obligación de medio –al igual que una obligación de resultado- es un concepto objetivo, que prescinde de la valoración subjetiva

⁵⁸² MORALES MORENO, (n. 19), p. 219.

⁵⁸³ MORALES MORENO, (n. 19), p. 219.

⁵⁸⁴ MORALES MORENO, (n. 370), p. 325.

⁵⁸⁵ MORALES MORENO, (n. 11), p. 30.

de la conducta del deudor, expresando la insatisfacción del interés del acreedor fundado en el contrato. Este razonamiento lleva a concluir que la importancia que reviste la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado no está en materia de cumplimiento e incumplimiento contractual como tradicionalmente se ha señalado, pues el hecho específico y generador del incumplimiento contractual bajo este esquema es el mismo para toda clase de obligaciones que nacen de un contrato. Ese hecho generador es la insatisfacción del interés del acreedor. En torno a ese hecho, es que se articulan todos y cada uno de los remedios contractuales. No obstante lo anterior, la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado sí tiene importancia en materia probatoria, puesto que al contratante afectado, no le basta con probar la existencia del contrato, sino también en caso de cumplimiento imperfecto, debe acreditar que la finalidad perseguida o propósito práctico buscado ha quedado insatisfecho, lo que equivaldría a decir, que debe probar que el deudor no ajustó su comportamiento a un estándar o parámetro de conducta diligente.

Por lo tanto, se concluye del análisis realizado en este Capítulo, que la noción de incumplimiento de las obligaciones de medio, no es ningún obstáculo para admitir la existencia de una concepción de carácter unitaria de incumplimiento contractual y un sistema único de responsabilidad contractual que incluya a las obligaciones de medio, pues se demostró de forma categórica que se ajusta su incumplimiento perfectamente a las principales características que reviste el incumplimiento en el derecho uniforme de los contratos, esto es, el ser una noción amplia, expresiva de la insatisfacción del interés del acreedor y neutra u objetiva desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor.

CONCLUSIONES.

Tras el análisis realizado en este trabajo, luego de exponer el tema fundamental de las obligaciones de medio y de resultado en la doctrina en general y en Chile, así como también el incumplimiento contractual desde la perspectiva del Nuevo Derecho de la Contratación y sus principales consecuencias en el sistema de responsabilidad contractual, se ha concluido que la noción de incumplimiento de las obligaciones de medio, no se opone ni tampoco es incompatible con la noción de incumplimiento que ofrece el derecho uniforme de los contratos –el cual reconoce de forma expresa la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado en el Art. 5.1.4 de los Principios UNIDROTPese a las objeciones formuladas por el profesor Enrique Barros Bourie y respecto de las cuáles se hizo referencia en su oportunidad. En efecto, en el Nuevo Derecho de la Contratación el incumplimiento es considerado como un concepto unitario, que viene caracterizado por tres notas fundamentales, esto es: su amplitud; la contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor; y la neutralidad desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor.

Que el incumplimiento sea un concepto amplio significa que, para establecerlo, basta la mera constatación de la falta de coincidencia entre el objeto ideal –lo prometido por el deudor- y el objeto real –lo efectivamente ejecutado por el mismo-. De tal modo, que dentro del concepto de incumplimiento quedan incluidas todas las manifestaciones que éste puede asumir, cualesquiera que sean las obligaciones incumplidas, incluyendo al cumplimiento imperfecto o defectuoso, respecto del cual tiene aplicación la doctrina de las obligaciones de medio, puesto que en esos casos se hace necesario valorar la conducta del deudor a la luz de un parámetro de conducta diligente.

Por otro lado, que el incumplimiento se defina como la falta de satisfacción del interés del acreedor, significa que éste no solo es una infracción a simples deberes de conducta del deudor, sino que también, se refiere a la falta de consecución de ciertos fines y resultados garantizados por el contrato. Esta idea tiene su origen en una nueva forma de concebir al vínculo contractual, no sólo como un instrumento creador de derechos y obligaciones, sino como algo mucho más amplio, esto es, como garantía de satisfacción de un resultado. En otras palabras, los contratantes, a través del contrato, buscan la obtención

de un propósito práctico, que es incluido a la regla contractual y que permite dibujar en cada caso el interés contractual. Dicho propósito práctico, también es buscado por el acreedor en un contrato que es fuente de obligaciones de medio, asumiendo la forma de una prestación correcta del servicio de que se trate. Es decir, el propósito práctico recae en la ejecución correcta de la prestación tratándose de una obligación de medio, quedando el resultado final fuera de dicho propósito práctico debido a su carácter aleatorio. Consecuencialmente, la no prestación correcta del servicio expresa la frustración del propósito práctico buscado por el acreedor y la consiguiente insatisfacción de su interés.

Finalmente, que el incumplimiento sea un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor, significa que la culpa deja de ser uno de sus elementos, sin importar si la causa del mismo es o no imputable al deudor. La razón de esto, estriba en el hecho que la responsabilidad contractual, en el derecho uniforme de los contratos, no se limita únicamente al remedio indemnizatorio, sino también, comprende otros remedios que tienen como presupuesto básico el mero incumplimiento, sin tomar en consideración la imputación subjetiva del deudor. En cuanto al incumplimiento de las obligaciones de medio, tradicionalmente los autores han señalado que el cumplimiento imperfecto de éstas es inseparable de una apreciación de la conducta del deudor, por lo que para darlo por establecido, es menester recurrir a la noción de culpa o negligencia, por lo que el hecho generador del incumplimiento sería de carácter subjetivo. Consecuencialmente, el incumplimiento en esta clase de obligaciones dejaría de ser una noción objetiva como aquella propuesta por el Nuevo Derecho de la Contratación. Sin embargo, si se contempla a la relación obligatoria desde el punto de vista del contrato que le sirve de fuente, el incumplimiento de una obligación de medio, consiste simplemente en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, al no producirse el resultado esperado por el acreedor, esto es, la prestación correcta del servicio, manifestando con ello que su interés en el contrato ha quedado insatisfecho. En consecuencia, el incumplimiento de una obligación de medio –al igual que el incumplimiento de una obligación de resultado- es un hecho de carácter objetivo.

El principal efecto de este razonamiento es que la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado no introduce un concepto diferenciado de incumplimiento contractual, porque en uno u otro caso respectivamente, el incumplimiento

es un hecho que expresa la insatisfacción del interés del acreedor fundado en el contrato. Por lo tanto, sí es posible construir un sistema unitario de responsabilidad contractual, cuyos remedios contractuales tienen como presupuesto básico y común al incumplimiento contractual, entendido éste como un concepto de carácter unitario, sea cual sea la clase de obligación incumplida, sin importar si es una obligación de medio o de resultado.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABELIUK MANASEVICH, René: *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2003).
- ACOSTA RAMÍREZ, Vicente: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1990).
- ALCALDE SILVA, Jaime: “La causa de la relación obligatoria” en *Estudios de Derecho Civi*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- ALESSANDRI, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Universitaria, Santiago, (1943).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio: *Tratado de las Obligaciones*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2004).
- BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Studio Albornotiana, (1987).
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia: “Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge: “Responsabilidad contractual y los factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva” en *Revista Chilena de Derecho. Vol. 24 N°1*, Santiago, (1997).
- BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2006).
- BARROS BOURIE, Enrique: “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales, en “*Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), Estudios de Derecho Civil III*”, LegalPublishing, Santiago, (2008).

- BARROS BOURIE, Enrique: “La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- BARROS BOURIE, Enrique: “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual” en *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, (2009).
- BRANTT, María Graciela: “La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, Valparaíso, (2009).
- BRANTT, María Graciela: “Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: La delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- BRANTT, María Graciela, VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el Código Civil. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre del 2010” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Volumen 19, N°1, Coquimbo, (2012), disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v19n1/art08.pdf>. Fecha última visita: 20 de Enero del 2013.
- BRANTT, María Graciela: “El caso fortuito: Concepto y función como límite de la responsabilidad contractual” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno: “La acciones del comprador insatisfecho: El cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo: “La recepción Jurisprudencial de la distinción de Obligaciones de Medios/Obligaciones de Resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la Responsabilidad Civil Médica” en *Estudios de Derecho Civil IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial Legal Publishing, Olmué, (2008).

- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo: “La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VI. Responsabilidad médica*, Santiago, (2010). Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/02.PDF. Fecha última visita: 20 de Enero del 2013.

- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo: “La reinterpretación del artículo 1547 del Código Civil chileno: el fin de una antigua presunción” en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N°36, Barranquilla, (2011). Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a06.pdf>. Fecha última visita: 20 de Enero del 2013.

- CLARO SOLAR, Luis: “Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Doctrinas Esenciales, Obligaciones Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Punto Lex, Santiago, (2009).

- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan: “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de la resolución contractual” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, N°1, (2011).

- CORRAL TALCIANI, Hernán: *La definición del contrato en el código civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, Documentos de trabajo, Universidad de los Andes, Santiago, (2001).

- COUTASSE, Alberto, ITURRA, Fernando: *El caso fortuito ante el Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1958).

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, (1985).

- DE LA MAZA, Iñigo: “A propósito del artículo 1861” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).

- DE LA MAZA, Iñigo: “El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011).
- DEMOGUE, René: *Traité des Obligations en Général*. Librairie Arthur Rousseau, París, T.V. (1925).
- DIEZ-PICAZO, Luis: “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 56 fascículo 4, Madrid, (2003).
- DIEZ-PICAZO, Luis: *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Navarra, (2005).
- DIEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial II, relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson Civitas, Navarra, (2008).
- EBERS, Martín: “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de las obligaciones de 2002” en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, volumen 56, Madrid, (2003).
- FENOY PICÓN, Nieves: “El incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del Código Civil de 2009” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011).
- FLORES CARVAJAL, Víctor: *Responsabilidad civil médica*, Metropolitana ediciones, Santiago, (2002).
- FUEYO LANERI, Fernando: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1992).
- GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro: *Responsabilidad Civil Contractual, obligaciones de medios y resultado*, Editorial ConoSur, Santiago, (2002).
- GATICA PACHECO, Sergio: *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (1959).

- GUAJARDO CARRASCO, Baltazar: *Aspectos de la responsabilidad civil médica*, Librotecnia, Santiago, (2002).
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de Obligaciones*, Rivadeneyra, S.A, Madrid, (1960).
- JORDANO FRAGA, Francisco: “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente) en *Anuario de Derecho Civil* tomo 44, fascículo 1, Madrid, (1991).
- JOSSERAND, Louis: *Teoría general de las Obligaciones*, Editorial Parlamento Ltda, Santiago, (2008).
- LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*, T.I, Editorial Revista de Derecho Privado, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, (1958).
- LE TORNEAU, Philippe: *La Responsabilidad Civil Profesional*. Traducción Javier Tamayo Jaramillo, Editorial Legis, Colombia, (2006).
- LOBATO GÓMEZ; J. Miguel: “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado” en *Anuario de Derecho Civil* tomo 45, fascículo 2, Madrid, (1992).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia: “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, (2010).
- LYON PUELMA, Alberto: “La voluntad virtual derivada de la “naturaleza” del contrato determinada por su causa” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- LLAMAS POMBO, Eugenio: *Cumplimiento por equivalente y el resarcimiento del daño del acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, (1999).
- MAZEAUD, Henri: *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Editorial Parlamento Limitada, Santiago, (2008).

- MEJÍAS ALONZO, Claudia: “El incumplimiento contractual y sus modalidades” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. III, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia: “El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011).
- MEZA BARROS, Ramón: *Responsabilidad Civil*, Editorial Edeval, Valparaíso, (1980).
- MEZA BARROS, Ramón: *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones*, décima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2007).
- MORALES MORENO, Antonio: “Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato. Respuesta a Enrique Barros” *Derecho de Daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, (2009).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Evolución del concepto de obligación en derecho español” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico De Castro” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: “El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006).

- MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Adaptación del código civil al derecho europeo: La compraventa” en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, (2006).
- OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario: “El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil” en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 53, Lima, (2010). Disponible en http://www.castillofreyre.com/articulos/tema_fundamental.pdf. Fecha última visita: 20 de Enero de 2013.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 44, fascículo 3, Madrid, (1991).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 46, fascículo 4 Madrid, (1993).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Las Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2003).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “Responsabilidad contractual objetiva” en *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial Legal Publishing, Olmué, (2008).
- PIZARRO WILSON, Carlos: “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, (2008).
- PIZARRO WILSON, Carlos: “Diligencia, incumplimiento y exoneración de responsabilidad. Comentario a sentencia Corte Suprema N° de ingreso 1-771-2007” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).

- PIZARRO WILSON, Carlos: “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- PIZARRO WILSON, Carlos: “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, Valparaíso, (2011).
- PIZARRO WILSON, Carlos: “La influencia del Code en el derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?” en *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Ian Henríquez Herrera y Hernán Corral Talciani editores, Universidad de los Andes, Santiago, (2004).
- POTHIER, Robert: *Tratado de las obligaciones*, Traducción S.M.S, tercera edición, Editorial Araluce, Barcelona, (1878).
- RAMOS PAZOS, René: *De las obligaciones*, Editorial Legal Publishing, Santiago, (2008).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2003).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *Nuevas tendencias de la Responsabilidad*, editorial Abeledo Perrot: Thomson Reuters, Santiago, (2011).
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara: “Incumplimiento y exoneración de responsabilidad en los contratos de servicios. Los lineamientos de la responsabilidad estricta del proveedor” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: “La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno” en *Cuaderno de Análisis Jurídico VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, (2011).
- STITKHIN BRANOVER, David: *El Mandato civil*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, (2008).

- SOTO COÁGUILA, Carlos: “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 57, fascículo 3, Madrid, (2004).
- TAMAYO JARAMILLO, Javier: *Tratado de Responsabilidad Civil T.I*, Editorial Legis, Bogotá, (2008).
- TAPIA SUÁREZ, Orlando: *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Editorial Lexis Nexis, 2º edición, Santiago, (2006).
- TOPASIO FERRETTI, Aldo: *Las obligaciones en el derecho romano*, Edeval, Valparaíso, (1984).
- URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio: “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, (2011).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, Valparaíso, (2000).
- VIDAL OLIVARES, ÁLVARO: “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las Obligaciones y Contratos español” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°16, (2011).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista” en *Revista chilena de derecho*, Vol. 34, N°1, (2007).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Incumplimiento y atribución de responsabilidad en las obligaciones de medio y resultado (A propósito de una sentencia de la Corta Suprema N° ingreso 1.771-2008)” en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La noción de incumplimiento esencial en el código civil” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, Valparaíso, (2009).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Un intento de relectura de las disposiciones del Código

civil sobre incumplimiento en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, Santiago, (2007).

- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).

- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil” en *Estudios de Derecho Civil*, Vol. II, Juan Andrés Varas Braun... [et al], Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, (2011).

- VIDAL OLIVARES, Álvaro: “Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional: Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena” en *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XVIII, N° 1, Valdivia (2005).
Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173713782003>.
Fecha última visita: 20 de Enero de 2013.

- YUSSEF QUIRÓS, Gonzalo: *Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva*, Editorial La Ley Ltda., Santiago, (2000).

- YZQUIERO TOLSADA, Mariano: *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal, teoría general*, Editorial Reus, Madrid, (1989).

ÍNDICE.

Resumen.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN LA DOCTRINA.....	8
1.- CONCEPTOS Y PRESIONES.....	8
2.- DENOMINACIONES.....	11
3.- GÉNESIS Y BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CLASIFICACIÓN.....	12
4.- CRÍTICAS A LA CLASIFICACIÓN.....	15
5.- CRITERIOS DE DETERMINACIÓN O CRITERIOS CLASIFICATORIOS.....	17
5.1.- Criterios legales.....	17
5.2.- Criterios convencionales.....	19
5.3.- Criterios doctrinales.....	20
6.- CAMPO O ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN.....	28
7.- UTILIDAD O IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN.....	30
7.1.- La carga de la prueba del incumplimiento o la culpa.....	30
7.2.- La determinación del cumplimiento e incumplimiento.....	31
8.- OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO EN CHILE.....	32
8.1.- La recepción de la clasificación por la doctrina nacional.....	32
8.2.- Tesis que acogen la recepción de la clasificación que distingue entre obligaciones de medio y de resultado en Chile.....	34
9.- EL ROL DEL ELEMENTO CULPABILIDAD EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y EN LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO.....	48

9.1.- La culpa como hecho generador del incumplimiento en las obligaciones de medio y como factor de imputación de responsabilidad en sentido estricto.....48

9.2.- El hecho generador del incumplimiento en las obligaciones de resultado.....52

CAPÍTULO II. EL CONCEPTO UNITARIO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. EFECTOS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA PROBLEMÁTICA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO.....54

1.- INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO II.....54

2.- LA NOCIÓN TRADICIONAL DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....55

2.1.- La noción tradicional del incumplimiento contractual. Una visión desde la doctrina nacional.....55

2.2.- Efectos o consecuencias que produce la adopción del concepto tradicional de incumplimiento en la responsabilidad contractual.....58

2.3.- Efectos que produce la noción tradicional de incumplimiento contractual en los remedios contractuales.....60

2.3.1.- Efectos en el remedio pretensión de cumplimiento.....60

2.3.2.- Efectos en el remedio resolutorio.....61

2.3.3.- Efectos en el remedio indemnizatorio.....63

3.- LA NOCIÓN UNITARIA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....65

3.1.- Concepto.....65

3.2.- La noción unitaria de incumplimiento. La relación obligatoria y la responsabilidad contractual.....69

4.- EFECTOS DE LA NOCIÓN UNITARIA DE INCUMPLIMIENTO EN LOS REMEDIOS CONTRACTUALES.....73

4.1.- Remedio pretensión de cumplimiento.....74

4.2.- Remedio resolución por incumplimiento.....	80
4.3.- Remedio indemnizatorio.....	85
5.- EL PROBLEMA QUE PLANTEA LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO EN EL CONCEPTO UNITARIO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN.....	91
5.1.- Planteamiento del problema.....	91
5.2.- Amplitud del concepto de incumplimiento.....	96
5.3.- La contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor.....	100
5.4.- El incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor.....	107
CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	115