

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

ALVARO VIDAL O.  
RODRIGO MOMBERG U.  
EDITORES



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

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

CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y EJECUCIÓN FORZADA DEL CONTRATO  
DE LO SUSTANTIVO A LO PROCESAL

Alvaro Vidal O. y Rodrigo Momberg U.  
EDITORES

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

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

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

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

Impresión Salesianos S.A.

IMPRESO EN CHILE

## Presentación

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

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

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

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

# El límite económico como manifestación del principio de mitigación

LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA\*

## I. Introducción

Un contrato con prestaciones de ejecución diferida o bien de tracto sucesivo que expuesto a los vaivenes de la economía y de otros acontecimientos que puedan impedir o dificultar, en mayor o menor medida, el cumplimiento de las obligaciones que de él emanan. En lo que aquí importa, esto significa que el deudor puede ver sensiblemente aumentado el costo de ejecución de sus prestaciones.

En un sistema donde el acreedor carece, salvo excepciones, de la posibilidad de solicitar la ejecución forzada de la prestación, el deudor puede elegir entre (i) asumir el mayor costo y ejecutar la prestación; (ii) incumplir el contrato e indemnizar al acreedor por el incumplimiento; y (iii) proponer la renegociación del mismo. En esta última alternativa, el éxito de la renegociación dependerá del interés de la partes en la conservación del contrato, en particular, del interés del acreedor en la ejecución de la prestación incumplida y de lo que esté dispuesto a pagar por ello<sup>1</sup>.

Por el contrario, en un sistema donde el acreedor (cuando menos teóricamente) tiene la posibilidad de solicitar la ejecución forzada de la prestación, el panorama se complica, pues el deudor deberá ejecutar la prestación, aunque su ejecución se ha tornado más onerosa. Así las cosas, a diferencia de lo que ocurre con la indemnización de perjuicios, que por regla general se limita a los daños previsibles al tiempo

\* Profesora de Derecho civil, Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal, Cienfuegos, 41, Santiago de Chile. Correo electrónico: lsanmar@uahurtado.cl

<sup>1</sup> Sobre los costos de renegociación y su influencia en la ejecución forzada como remedio contractual, creo suficiente con referir dos textos clásicos sobre el argumento, que ofrecen posiciones antagónicas. SCHWARTZ, A. *The Case for Specific Performance*, en *The Yale Law Journal* 89 (1979), pp. 271-306; SHAVELL, Steven, *Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*, en *Texas Law Review* 84 (2006) pp. 831-876.

de contratar<sup>2</sup>, la ejecución forzada de la prestación puede alterar considerablemente la economía del contrato. En vista de esta circunstancia, en algunos países, así como en algunos instrumentos de unificación del Derecho privado, se han ideado algunas herramientas tendientes a hacer menos gravosa la posición del deudor, en particular, se han establecido la llamada excesiva onerosidad sobreviniente (o imprevisión) y el costo excesivo como límite a la ejecución forzada de la prestación, también conocido como *imposibilidad económica* o *inexigibilidad*<sup>3</sup>.

En lo que respecta al llamado *límite económico*, única institución a la cual aludiremos en este caso, éste se presenta como una barrera a la posibilidad de solicitar la ejecución forzada, debiendo el acreedor conformarse con un subrogado de la prestación, o bien, otro remedio contractual. En vista de estos antecedentes, sobre todo en países donde esta figura no ha sido expresamente contemplada, resulta relevante preguntarse por la justificación dogmática del límite en cuestión, a esta tarea nos abocaremos en lo sucesivo; sin embargo, vale la pena adelantar que un análisis comparado evidencia la existencia de dos corrientes fundamentales: (i) una que funda el límite en principio de prohibición de abuso del derecho; y (ii) otra que lo funda en el principio de mitigación. Amén de éstas dos justificaciones, una mención aparte merecen los ordenamientos pertenecientes a la tradición del *Common Law*, donde el costo de ejecución es constantemente utilizado para denegar la petición de ejecución forzada; sin embargo, en tales casos no se trata de un *límite*, sino de un *parámetro* que los tribunales considerarán a la hora de realizar el juicio discrecional que les permite acceder o no a la solicitud de ejecución forzada formulada por el acreedor, que por regla general no procede. En estos ordenamientos, el costo de la prestación es utilizado argumentativamente en diversas maneras: (i) en algunos casos se sostiene la ausencia de real interés del acreedor; (ii) en otros simplemente el hecho de que el costo es desproporcionado en

relación a la economía del contrato, estableciendo un claro símil con la previs como límite a la indemnización de perjuicios; y (iii) en otras, se alude al principio de mitigación, esto es, que el acreedor tenía otras formas de satisfacer su interés<sup>4</sup>.

En lo que sigue, dividiremos el trabajo en tres partes, la primera destinada a un estudio comparado tendiente a ilustrar la manera en que ha sido recepcionado el límite económico en diversos ordenamientos. La segunda, destinada a analizar la relación existente entre el límite económico y el principio de mitigación. Para finalizar unas breves conclusiones.

## II. Reconocimiento expreso o doctrinario del límite económico en algunos ordenamientos nacionales e instrumentos de unificación del derecho privado

### 1. El límite económico al interior de algunos ordenamientos nacionales

#### A. El límite económico en Alemania

El párrafo 275 (2) del BGB dispone: “El deudor puede denegar la prestación si la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigido del deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación”<sup>5</sup>. Según explica de Zimmermann, esta norma contempla el hecho de que el deudor puede negarse a ejecutar la prestación (acogiéndose al sistema de mitigación) para la imposibilidad en dos series de casos: en caso de imposibilidad fáctica y en caso de imposibilidad económica. En este segundo caso, el ejemplo clásico es el caso de un anillo que cuesta €100.- y cae en el fondo de un lago, cuyo dragado cuesta €100.000.<sup>6</sup> El deudor puede negarse a ejecutar la prestación, acogido a la doctrina de la imposibilidad, es decir, no podrá exigir la contraprestación y deberá o no indemnización, dependiendo de si el aumento de costo en la ejecución le resulta o no imputable<sup>7</sup>. Según explica la doctrina alemana, el origen de esta limitación

<sup>2</sup> Sobre el sentido que debe darse a esta expresión, conforme a la historia de la disposición, nos hemos pronunciado en otra sede, a la que nos permitimos reenviar. Vid. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño*, en VARAS, Juan Andrés, TURNER, Susan (coord.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, La Ley – Thomson Reuters, 2014) pp. 649-668.

<sup>3</sup> A decir verdad, la distinción entre ambos institutos no es del todo clara, tanto así que se ha llegado a señalar que corresponderá al juez de la causa determinar si se está en presencia de una u otra figura [VON BAR, Christian, CLIVE Eric (ed.), *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (Oxford, Oxford University Press, 2010) I, p. 7141]. Otros autores, en cambio, han sostenido que la diferencia radica en la *anormalidad de los medios* que en el caso concreto permitiría la satisfacción del interés crediticio: en la excesiva onerosidad, los medios serían más costosos, pero normales (ej. alza del costo de las materias primas), mientras que en el límite económico, los medios serían anómalos (ej. recuperar el bien caído en el mar) [BIANCA, C. Massimo, *Inadempimento delle obbligazioni* (2ª ed., Bolonia, Zanichelli, 1979), pp. 144 y ss.]. Finalmente, hay quienes han propuesto que la diferencia entre ellos está dada por la conservación del interés del acreedor en la prestación: se trataría de excesiva onerosidad en los casos en que el acreedor conserve plenamente su interés en la prestación, se trataría de *imposibilidad económica*, cuando el acreedor haya perdido el interés o bien exista una irrazonable desproporción entre éste y el costo de la prestación [ZIMMERMANN, Reinhard, *The German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives* (Oxford, Oxford University Press), p. 46].

<sup>4</sup> Por todos, vid. BURROWS, Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (Oxford, Oxford University Press, 2004) pp. 456 ss.; DELLA CASA, Matteo, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio* (Giappichelli, 2013), pp. 469 ss.; BERRYMAN, Jef, *Mitigation, Specific Performance and the Property Interest in Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board*, en *Alberta Law Review* (vol. 51:1, 2012) ss.; SEVERIN FUSTER, Gonzalo, *Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento en el Common Law. Perspectiva histórica y aproximación actual*, en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 43, No. 1), pp. 7-37.

<sup>5</sup> Traducción tomada de LAMARCA MARQUÈS, Albert (dir.), *Código civil alemán* (Madrid, Marcial Pons, 2006), p. 83. Un análisis de esta norma puede verse en MARKESINIS, Basil S., UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, *The German Law of Contract* (2ª ed., Oxford – Portland, Hart Publishing, 2006) pp. 413 ss.

<sup>6</sup> ZIMMERMANN, R. (n. 3), pp. 45 y ss.

<sup>7</sup> ZIMMERMANN, R. (n. 3), p. 49.

introducida en el BGB con la reforma del 2002, se encuentra en la postguerra y se justifica en el principio de buena fe, para el cual resulta abusivo que el acreedor exija el cumplimiento de una prestación cuando el costo de la misma se ha elevado considerablemente, en relación con su interés en ella. Sin embargo, la forma en que fue introducida con la reforma del 2002, no evidencia claramente esa justificación, pues ella incorpora un elemento nuevo, esto es, el hecho de que se trata de un derecho del deudor, quien puede preferir ejecutar la prestación, sin hacer uso de la excepción<sup>8</sup>. Sin haber tenido ocasión de profundizar el argumento, estimo que esta solución se debe a que en Derecho alemán no se ha seguido la libertad de elección de remedios por parte del acreedor, sino que la ejecución forzada continúa a tener el carácter de remedio primario, frente a la indemnización de perjuicios; de esta manera, siendo físicamente posible la obligación, el acreedor debe demandar la ejecución forzada, quedando así al deudor la posibilidad de enervar esta acción alegando la *imposibilidad económica*. Precisamente por este motivo, resulta interesante que se hable de abuso del derecho, toda vez que el acreedor no tiene posibilidad real de elegir entre ejercer o no ese derecho, de ahí que su decisión difícilmente pueda calificarse de *abusiva*.

#### B. El límite económico en la reciente reforma al Código francés

El artículo 1221 del Código Civil francés, incorporado con la reciente reforma al Derecho de obligaciones, dispone: “El acreedor de una obligación puede, previa constitución en mora, perseguir la ejecución in natura, salvo que esta ejecución sea imposible o exista una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor y el interés del acreedor”<sup>9</sup>. Según se lee en la exposición de motivos, en la parte relativa al costo excesivo, esta norma es la respuesta a algunas decisiones muy criticadas de la jurisprudencia francesa<sup>10</sup>, en que se había condenado al deudor al cumplimiento *in natura* (en concreto, a la reparación de bienes que habían sido contruidos en disconformidad con el contrato), a pesar del elevado costo del mismo<sup>11</sup>, y constituye una aplicación concreta de la prohibición del abuso del derecho, en el entendido que resulta inequitativo que el acreedor, que puede obtener la satisfacción de su interés mediante la

<sup>8</sup> STÜRNER, Michael, *Il diritto all'esatto adempimento e i suoi limiti nel diritto privato europeo*, en *Persona e Mercato* 14 (2010) disponible en: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2010/11/sturner-diritto-allesatto-adempimento-final.pdf>, accedido el 20/03/2017.

<sup>9</sup> Traducción libre.

<sup>10</sup> Para algunas decisiones en este sentido, *vid.* VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: effets* (Paris, L.G.D.J., 1988), pp. 66 ss.

<sup>11</sup> En particular, cabe recordar el famoso caso de la piscina, en que la Corte de Casación condenó al constructor a demoler una piscina que había sido construida con tres, en lugar de cuatro escalones (*vid.* *R.T.D.C.*, 1984, p. 711). Asimismo, cabe destacar la condena a demoler una casa habitación construida con un desnivel de 33 cm, respecto al plano proporcionado al constructor. *Vid.* *R.T.D.C.*, 2005, p. 596. Esta última sentencia está disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051419>, accedido el 20/03/2017.

indemnización de perjuicios, solicite la ejecución forzada<sup>12</sup>. Con todo, cae que la norma no especifica como condición de operatividad de la misma que el deudor pueda satisfacer su interés por otros medios, ni tampoco las consecuencias del caso en que el aumento de costo (a diferencia del famoso caso de la piscina) deba a una causa imputable al deudor.

#### C. El límite económico en la doctrina italiana

En Italia, la doctrina sostiene opiniones encontradas con respecto a la procedencia de este límite. Así, la doctrina más tradicional, siguiendo a la doctrina alemana, sostiene que el problema del costo excesivo en la problemática atinente a la imposibilidad de ejecución de la prestación. En este sentido, algunos autores sostienen que existe la posibilidad también en aquellos casos en que la ejecución de la prestación con sacrificio que vaya más allá de aquello que puede considerarse que el deudor se obligó a ejecutar. Desde esta perspectiva, el principio de buena fe sirve para justificar el contenido de la obligación del deudor y establecer sus límites, con lo que se hace *inexigible* lo que excede estos límites<sup>13</sup>.

Ahondando más en el límite económico, otro sector de la doctrina italiana es crítico y escéptico en cuanto su procedencia, lo admite sólo en presencia de que configure un abuso. En este sentido, afirma Dellacasa, resulta oportuno el ejercicio de una acción de cumplimiento sólo cuando ésta sea claramente excesiva, en el caso concreto resulta evidente que el acreedor no tiene ningún interés en obtener la ejecución de la prestación y se sirve de este remedio para obtener una ventaja patrimonial ulterior respecto a la que habría obtenido con la correcta ejecución del contrato<sup>14</sup>. Agregando luego que el principio de buena fe justifica el rechazo de la demanda cuando resulta evidente que el acreedor se sirve del remedio para satisfacer un simple capricho o actúa en modo emulativo en perjuicio del deudor<sup>15</sup>. La justificación a esta figura, se encontraría en el principio de buena fe y la prohibición del abuso<sup>16</sup>. Cabe observar que, para este autor, no es suficiente la desproporción entre el interés del acreedor y el costo de la prestación, sino que

<sup>12</sup> *Vid.* “Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 relative à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>, accedido el 20/03/2017.

<sup>13</sup> Sobre el punto, *vid.* BIANCA, C. M. (n. 3), pp. 95 y ss.; D’ANGELO, Andrea, *Buona fede-correttezza e responsabilità del contratto*, en VISINTINI, Giovanna (dir.), *Tratato della responsabilità contrattuale* (Padova, 2009) I, pp. 107 y ss.; PICARO, Raffaele, *L’impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto del deudor* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012), pp. 162 ss.; DELLACASA, Matteo, *Adempimento e nei contratti di scambio* (Turín, Giappichelli, 2013), p. 508.

<sup>14</sup> DELLACASA, M. (n. 13), p. 473.

<sup>15</sup> DELLACASA, M. (n. 13), p. 510.

<sup>16</sup> DELLACASA, M. (n. 13), p. 473.

la ausencia total de interés o un intento de aprovechamiento por parte del acreedor, quien pretende obtener ventajas patrimoniales que exceden la economía originaria del contrato.

#### D. El límite económico en España

En España, la cuestión del límite se ha planteado desde dos perspectivas. Para algunos autores, siguiendo a la doctrina alemana, el problema consiste en determinar si "la dificultad extraordinaria de la prestación se puede considerar como imposibilidad liberatoria"<sup>17</sup>, existiendo planteamientos disidentes al respecto: algunos autores opinan que, sobre la base del principio de buena fe, debe optarse por la respuesta afirmativa, mientras que otros, opinan que la obligación del deudor no debe verse afectada por las variaciones de costos en el cumplimiento<sup>18</sup>. Por su parte, en la doctrina más reciente, se advierte una inclinación hacia la aceptación del límite<sup>19</sup>, la cual cita como ejemplo paradigmático de aplicación práctica, el caso de una empresa minera condenada a restituir el predio en que efectuaba sus operaciones limpio de todo residuo. La limpieza del predio costaba 50 millones de pesetas, mientras que el predio tenía un valor de 116 mil. En el incidente de ejecución de sentencia, el tribunal decide sustituir la condena por la indemnización de perjuicios, avaluada en el valor del terreno. En palabras del Tribunal Constitucional español, la decisión se funda en "que configuraba un abuso de derecho, o un ejercicio antisocial del derecho de propiedad, la pretensión del recurrente de que la Sentencia se ejecutara en sus propios términos por sus desproporcionadas consecuencias; y ante la imposibilidad de esa modalidad de cumplimiento, estableció una ejecución por sustitución o equivalente pecuniario mediante el pago de una indemnización en vez de la entrega de la finca"<sup>20</sup>. Como se dijo, la doctrina española cita este ejemplo como un caso de límite económico al cumplimiento *in natura* de la prestación<sup>21</sup>; con todo, no debe perderse de vista el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones derivadas de contratos, aquí el problema del costo no es sobreviniente al nacimiento de la obligación, sino inicial, por lo demás, en el origen de la misma no ha intervenido la voluntad del deudor, al contrario, el nacimiento de esta obligación se funda en el ejercicio del único remedio

que la ley prevé para proteger el dominio de un propietario no poseedor, la reivindicatoria, y la obligación de restituir es el resultado del éxito de este remedio. En consecuencia, al negar la restitución, lo que el Tribunal más bien hace es la procedencia de la acción reivindicatoria, reemplazándola por un remedio por los derechos personales, cuál es la indemnización por incumplimiento.

#### 2. El límite económico en los instrumentos de unificación del derecho privado con

##### A. Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) y Marco Común de Reglas (DCFR)

En estos dos instrumentos se consagra el límite económico de manera bastante clara, aunque no idéntica.

En los PECL, el límite se contempla tanto para las obligaciones dinerarias, como para las obligaciones pecuniarias, aunque miradas desde distinta perspectiva. Según el artículo 9:101, "Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el deudor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le debe del contrato salvo que: (a) Hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivo esfuerzo o coste. // (b) O no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias". Por su parte, según el artículo 9:103, aplicable a las obligaciones no dinerarias, "el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando: (a) El cumplimiento resulte ilícito o imposible. // (b) Dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables".

En el DCFR, los artículos III.-3:301 y III.-3:302, repiten sustancialmente el contenido del precedente, aunque con algunas variaciones. Así, el artículo III.-3:301, es idéntico al recién citado 9:101. Por su parte, el artículo 9:302, en lo que aquí interesa establece: "el cumplimiento específico no puede ser exigido cuando: (a) el cumplimiento será ilícito o imposible; (b) el cumplimiento impondría un esfuerzo o costos irrazonables... el acreedor no puede reclamar indemnización por las pérdidas o desembolsos derivados del incumplimiento, en la medida que él ha incrementado tales pérdidas o desembolsos insistiendo irrazonablemente en el cumplimiento específico, en las circunstancias que habría podido realizar una operación de reemplazo sin esfuerzos o costos significativos"<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. GARCÍA GARRIDO, Manuel J. y PEDREIRA ANDRADE, Antonio, *El incumplimiento del contrato en el derecho español*, en VACCA, Letizia (ed.), *El contrato inadempnito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo* (Turín, Giappichelli, 1999), p. 322.

<sup>18</sup> GARCÍA, M. (n. 17), p. 322.

<sup>19</sup> MORALES MORENO, Manuel Antonio, *La modernización del derecho de las obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas, 2006), pp. 68 y ss.; GÓMEZ POMAR, Fernando, *El incumplimiento contractual en Derecho español*, en *InDret* (3/2007) p. 16; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias* (6ª ed., Madrid, Thomson - Civitas, 2008), II, pp. 775.

<sup>20</sup> Sentencia nº 194/1991 de Tribunal Constitucional Español, Sala 1ª, 17 de Octubre de 1991. Consultada en [www.VLex.com](http://www.VLex.com).

<sup>21</sup> MORALES, M. (n. 19), pp. 68 y ss.

<sup>22</sup> Traducción libre. En su versión original e íntegra, la norma establece: III.-3:302: Enforcement of primary obligations.

(1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money.  
 (2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation.

(3) Specific performance cannot, however, be enforced where: (a) performance would be unlawful or

En los comentarios de ambos textos, no se encuentran reflexiones acerca del fundamento de los mismos, limitándose a explicar algunos ejemplos que permiten ilustrar la regla. En particular, el caso más ilustrativo es el del yate que se hunde a gran profundidad, resultando irrazonablemente costoso sacarlo a flote, en tal caso, el acreedor quedaría impedido de exigir tal esfuerzo para el cumplimiento de la obligación<sup>23</sup>.

### B. Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)

En el contexto latinoamericano, aunque distantes en cuanto a su formulación, ideas similares a las antes expuestas se contienen en los PLDC. En efecto, al igual que en los PECL y el DCFR, se distingue entre obligaciones dinerarias y obligaciones no dinerarias, artículo 93, inciso 1 y 2, respectivamente; sin embargo, en el primer caso, no se pone límite alguno a la exigibilidad de la prestación. En el segundo caso, en cambio, se excluye el cumplimiento específico en dos situaciones: (a) cuando el cumplimiento sea imposible (...); (b) (...) cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela<sup>24</sup>.

Actualmente, no contamos con comentarios o exposiciones de motivos relativas a este articulado, con lo cual no puede saberse cuál fue la fundamentación de los redactores de la norma tuvieron en consideración al momento de su formulación.

## III. El costo excesivo como límite a la exigibilidad de la prestación y su relación con el principio de mitigación

### 1. Posibles justificaciones para la existencia del límite

Según se ha dicho antes, el límite económico ha sido frecuentemente visto como una manifestación de la prohibición de abuso del derecho. Así se indica expresamente por el legislador francés en la exposición de motivos del artículo 1221 y así lo sostiene la doctrina alemana, a pesar de que en este caso el límite es más bien un derecho para

ble; (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it.

(4) The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance.

(5) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense.

<sup>23</sup> VON BAR, C., CLIVE, E. (n. 3), p. 831.

<sup>24</sup> Agradezco al profesor Carlos Pizarro la gentileza de haberme proporcionado la versión más actualizada de estos principios, que todavía se encuentran en preparación.

el deudor, toda vez que al acreedor no está permitida la libre elección de re Asimismo, si bien en Chile no se ha estudiado en profundidad el límite en c también en la doctrina nacional hay quien sostiene él encontraría su justifica la noción de abuso del derecho<sup>25</sup>.

Efectivamente, cuando menos en Chile, la noción de abuso del derecho ha grimida como un parámetro para determinar el correcto ejercicio de los mec: de tutela del acreedor, sobre todo en un escenario de libertad de elección todo, estimo que esta justificación no se condice con los requisitos de oper: que los diversos ordenamientos han puesto al límite económico en análisis. I to, de abuso del derecho cabe hablar en casos en que la acción de cumplim utilizada para desviar el programa obligacional, ya sea porque el acreedor l de modo emulativo, sin tener ningún real interés en la prestación, o bien, pretende obtener beneficios a los que normalmente no tendría derecho, de al programa contractual. Sin embargo, estos requisitos no aparecen con tanta en los ordenamientos que consagran el límite; así, en los proyectos de unifica: derecho privado europeo, el interés del acreedor ni siquiera aparece menciona su parte, en aquellos en que sí aparece, por sí solo no es suficiente para dar oq dad al límite. En Alemania, el límite se configura como un derecho de libre c para el deudor, con lo cual no basta la ausencia de interés, es necesario que el se decida a invocarla<sup>27</sup>. En Francia, la exposición de motivos afirma que el lín cuando existen otros medios de tutela del interés del acreedor, es decir, aunq establezca el texto legal, el punto de partida no es la mera ausencia o escasa im cia del interés crediticio, sino que es necesaria la posibilidad de satisfacer dicho mediante otros mecanismos de tutela. Finalmente en los PLDC, el límite apa presamente condicionado a que el acreedor pueda satisfacer su interés con otr de tutela. En lo que atañe a nuestro medio, la configuración de abuso del en esta sede ha sido diseñada de manera todavía más exigente, pues se ha con la exigencia del llamado *animus nocendi*; en efecto, la doctrina que se ha ocup

<sup>25</sup> Es el caso de LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la c. de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual*, en *Revista Chilena de Derecho* . 82012), p. 15; PIZARRO WILSON, Carlos, *Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento d en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1 (2014), pp. 213. Con todo, cabe señalar c autores optan por esta vía atendido que ella aparece como más cercana a la forma de razonar de nues nales, a pesar de reconocer la relación entre el límite aquí estudiado y la regla de minimización del d gestión razonable de los remedios para el incumplimiento. *Vid.* LÓPEZ, P. pp. 15 y ss.; PIZARRO, C.

<sup>26</sup> LÓPEZ, P. (n. 25), *passim*.

<sup>27</sup> Ciertamente, desde el punto de vista procesal, el límite económico se presentará siempre como una pues implica una defensa del deudor frente a la demanda del acreedor; sin embargo, esto no sí constituya un derecho del deudor, pues, dependiendo de las facultades que el ordenamiento le rec juez podría actuar de oficio. En Alemania, en cambio, esta última posibilidad está desde luego vedad que la decisión de invocar el límite corresponde exclusivamente (en calidad de derecho) al deudor.

argumento identifica como presupuestos del abuso del derecho de opción del acreedor los siguientes: a) ejercicio del derecho de opción por el acreedor; b) intención de lesionar el interés contractual del deudor; y c) lesión del interés contractual del deudor<sup>28</sup>. Es decir, el abuso del derecho justifica el límite económico cuando la ejecución forzada es instrumentalizada para obtener fines ajenos al programa contractual, en particular, la intención de lesionar el interés contractual del deudor, cuestión que, me parece, excede los contornos del citado límite.

En vista de lo anterior, creo que el costo excesivo de la prestación como límite a la ejecución forzada de la misma, guarda mayor relación con el ejercicio razonable (esto es, económicamente eficiente) de los remedios que el ordenamiento provee ante el incumplimiento, es decir, se condice mejor con el llamado *principio de mitigación*. En efecto, en su formulación más generalizada, y aunque no se diga expresamente en los textos legales, el mencionado límite exige para su operatividad la existencia de otros mecanismos mediante los cuales el acreedor esté en grado de satisfacer su interés, es decir, exige la presencia de una pluralidad de remedios satisfactorios del interés crediticio, estableciendo que, entre todos ellos, se preferirá aquel que guarde un mayor equilibrio en la relación “costo (de ejecución) – beneficio (para el acreedor)”<sup>29</sup>; en síntesis, se trata de un criterio de *eficiencia económica*, precisamente el sustrato básico del principio de mitigación. En lo que sigue intentaré demostrar la efectividad de esta afirmación.

## 2. El principio de mitigación, algunas aplicaciones concretas

En el contexto de una relación obligatoria preexistente, el principio de mitigación indica la necesidad en que se encuentran deudor y acreedor de realizar esfuerzos razonables dirigidos a minimizar las consecuencias de acontecimientos sobrevenidos en la relación obligatoria, especialmente del incumplimiento, independientemente de si éste es o no imputable al deudor<sup>30</sup>. La expresión *principio de mitigación* corresponde

<sup>28</sup> LÓPEZ, P. (n. 25), p. 37.

<sup>29</sup> Nótese que esta afirmación es válida incluso para el caso de Alemania, en que el límite se configura como una imposibilidad sobreviniente, toda vez que ésta también da lugar a la configuración de otros remedios: la resolución para el caso que sea inimputable y la indemnización para el caso en que sí lo sea. La gran diferencia entre este sistema y el diseñado en los demás ordenamientos que recogen el límite, es que en Alemania ha sido el mismo legislador quien ha definido los mecanismos de tutela idóneos al caso, mientras que en los demás cuerpos normativos la elección del remedio más idóneo queda entregada al acreedor. Sin que sea esta la sede apta para pronunciarse sobre cuál es el mejor método, cabe sólo señalar que el sistema alemán no deja lugar a incertidumbres jurídicas, mientras que el sistema de libre elección deja abierta la incertidumbre derivada del hecho de que el acreedor puede equivocarse en la elección del remedio y, en tal caso, es necesario establecer si el juez tiene facultades para enmendar el rumbo de la acción o si, por el contrario, debe simplemente rechazar la demanda, con la consiguiente indefensión del acreedor.

<sup>30</sup> “The duty to mitigate is a universally accepted principle of contract law requiring that each party exert reasonable efforts to minimize losses whenever intervening events impede contractual objectives”. Cfr. GOETZ Charles J., SCOTT

a una importación desde el sistema del *Common Law*, donde se reconstruye la aplicación. En nuestro sistema, en cambio, no se ha desarrollado un sistema autónomo, sin perjuicio de que es posible identificar una serie de reglas legales y doctrinarias, que corresponden a derivadas del Principio de Mitigación, tanto, la importación de este principio, más que soluciones propiamente sistemáticas al conjunto aislado de reglas que con él se relacionan. El principio de mitigación se presenta como un *paraguas* bajo el cual se cobijan reglas dirigidas a gobernar el comportamiento que las partes deben tener lo que podemos llamar la *frustración o perturbación del programa contractual*, sido abordadas por la doctrina, aunque no necesariamente tienen amplia práctica. Todas ellas tienen un mínimo denominador común: el intento de minimizar las consecuencias de los advenimientos negativos, que alteran las condiciones normales de desenvolvimiento del plan obligacional.

En tal sentido, pueden mencionarse: a) la regla de evitación y mitigación de daños, la aceptación de una operación de reemplazo ofrecida por la parte incumplidora, y el deber de aviso frente al caso fortuito o fuerza mayor.

### A. La regla de evitación y mitigación de daños

No cabe duda que el núcleo del principio de mitigación está dado por la regla de evitación o mitigación de daños, tanto que alguna doctrina tiende a identificar esta regla, el acreedor víctima de un incumplimiento, así como la víctima de un hecho extracontractual, está en la necesidad de adoptar las *diligencias razonables* para evitar o mitigar las consecuencias derivadas del hecho lesivo. La consecuencia de no adoptar estas medidas es que no podrá obtener el resarcimiento integral pues, en la medida en que hubiera podido evitarse o mitigarse, el daño se imputa a las partidas indemnizatorias. Según he sostenido en otra sede, en materia de responsabilidad, estamos frente a una carga de diligencia consigo mismo, cuya infracción es *autorresponsabilidad*, esto es, la imposibilidad de traspasar a un tercero (en el caso del deudor) el costo de la propia negligencia y, por lo mismo, se aplica tanto al hecho contractual como extracontractual<sup>31</sup>. En lo que respecta a la responsabilidad contractual, esta regla implica que, frente al incumplimiento, el acreedor debe adoptar una actitud diligente y razonable que, en la medida de lo posible, le permita salvaguardar de los efectos nocivos del incumplimiento. Desde otra perspectiva significa que el acreedor, a la hora de perseguir la satisfacción de su interés en el caso del deudor, deberá tener la posibilidad de optar entre los diversos medios de remedios para el incumplimiento, pues, de lo contrario, sus intentos por

Robert E., *The Mitigation Principle: Toward a Theory of Contractual Obligation*, en *Virginia Law Review* (sept. 1983) VI, p. 967.

<sup>31</sup> Ampliamente sobre esta figura, *vid.* SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. *La carga del perjudicado de evitar el daño* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012), *passim*.

las consecuencias del mismo pueden verse banalizados, como ocurriría, por ejemplo, si frente a un incumplimiento parcial, cubierto por una operación de reemplazo, el acreedor se viera luego obligado a exigir la ejecución forzada de la prestación o, peor aún, la resolución del contrato, con la consiguiente restitución de lo correctamente ejecutado. Así las cosas, la evitación o mitigación de daños, a pesar de su nombre, no interactúa sólo con la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento, sino que se relaciona con el correcto y razonable ejercicio de los remedios por parte del acreedor. Visto desde esta perspectiva, se aprecia claramente la estrecha relación entre el principio de mitigación y la improcedencia de exigir el cumplimiento *in natura* cuando el interés del acreedor puede ser satisfecho por otros medios considerablemente menos onerosos.

### B. Deber de aviso ante la ocurrencia de un caso fortuito

Esta regla se refiere al suceso inesperado de un caso fortuito, que impide el cumplimiento de la obligación, pero que no ha llegado a conocimiento del acreedor. En tal caso, con el fin que el acreedor adopte las medidas de resguardo, es decir, mitigue las consecuencias del incumplimiento, el deudor debe dar noticia del hecho al acreedor. Si no lo hace, será responsable de los daños que el acreedor hubiera podido evitar. Como se aprecia, en este caso, el principio de mitigación va más allá de una mera carga, dando lugar a un deber propiamente tal, de ahí que la justificación de la regla no se encuentre en la idea de autorresponsabilidad, sino precisamente en la buena fe contractual, que impone deberes de conducta para con el cocontratante. Se trata, en efecto, de una regla propia del derecho contractual, que se remonta al Derecho romano en los juicios de buena fe, como son el arrendamiento y el mandato<sup>32</sup>, que ha pasado desapercibida en nuestro medio, aunque se encuentra plasmada en el artículo 79 de la Convención Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y guarda perfecta analogía con el contenido del artículo 1982 C.C.ch. Al igual que la anterior, esta regla tiene por objeto contener las consecuencias derivadas de acontecimientos perniciosos durante el curso de la relación contractual, de ahí que también tenga como sustrato básico la eficiencia económica, pues, al dar aviso al acreedor, el deudor le otorga la posibilidad de ponerse a salvaguarda, adoptando las medidas diligentes y razonables conducentes a evitar los perjuicios derivados del incumplimiento, esta vez, no imputable al deudor.

<sup>32</sup> Vid. D.19.2.13.7 y D. 17.1.27.2. Sobre este deber de aviso, su evolución histórica y consagración en el derecho moderno, vid. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. *El "deber de aviso" ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?*, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, AbeledoPerrot, 2012), pp. 547 ss.

### C. Aceptación de la operación de reemplazo propuesta por el deudor

Esta medida alude a la posibilidad que el deudor incumplido, con el fin de mitigar las consecuencias del incumplimiento, ofrezca al acreedor una operación de reemplazo, en los límites de la razonabilidad, estará en la necesidad de aceptarla, a cambio de ser privado total o parcialmente de los derechos derivados del cumplimiento. Esta figura ha sido poco estudiada en el ámbito del derecho sin embargo, existe un famoso caso de la jurisprudencia estadounidense sobre la modalidad de mitigación, que se refiere a la actriz Shirley MacLaine, quien con Twentieth Century-Fox Film Corp., para realizar una película, que luego llevó a cabo. La productora le ofreció a cambio la realización de otro film, pero se rodaría en Australia y con algunas variaciones en las condiciones del contrato. La actriz se negó a aceptar estas nuevas condiciones y demandó el pago de la suma pactada en el contrato. En el juicio se discutió si la actitud de la actriz era o no razonable a la luz de las reglas de la mitigación, y se concluyó que sí. En consecuencia, el deudor tiene derecho a cobrar lo convenido<sup>33</sup>.

### 3. El límite económico como manifestación del principio de mitigación

Como se observa de las reglas recién vistas, el punto crucial del principio de mitigación es la eficiencia económica que guía la actitud de las partes en la gestión de los acontecimientos que perturban el programa obligacional. En virtud del principio, las partes deben mantener una actitud diligente y razonable frente a cualquier acontecimiento que afecte la correcta evolución de tal programa, en particular, esto significa la necesidad de efectuar un uso razonable de los remedios que el ordenamiento prevé frente al incumplimiento contractual, ya sea que éste resulte o no imputable al deudor<sup>34</sup>. Ahora bien, esta idea es perfectamente compatible con el límite económico anteriormente reseñado, máxime cuando se condiciona la operatividad del límite a la existencia de otro remedio en grado de satisfacer el interés del acreedor.

En efecto, al establecer como parámetro de operatividad el interés del acreedor en la ejecución *in natura* de la prestación, el límite económico implica una ponderación del costo de esta ejecución con el beneficio que ella reporta para el acreedor y, si este es considerablemente mayor al beneficio, existiendo otros mecanismos de tutela que logran la satisfacción del interés del acreedor, el ordenamiento impone la adopción de un medio menos oneroso. Se trata, por tanto, de minimizar los efectos de los acontecimientos adversos sobrevenidos en el curso de la relación obligatoria, a través de la necesidad de adoptar el mecanismo de tutela que eviten el desperdicio de recursos.

<sup>33</sup> Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp. Consultado en: <http://law.justia.com/cases/california/court/3d/3/176.html>, accedido el 20/03/2017.

<sup>34</sup> Sobre la gestión razonable de los remedios, vid. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La gestión razonable de los remedios en la compraventa internacional*, en *Revista de Derecho (Valdivia)* 18 (2005) II, pp. 55-

al mismo tiempo, preserven el equilibrio de los intereses involucrados en la relación obligatoria.

Nos parece que tal idea se aprecia claramente cuando se analizan los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, así como los artículos III.-3:301 a III.-3:303 del DCFR. En efecto, según ya se dijo, en ambos textos, se limita la posibilidad de obtener la ejecución forzada del contrato desde dos perspectivas.

La primera, se refiere a los contratos bilaterales en que una de las partes se obliga a pagar una suma de dinero y la otra a ejecutar una prestación de diversa naturaleza, ésta última, no puede “forzar” la ejecución del contrato en dos casos: (i) cuando hubiere podido realizar una operación de reemplazo a un coste razonable y sin excesivo costo; y (ii) cuando, atendidas las circunstancias, no fuere razonable llevar a cabo su prestación. Nótese que aquí lo que se está limitando es la posibilidad de obtener la *ejecución forzada* de una prestación dineraria, mediante la exclusión de la posibilidad de cumplir la propia prestación. Un ejemplo de esta situación sería el siguiente: se encarga la confección una determinada maquinaria y luego el mandante cae en quiebra, cerrando el negocio para el cual había encargado la maquinaria. Suponiendo que el artífice tiene la posibilidad de celebrar una operación de reemplazo, poniendo en venta la maquinaria, está llamado a hacerlo, pues no podrá solicitar el pago del precio. Ahora bien, supóngase que el precio de venta es inferior al precio que hubiera debido pagar el mandante, en este caso, el artífice, a título de indemnización, tendrá derecho a la diferencia de precio.

La segunda perspectiva dice relación con los casos en que, habiendo un contrato que impone una o más prestaciones de naturaleza no monetaria, una de las partes incumple. Según los PECL, la otra parte, tendrá derecho a solicitar la ejecución forzada, salvo, entre otras excepciones, que: (b) dicha ejecución fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables; o (d) el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías. En este caso, el ejemplo sería el inverso al caso anterior: el artífice ha sufrido un notable aumento de los insumos para construir la maquinaria y hay dos opciones para limitar la ejecución forzada: (b) que ponderado el costo de fabricación con el beneficio que la ejecución *in natura* acarrearía al mandante, no resulta razonable exigirla; y (d) que en el mercado existen máquinas ya confeccionadas, que pueden cumplir la misma función que la encargada, en cuyo caso el mandante estará llamado a celebrar una operación de reemplazo. Si bien aparecen dos aspectos separados, estimamos que se trata de aspectos complementarios, es decir, se considerará que la ejecución *in natura* tiene un costo irrazonable, cuando el beneficio que el acreedor obtendría de ella es irrisorio en comparación con su costo de ejecución, o bien, cuando acreedor pueda obtener la satisfacción de su interés por otras vías más económicas. En este mismo sentido lo entendieron los redactores del DCFR, quienes no contemplaron el contenido de la letra d) de los PECL, señalando en las explicaciones que, para determinar si la ejecución tiene un costo irrazonable,

debe considerarse la posibilidad de que el acreedor obtenga fácilmente la e por otros medios<sup>35</sup>. Obviamente, si por aplicación de las reglas de responsabilidad de costo resulte imputable al artífice, el mandante conserva su derecho de indemnización de perjuicios. Así, en caso que celebre una operación de reemplazo comprando una maquinaria con menor eficiencia, el mandante podrá trasmitir al artífice la diferencia de ganancia, que, naturalmente se compensará con el menor precio de la maquinaria de reemplazo.

Finalmente, a confirmar la estrecha relación entre el límite económico y el principio de mitigación, se presenta el punto (5) del artículo III.-3:302 DCFR, en el que, según este texto, si el acreedor insiste irrazonablemente en el cumplimiento *in natura* pudiendo razonablemente celebrar una operación de reemplazo, pierde el derecho a la indemnización del daño derivado de esta insistencia. De esta manera, este artículo evidencia la complementariedad de las reglas de evitación o mitigación del daño con el límite económico al cumplimiento *in natura*, como manifestaciones concretas del mismo principio.

#### 4. El principio de mitigación y el límite económico en Chile

En Chile, aunque la regla más representativa del principio de mitigación, es la que establece el deber de evitar o mitigar las pérdidas, no se encuentre expresamente consagrada en la ley, lo cierto es que sí encontramos claras manifestaciones de tal principio. En tal sentido, puede citarse el antes recordado artículo 1982<sup>36</sup>, al cual cabe agregar el artículo 1983, que, como se recordará, dispone que, tratándose de obligaciones de dar una prestación que el cuerpo cierto actualmente existente en poder del deudor, el acreedor tiene la opción de recibirla en el estado en que se encuentre, incluso en casos en que ha sufrido un deterioro de poca importancia por culpa del deudor, dejando a salvo la indemnización de perjuicios. En este caso, el principio de mitigación, a través de la regla del artículo 1983, se erige en un límite a la resolución del contrato, que se presenta como un límite excesivo frente a la escasa importancia del incumplimiento.

Por otro lado, en lo que respecta al principio de mitigación en relación con la evitación o mitigación de daños, en jurisprudencia se encuentran aplicaciones de este principio cada vez que es permitido al acreedor recuperar los costos de las medidas adoptadas a cabo para contener los efectos del incumplimiento del deudor. En este sentido, como caso paradigmático, resulta oportuno citar la sentencia de 13 de abril de 2015 dictada por la Corte Suprema<sup>37</sup>, confirmando la sentencia del 23º Juzgado de Santiago, de fecha 10 de octubre de 2012, a propósito de un caso de vicios

<sup>35</sup> VON BAR, C. CLIVE, E. (n. 3), p. 831.

<sup>36</sup> *Vid. supra*.

<sup>37</sup> *Bogaris Agriculture Chile S.A. con Vial Budgee Cristian*, Corte Suprema, 13 de abril de 2015, Rol 10.000.000-2014.

torios en que el comprador demandaba, entre otras cosas, el reembolso de los gastos en que había incurrido al verse en la necesidad de replantar un olivar que, formaba expresamente parte del contrato, y cuya plantación había sido incorrectamente llevada a cabo por el vendedor<sup>38</sup>. En este caso, atendidos las graves malformaciones que la incorrecta plantación había ocasionado en los árboles, el fin para el cual había sido adquirido el predio y los años de productividad de los olivos, la decisión de arrancar los árboles originarios y reemplazarlos por plantas sanas es una medida razonable y económicamente eficiente, que tiene como finalidad contener los efectos de los vicios redhibitorios de la plantación y, por tanto, su costo debe ser traspasado al deudor, conforme a las reglas de la evitación o mitigación de daños, tal y como resolvió el tribunal de primera instancia, decisión confirmada en apelación y casación. Si bien el tribunal no se pronuncia expresamente en los términos aquí empleados, la lectura de la parte expositiva<sup>39</sup>, así como de los considerandos de la sentencia, deja en evidencia una clara aplicación de las reglas de la evitación o mitigación de daños, en lo que respecta al hecho de que el deudor debe soportar el costo de las medidas de mitigación.

De esta manera, es posible afirmar que el principio de mitigación tiene vigencia en Chile, con lo cual cabe preguntarse si esta vigencia se extiende también al costo excesivo como límite a la ejecución forzada. Al respecto, lo primero que hay que tener presente es la ausencia de una norma expresa respecto al punto; sin embargo, es posible observar una clara aplicación del referido límite a propósito de la ejecución de las obligaciones de no hacer, regulada en el artículo 1555, cuyo texto vale la pena recordar: “Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. // Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. // Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a ello/ El acreedor quedará de todos modos indemne”.

Como puede apreciarse, la ejecución forzada de las obligaciones de no hacer se traduce en la destrucción de lo hecho en contravención a la obligación; sin embargo, esta destrucción sólo se autoriza en la medida que, además de posible, sea necesaria para los fines tenidos en vista al tiempo de contratar, esto es, sea necesaria para satisfacer el interés crediticio involucrado en la prestación adeudada. A contrario sensu, si la sa-

<sup>38</sup> Al momento de plantarlos, se les dejó a los árboles la bolsa plástica impermeable que llevaban del vivero, lo cual les causó una notoria atrofia.

<sup>39</sup> En esta parte de la sentencia de primera instancia se lee claramente que, frente a la inercia del vendedor, el comprador “procedió a seguir arrancando y plantando nuevamente todo el sector, asumiendo todos y cada uno de los costos que ello significaba, con el fin de comenzar a explotar normalmente el terreno comprado y de evitar que los perjuicios que se derivan del hecho de mantener plantaciones que a la larga resultarían improductivas, no siguieran aumentando”. Cfr. 23 ° Juzgado Civil de Santiago, 10 de octubre de 2012, Rol N° C. 666-2009.

tisfacción del interés puede lograrse cumplidamente mediante otros medios, sostener que la destrucción es *necesaria* para los fines tenidos en vista al tiempo de contratar y, por tanto, no debiera darse lugar a ella. A fin de reforzar esta idea, tercero otorga expresamente al deudor la posibilidad de allanarse a satisfacer el interés del acreedor por otros medios; sin perjuicio de las indemnizaciones a que ha por el incumplimiento. Se trata, sin duda, de una aplicación concreta del principio de mitigación, traducido en un límite a la ejecución forzada de la prestación, y en esta manera se logra se logra minimizar las consecuencias del incumplimiento, respetando el derecho del acreedor a obtener la ejecución forzada de la prestación, a que su interés en la misma puede ser satisfecho por otras vías económicamente eficientes.

En lo que respecta a las otras categorías de obligaciones, no encontramos reglas en el Código civil, por lo demás, la forma en que está regulada la ejecución respecto de ellas dificulta la aplicación jurisprudencial de un límite semejante. Sea posible extenderse sobre el particular, sólo cabe señalar que la adopción de un límite supone revisar el contenido y extensión de la indemnización compensatoria, así como las facultades judiciales para alterar el contenido de las peticiones concretas efectuadas por las partes.

Finalmente, para concluir con estas breves reflexiones acerca de la posibilidad de aplicar el límite económico en nuestro medio, resulta útil recordar que buena parte de las discusiones en cuanto al límite económico alude a la incorrecta ejecución de una obra de construcción, en que el demandante exige la destrucción y nueva construcción de la obra<sup>40</sup>. Ahora bien, en Chile esta situación está expresamente contemplada en el artículo 2002 del Código Civil, el cual otorga al acreedor la elección entre obligar al artífice a “hacerla de nuevo” o a “la indemnización de perjuicios”. Se trata, ciertamente, de un derecho de opción, semejante al del artículo 1489, entre ejecución y resolución, de ahí que parece oportuno sostener que también aquí debería aplicarse el mismo principio jurisprudencialmente aceptado para este último artículo<sup>41</sup>. En tanto, la nueva confección de la obra sería procedente sólo en presencia de un hecho que afecten sustancialmente el interés del acreedor, el cual no puede ser el mismo que el que da origen al derecho de opción, esto es, el hecho sino con la nueva confección de la obra; en caso contrario, el acreedor no puede conformarse con la indemnización. Bien vistas las cosas, se trataría de una aplicación analógica del artículo 1555, en la medida que sólo procedería recurrir a la nueva

<sup>40</sup> Vgr. Recuérdese los casos de la piscina y de la casa francesas, *vid supra*.

<sup>41</sup> Al respecto *vid.* VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de la resolución por incumplimiento*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *Estudios de derecho* (Santiago, LegalPublishing, 2008), pp. 347-368; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La noción de incumplimiento en el “Código Civil”*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 32 (2010) 221-258; MEJÍAS ALONSO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Santiago, Abeledo-Perrot Publishing, 2011), *passim*.

fección en la medida que ello sea necesario para los fines tenidos en vista al tiempo de contratar, con lo cual serían aplicables en este caso todas las consideraciones realizadas a propósito de este artículo. Sin embargo, atendido el tenor de la norma y las (justificadas) limitaciones procesales que enfrentan los jueces, surgen algunas preguntas relativas a la posible operatividad del límite: (i) ¿qué pasa si el acreedor se limita a demandar la nueva ejecución de la obra, puede el juez alterar el contenido de las peticiones concretas?; (ii) ¿qué pasa si, a título de indemnización, el demandante solicita el costo de la destrucción y ejecución de la obra por un tercero?<sup>42</sup>; finalmente (iii) ¿qué pasa si el demandante solicita la nueva construcción de la obra y una indemnización modesta, que cubre sólo retraso en la recepción definitiva, en circunstancias que, de rechazarse la petición de nueva construcción, la indemnización del interés debiera ser mayor, tiene el juez facultades para rechazar una petición y modificar el quantum indemnizatorio?<sup>43</sup>. La respuesta a estas preguntas excede los límites de este trabajo.

#### IV. Conclusión

La individualización del principio de mitigación, como un principio al cual responden una serie de reglas en mayor o menor medida reconocidas en nuestro medio, implica que las partes de la relación obligatoria deben tener una actitud diligente y razonable frente a cualquier advenimiento que afecte el programa obligacional; en particular, el principio de mitigación sirve de directriz en el ejercicio de los remedios contractuales, en la medida que la protección de los intereses crediticios debe conseguirse a través del mecanismo que signifique la contención de las erogaciones pecuniarias derivadas del incumplimiento. De esta manera, frente a dos o más remedios que logran satisfacer los intereses del acreedor, pero en que uno de ellos presenta una evidente desproporción en la relación costo-beneficio, se prefiere a aquel que menos altere este equilibrio, esto es, aquel que logre la satisfacción del interés crediticio sin provocar costos (o esfuerzos) irrazonables al deudor. Así las cosas, el límite económico a la ejecución forzada de la prestación se erige también como una manifestación del principio de mitigación.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe reconocer que, al margen de las obligaciones de no hacer, la plena consagración del límite económico en nuestro medio exige la revisión de algunos conceptos claves, tales como el de indemnización compensatoria y las

facultades judiciales de modificar o alterar sustancialmente el contenido de tensiones concretas efectuadas por las partes, sustituyendo la solicitud de ejecución forzada por aquel remedio que aparezca más idóneo a las circunstancias del caso. En general, será la indemnización de perjuicios, pero también podría ser la ejecución u otro mecanismo idóneo.

<sup>42</sup> Una posible respuesta a esta pregunta, relacionada con el principio de mitigación, sería que el juez considerara que, atendido que la nueva confección no es necesaria para satisfacer su interés, el acreedor debe soportar el costo de la misma, limitándose el deudor a indemnizar la diferencia de valor entre la prestación correctamente ejecutada y la que efectivamente se ejecutó; sin embargo, esta afirmación requiere profundizaciones que no pueden realizarse en esta sede.

<sup>43</sup> Ciertamente, si la demanda contiene la frase de estilo "o la suma mayor o menor que su señoría estime", sí tiene esa facultad, pero la presencia de esta cláusula no resuelve el problema de fondo.