

HACIA UN SISTEMA DE REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL*

Carlos Pizarro Wilson**

I. INTRODUCCIÓN

Frente al incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual las sanciones o remedios de que provee el ordenamiento jurídico al acreedor insatisfecho aparecen como diversas y bastante dispersas. No siempre resulta fácil determinar qué acción debe intentar el acreedor. Tampoco es claro si entre las diversas sanciones existe alguna jerarquía o regla de prioridad. El modelo del *Código Civil* basado en obligaciones de especie o cuerpo cierto no permite responder en forma idónea al incumplimiento de las obligaciones que hoy son de manera mayoritaria de género.

Pareciera necesario, y esto no es una novedad, sistematizar las sanciones previstas en el *Código Civil* frente al incumplimiento contractual. Ahora, el elemento central para otorgar esta nueva sistematización debiera ser el interés del acreedor insatisfecho. Creo que existe un cierto consenso en el Derecho continental en la necesidad de otorgar una nueva lectura a las consecuencias del incumplimiento del contrato que difieren de la forma en que aparecen reguladas a la época de la codificación.

Para plantear esta idea, realizaré en una primera parte la crítica al actual sistema de sanciones al incumplimiento contractual (II) y, en segundo término, cuáles serían algunas pistas para lograr la sistematización y mayor eficacia del sistema de remedios (III).

* Este artículo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1085264: "Hacia la construcción de un sistema de remedios por incumplimiento contractual en el Código Civil", en que el autor es coinvestigador. Se ha mantenido el texto utilizado en la ponencia leída en las Jornadas de Derecho Civil, con agregación de las citas esenciales.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Paris II (Panthéon-Assas); Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

II. LA CRÍTICA AL ESTADO ACTUAL DE LAS SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

1. La dispersión de las sanciones al incumplimiento contractual

Hoy existe consenso en la dispersión de los remedios frente al incumplimiento, así como el desajuste entre el modelo de obligación vigente en el *Código* en contraste con la realidad del tráfico contractual¹.

Para corroborar esta aseveración basta constatar que en caso de incumplimiento hay que realizarse una pluralidad de preguntas, debiendo buscar, además, en distintos manuales y rincones del *Código*. Hay que preguntarse si el contrato es bilateral, si involucra una obligación de dar o hacer, si el objeto es específico o genérico, si el cumplimiento forzado es aún posible, si el incumplimiento puede calificarse de resolutorio, si concurre la culpa, si la culpa y/o la mora son elementos de la resolución o sólo atañen a la responsabilidad civil, etc. Todas estas preguntas permitirían dilucidar cuál es la acción idónea del acreedor. Hay un elenco de acciones: el cumplimiento en naturaleza o específico, la resolución del contrato, en ambos casos puede en forma accesorio tratándose de un contrato bilateral sumarse la acción indemnizatoria, ésta podría intentarse en forma autónoma en el caso de obligaciones de hacer o cuando se transforme en imposible el cumplimiento en naturaleza, y otras acciones particulares de los contratos como aquella redhibitoria.

Por otra parte, el contrato es un instrumento destinado a satisfacer los intereses de las partes. Constituye una forma convencional de distribuir riesgos. De esto debiera resultar que los efectos jurídicos contractuales son sólo el cauce para la obtención de la finalidad práctica perseguida y que la satisfacción del interés del acreedor se logra con la ejecución de tales efectos. Mediante el contrato las partes intentan satisfacer sus intereses al empeñar la palabra para la ejecución de las obligaciones².

Los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del interés del acreedor.

¹ Sobre esto, PENAILILLO AREVALO, Daniel, *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), pp. 40-41; VIDAL OLIVARES, A., *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código civil*, en CORRAL, H. - RODRÍGUEZ, M. S. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil, II: "Jornadas Nacionales de derecho Civil, Olmué, 2006"* (Santiago, LexisNexis, 2006), pp. 517 y ss.; en alguna medida BARROS BOURIE, E., *La diferencia entre estar obligado y ser responsable en el Derecho de los contratos*, ibíd., pp. 721 y ss.

² Cfr. la tesis del solidarismo contractual; por todos: COURDIER-CUISINIER, A. S., *Le solidarisme contractuel* (Paris, Litec, 2006); véase la visceral respuesta a este movimiento de LEQUETTE, Y., *Bilan des solidarismes contractuels*, en *Études de Droit Privé. Mélanges offerts à Paul Didier* (Paris, Economica, 2008), pp. 247 y ss.

En particular, la evaluación de la indemnización por daños derivados del incumplimiento del contrato depende de su función. A partir de la idea base que "el contrato se concluye por interés, y la función compensatoria de la indemnización, no resulta controvertida, aquélla debe corresponder al valor en dinero del interés protegido"³.

Esta diferente manera de concebir al contrato obliga a revisar el alcance de su fuerza obligatoria, que tradicionalmente ha permitido sostener que ante el incumplimiento, el acreedor debe instar por el cumplimiento en naturaleza o ejecución forzada⁴. La fuerza obligatoria del contrato, recogida en el artículo 1545 CC., ha sido interpretada de tal manera que frente al incumplimiento el "querer" de las partes a la época de celebrarse el contrato se intente perpetuar mediante la ejecución forzada bajo el amparo del principio de "permanencia de los contratos"⁵. En el Derecho continental la regla del artículo 1545 CC. ha sido entendida en el sentido que los contratos deben cumplirse, deben ejecutarse. Esta visión contrasta con aquella del sistema del common law, en que una regla análoga "enforceability", se entiende para el caso de incumplimiento que el deudor se expone a una sanción jurídica, motivada por su incumplimiento. En este caso no se restringe a una sanción en particular, sino que corresponde al acreedor escoger. Esta forma de entender la fuerza obligatoria parece más acorde con el modelo actual de contratación. Ante el incumplimiento el enfoque debe colocarse en la satisfacción del interés del acreedor. Por ende, debiera favorecer al acreedor, víctima del incumplimiento, la opción entre la ejecución de la prestación u otro remedio que igualmente conduzca a su satisfacción. Por ejemplo la indemnización de perjuicios o el pago por equivalencia. No debiera quedar amarrado el acreedor a una especial forma de sancionar el incumplimiento.

2. Desajuste entre la contratación actual y modelo de obligación del codificador

A lo anterior se suma que a la época de dictación del *Código Civil*, el modelo de obligación imperante era la obligación unilateral de dar una espe-

³ LAITHIER, Y. M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (Paris, LGDJ, 2004), p. 106.

⁴ Para una revisión crítica de la doctrina de la autonomía de la voluntad en relación a la fuerza obligatoria del contrato: PIZARRO WILSON, Carlos, *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil*, en *Revista Chilena de Derecho* 31 (Santiago, Universidad Católica de Chile, 2004), 2, pp. 9 y ss.

⁵ Para una aplicación jurisprudencial de esta visión y su crítica: PIZARRO WILSON, Carlos, *Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual. Sentencia Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 9 de enero de 2007*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* "Fernando Fueyo" 9 (Santiago, 2007), pp. 151 y ss.

cie o cuerpo cierto o una cosa específica, ello como consecuencia de la realidad económica que se vivía. Así ha sido corroborado en la doctrina reciente⁶.

El libro IV, en lo que atañe al Derecho de los contratos, se regula una obligación desvinculada de su fuente, relacionada con la idea de la *stipulatio* romana creadora de una obligación civil unilateral. A ello se suma, la ausencia en nuestro *Código Civil* de una teoría general de las obligaciones sinalagmáticas y de los efectos de su incumplimiento⁷.

Sin embargo, la regla general en el tráfico contractual son las obligaciones denominadas "genéricas" y, en gran medida, los contratos de prestación de servicios que generan obligaciones de hacer. Esto arroja un cierto desajuste entre el tráfico contractual y las normas dispositivas del *Código Civil* en materia de obligaciones⁸. En estas obligaciones con objeto fungible, el deudor no queda obligado a un único objeto, sino a cualquiera que sea idóneo para la satisfacción del interés del acreedor. De esa manera se hace necesario privilegiar el interés del mismo.

3. Ausencia de un sistema para la protección del interés del acreedor

La adopción de este modelo de obligación por el codificador ha tenido incidencia en la noción de incumplimiento y sus efectos. En tal modelo la satisfacción del acreedor se logra únicamente con la entrega de la especie o cuerpo cierto que constituye el objeto de la prestación. Esto dice relación con la preeminencia del cumplimiento específico o en naturaleza como remedio idóneo para satisfacer al acreedor⁹.

Los autores tradicionales analizan el fenómeno del incumplimiento desde la perspectiva del deudor, condicionando todos sus efectos a requisitos de orden subjetivo –dolo y culpa–. Esta forma de entender el incumplimiento es incorrecta, la base de las sanciones debe ser el incumplimiento, sin referencia a la culpa o cualquier elemento subjetivo. Sólo tratándose de la indemnización de perjuicios la culpa o dolo debe ser un elemento esencial para su aplicación, siendo en otras sanciones irrelevante, como en el caso de la resolu-

⁶ VIDAL OLIVARES, A., *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código civil sobre incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, A. (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, LexisNexis, 2007), pp. 495 y ss.; VIDAL OLIVARES, A., *La pretensión*, cit. (n. 1), pp. 517 y ss.; PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Las obligaciones*, cit. (n. 1), p. 40.

⁷ VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento*, cit. (n. 6), pp. 499 y ss.

⁸ *Ibíd.*, pp. 507 y ss.

⁹ Sobre manifestaciones de esta visión: PIZARRO WILSON, C., *Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno*, en *Cuaderno de Análisis Jurídico* (Colección Derecho Privado, Temas de Contrato, Santiago, Universidad Diego Portales, 2006), pp. 247 y ss.

ción¹⁰. El acento está en el reproche a la conducta del deudor y no en la protección del interés del acreedor afectado.

Como el modelo es el de las obligaciones unilaterales, no se considera entre los efectos del incumplimiento a la facultad resolutoria del artículo 1489 CC., ni a la excepción de contrato no cumplido. La facultad resolutoria se examina a propósito de las obligaciones condicionales –condición resolutoria tácita–; y la excepción de contrato no cumplido del artículo 1552 CC. con ocasión de la constitución en mora; y también como uno de los efectos particulares de los contratos bilaterales. Todo este andamiaje jurídico aparece en forma confusa sin la necesaria guía a través del interés del acreedor.

En consecuencia, no existe en el *Código Civil* un sistema sobre los efectos del incumplimiento, sólo disposiciones dispersas, generales y especiales, cuya estricta y aislada aplicación no ofrece una eficiente protección al interés del acreedor afectado por el incumplimiento.

Este diagnóstico crítico de las sanciones o remedios al incumplimiento contractual hace necesario proponer un sistema acorde con la actual contratación.

III. HACIA UN SISTEMA DE REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

1. *Abandono del concepto tradicional de incumplimiento.* *El incumplimiento desnudo*

La efectiva protección del interés del acreedor exige abandonar el concepto tradicional de incumplimiento, entendido como hecho culpable del deudor; y en su lugar debe adoptarse una noción objetiva, que comprenda en general la incorrecta prestación de lo pactado, sin calificar en forma subjetiva dicho incumplimiento. Debe, entonces, excluirse la culpa como elemento del incumplimiento, siendo sólo necesaria para una especial sanción, cual es la indemnización de perjuicios, en todos los casos en que no se trate de una obligación de resultado.

El incumplimiento tiene como efecto general la insatisfacción del acreedor con prescindencia de la culpa o causales de exoneración. La prestación no tuvo lugar, o fue imperfecta o defectuosa. Esta consecuencia justifica proveer al acreedor de distintos remedios para lograr el restablecimiento o la indemnización del crédito defraudado.

¹⁰ Sobre esto, la culpa y la facultad resolutoria, en forma categórica: VIDAL OLIVARES, A., *El incumplimiento*, cit. (n. 6), pp. 536 y 538; antes: FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 331 y ss. Cfr. Peñailillo, cit. (n. 1), p. 411.

Esta forma de asumir el incumplimiento contractual no es tan ajena al *Código* si consideramos las reglas del pago. En particular, el artículo 1569 CC., que se funda en la no prestación de lo debido¹¹.

En la labor de averiguar si ha habido, o no cumplimiento, resulta necesaria la fijación exacta del contenido de la regla contractual, precisando aquello a lo que se ha obligado el deudor. A estos efectos debe tenerse especialmente en cuenta la disposición del artículo 1546 que permite entender correctamente el principio de la identidad del pago.

Este concepto amplio de incumplimiento hace posible la articulación de todos los remedios de que dispone el acreedor insatisfecho y dar lugar a un sistema que proteja eficiente y adecuadamente su interés. La construcción del nuevo sistema requiere interpretar las normas del *Código Civil* dispersas sobre el incumplimiento, colocando el énfasis en la protección del interés del acreedor. Especial significación tendrán las escasas disposiciones sobre las obligaciones con objeto fungible, sean de dar o hacer, y sus efectos: y las generales sobre los efectos de las obligaciones. Así, por ejemplo, el artículo 1553 relativo al incumplimiento de las obligaciones de hacer que reconoce al acreedor la opción entre diversos remedios. Así ocurre también con el artículo 1489 y en alguna medida con el artículo 1555. Estos preceptos, que facilitan la opción a favor del acreedor permiten concluir en la viabilidad de una lectura distinta a las sanciones del incumplimiento contractual dejando atrás la supuesta preeminencia del cumplimiento en naturaleza.

2. Pluralidad de remedios

Este nuevo "sistema de remedios" pone a disposición del acreedor un abanico de medidas para la protección de su interés afectado, todas con su propio supuesto de hecho y articuladas a partir del incumplimiento. La opción entre uno u otro pertenece al acreedor, quien la ejercerá según lo estime conveniente a la satisfacción de su interés.

a) La ejecución en naturaleza o pretensión de cumplimiento específico. En lo que concierne a la pretensión de cumplimiento, ejecución forzada o en naturaleza, es conveniente precisar que constituye un remedio entre otros de que dispone el acreedor. Debe abandonarse la idea de remedio primario que prevalece sobre la indemnización de daños. La regla precisamente es que el acreedor puede optar libremente entre ésta y el cumplimiento. Así ocurre en las obligaciones de hacer -artículo 1553-. Pese a que la doctrina nacional admite este remedio sólo para la falta de cumplimiento, también procede

¹¹ Esta idea defendida en forma persistente por VIDAL OLIVARES, A., *El incumplimiento*, cit. (n. 6), p. 530.

para los cumplimientos imperfectos, adoptando las modalidades de reparación y sustitución de la prestación imperfecta¹².

b) La facultad resolutoria. El artículo 1489 CC. pone a disposición del acreedor afectado la facultad resolutoria, la que queda reservada para aquellos incumplimientos que revistan una cierta gravedad según su efecto en el interés del acreedor. El supuesto de hecho de este remedio se identifica con un incumplimiento grave o esencial, siendo indiferente si es o no imputable al deudor que incumple. El ejercicio de la facultad resolutoria es compatible con la indemnización de daños, no así con la ejecución forzada.

c) La suspensión del cumplimiento o excepción de contrato no cumplido. En las obligaciones bilaterales el acreedor tiene la facultad de suspender su cumplimiento cuando la otra parte, deudora respecto de la prestación relevante, no la ha cumplido o no está llana a cumplirla. Mientras esta última se mantenga en esa situación, la otra no incurre en incumplimiento. La obligación incumplida o respecto de la cual no ha habido principio de ejecución debe tener una cierta importancia según la regla contractual concreta. De lo contrario, el ejercicio de esta facultad será considerado indebido y generará los efectos propios del incumplimiento. Esta facultad también prescinde de la culpa del deudor. Especial interés reviste la facultad resolutoria en caso de incumplimiento recíproco y la función de la mora atendido lo dispuesto en los artículos 1552 y 1557 CC. que ha dado lugar a un debate interesante en la doctrina y algunos fallos¹³.

d) Indemnización de daños. La pretensión indemnizatoria es el remedio común a todo incumplimiento, siempre que concurra su supuesto de hecho: un incumplimiento imputable que causa daños al acreedor. La extensión de los daños se fija aplicando el criterio de la previsibilidad que delimita el ámbito de protección del contrato del artículo 1558 CC., tanto para los daños patrimoniales como para el daño moral. En la práctica se trata de la sanción por excelencia, siendo la forma más usual en que se satisface el interés del acreedor¹⁴.

e) La ruptura unilateral del contrato. En cuanto a la ruptura unilateral del contrato como posible sanción al incumplimiento contractual, se trata

¹² VIDAL OLIVARES, *La pretensión*, cit. (n. 1), pp. 517 y ss.

¹³ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, en *Revista Actualidad Jurídica* 8 (Universidad del Desarrollo, julio 2003), pp. 69-83; El mismo, *Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral*, en *Revista Chilena de Derecho* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 2004) 3, pp. 565-573; y la respuesta de RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido*, en *Revista Actualidad Jurídica*, 8 (Universidad del Desarrollo, julio 2003), pp. 69-83.

¹⁴ PIZARRO WILSON, C., *La responsabilidad contractual en Derecho Civil chileno*, en MANTILLA, F. (coordinador), *Problemas de Derecho de los Contratos* (Bogotá, Legis, 2007), pp. 209-223.

de aceptar que el acreedor pueda sin una cláusula que así lo habilite colocar término al contrato de manera unilateral y extrajudicial, dejando de cargo del deudor el posible reclamo ante la ilegitimidad de la medida. Todo esto bajo un régimen legal estricto que impida abusos en esta materia, siendo la hipótesis admitida aquella en que se imponga por urgencia la ruptura abrupta del contrato¹⁵.

3. Un nuevo sistema equilibrado

En este sistema el acreedor, a pesar del incumplimiento, igualmente debe comportarse conforme lo exige la buena fe objetiva. Este será el temperamento para varias sanciones. Por ejemplo la necesidad que el incumplimiento sea grave para dar carácter resolutorio al incumplimiento, para admitir la excepción de contrato no cumplido o para temperar la facultad de término unilateral del contrato. La otra manifestación de este principio en el sistema está dada por el deber de mitigar las pérdidas. Esto permite entregar un necesario equilibrio al contrato.

4. La tendencia en el Derecho Comparado

La propuesta se adapta al movimiento actual en el Derecho de las obligaciones. Sería largo explicar cómo se ha manifestado un movimiento relevante en Alemania a través de la reforma, ya criticada al BGB., el *Código* holandés de 1992, el proyecto Catala en Francia, y la jurisprudencia española en la materia que ha tomado el Derecho internacional como referencia para resolver casos particulares.

En suma, en Chile, el Derecho de las obligaciones sobre incumplimiento contractual requiere una adaptación necesaria a la actual contratación, lo cual coincide con un movimiento legal, doctrinal y jurisprudencial a nivel de Derecho comparado, siendo necesario construir un "sistema de remedios" que proteja en forma más adecuada el interés del acreedor, logrando superar la doctrina y jurisprudencia tradicional sobre la materia. Este es el desafío para la civilística nacional.

¹⁵ PIZARRO WILSON, C., *¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?* en *Ius et Praxis*, 13 (Universidad de Talca, 2007) 1, pp. 11-28.