



TESINA EN DERECHO

¿ES EL RECURSO DE PROTECCIÓN UNA VÍA IDÓNEA PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LAS OBLIGACIONES ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL?

Autor: Camila Alarcón Ireland.
Profesor guía: Pamela Prado López.
Fecha Entrega: Noviembre 2011.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	2
TABLA DE ABREVIATURAS	5
RESUMEN	6
PALABRAS CLAVES	6
INTRODUCCIÓN.....	7

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.....	9
1. LOS PARTICULARES COMO SUJETOS PASIVOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. BREVE ANÁLISIS A LA “DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE”.	9
1.1) LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	12
1.2) SITUACIÓN EN CHILE.	15
2. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LAS COSAS INCORPORALES.	18
2.1) QUÉ SE ENTIENDE POR “COSAS INCORPORALES”	18
2.2) ALCANCE DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN VERSUS EL DERECHO CIVIL.	21
a) <i>Postura de Hernán Corral.</i>	21
b) <i>Postura de Alejandro Guzmán Brito:</i>	22
3. DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS DERECHOS CONTRACTUALES Y VULNERACIÓN DE ESTE DERECHO (PROTEGIDO CONSTITUCIONALMENTE) A TRAVÉS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	27
3.1) QUÉ SE ENTIENDE POR DERECHOS CONTRACTUALES.	27
3.2) FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL.	28

CAPÍTULO II

INTRODUCCIÓN.....	32
-------------------	----

PARTE PRIMERA

1. RECURSO DE PROTECCIÓN ENTRE PARTICULARES.....	33
2. RECURSO DE PROTECCIÓN EN SEDE CONTRACTUAL. ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE ESTE EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA.....	35
2.1 FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL SEGÚN LA CUAL SE HA RECHAZADO EL RECURSO. ..	35
2.2 FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL SEGÚN LA CUAL SE HA ACOGIDO EL RECURSO.	36

PARTE SEGUNDA

1. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. CONCEPTO. SITUACIONES EN LAS QUE ESTAMOS FRENTE A INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	38
2. SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES.	44

CAPÍTULO III

INTRODUCCIÓN.....	51
1. CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LAS OBLIGACIONES: ASPECTOS GENERALES.....	51
2. OBTENCIÓN DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LA OBLIGACIÓN A TRAVÉS DE RECURSO DE PROTECCIÓN.....	57
3. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO MEDIO PARA OBTENER LOS OTROS REMEDIOS CONTRACTUALES ESTABLECIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.	60
I.- INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS.....	60
II.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.....	63
4. REQUISITOS QUE SE DEBEN CUMPLIR A FIN DE PODER SOLICITAR EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LA OBLIGACIÓN A TRAVÉS DE RECURSO DE PROTECCIÓN.....	66
A.- QUE LA OBLIGACIÓN SEA INDUBITADA.....	66

B.- QUE CONSTE QUE EFECTIVAMENTE EXISTE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.....	67
C.- QUE EL ULTERIOR CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN SEA POSIBLE.....	69
5. BREVE REFERENCIA AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE OBLIGACIONES DE DAR, HACER Y NO HACER DECRETADO POR RECURSO DE PROTECCIÓN.....	70
I.- OBLIGACIONES DE DAR.	70
II.- OBLIGACIONES DE HACER.	71
<i>II.a.- Obligaciones de hacer fungibles.....</i>	<i>71</i>
<i>II.b.- Obligaciones de hacer personalísimas.</i>	<i>72</i>
III.- OBLIGACIONES DE NO HACER.	73
CONCLUSIONES.....	76
BIBLIOGRAFÍA.....	79

TABLA DE ABREVIATURAS

- CPR: Constitución Política de la República de Chile.
- CCCH: Código Civil Chileno.
- PECL: Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Principles of European Contract Law).
- AAP: Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.
- CPC: Código de Procedimiento Civil.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es determinar si es posible obtener el cumplimiento específico de las obligaciones cuyo origen es el contrato, por vía de recurso de protección.

Para lograr este objetivo, se analizó principalmente la legislación chilena y el conocimiento jurídico actual sobre la materia, así como también se recurrió a las principales fuentes normativas del nuevo derecho de la contratación y a doctrina comparada.

Junto con analizar las opciones del acreedor frente al incumplimiento de la obligación, se concluye con la posibilidad de obtener el cumplimiento específico de ciertas obligaciones contractuales cumpliendo estas determinados requisitos.

Finalmente, se determina la improcedencia del recurso de protección como vía idónea para obtención de los restantes remedios contractuales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVES

Recurso de protección. Incumplimiento contractual. Remedios contractuales. Cumplimiento específico. Nuevo derecho de la contratación.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consiste en una investigación en materia de recurso de protección, no como una acción cautelar de todos los derechos fundamentales a los cuales la CPR en su artículo 20 les concede esta vía de protección, sino únicamente respecto del derecho de propiedad, para determinar la procedencia del recurso en materia contractual, utilizando como principal argumento la vulneración del derecho de propiedad que se tiene sobre los derechos emanados del contrato, como consecuencia del incumplimiento del mismo por parte del deudor.

En los años ochenta, se comenzaron a interponer recursos de protección en materia contractual, y desde entonces existe argumentación tanto en las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones como en la Excma. Corte Suprema ya sea para rechazarlos, por considerar que esta no es la vía idónea para discutir temas relativos a interpretación y aplicación de cláusulas contractuales, como para acogerlos por considerar que el incumplimiento contractual vulnera el derecho de propiedad que recae sobre los derechos del acreedor emanados del contrato, entendiendo que estos derechos contractuales son cosas incorporales y que la CPR en su artículo 19 n° 24 garantiza la propiedad sobre ellos.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra la posibilidad de que el acreedor, cuyo interés no ha sido satisfecho por causa del incumplimiento, pueda solicitar a través de un procedimiento ordinario, alguno de los remedios contractuales que el mismo ordenamiento pone a su disposición en caso de que el deudor no cumpla sus obligaciones tal cual como fueron contraídas al celebrar el contrato. Sin embargo, el objeto principal de estas líneas es determinar que a través del recurso de protección es posible lograr el cumplimiento específico de las obligaciones emanadas de los contratos, más no los otros remedios contractuales, a saber, la indemnización de daños o la resolución del contrato.

El tema a tratar es relevante, porque los acreedores frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales, han utilizado la vía del recurso de protección para obtener la satisfacción de su interés tal cual como fue contraído en el contrato de forma más eficiente y evitando el engorroso procedimiento tradicional, esto es a través de un procedimiento de lato conocimiento.

Para lo anterior, en el primer capítulo se hace un análisis, de la doctrina alemana de “*La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*” o “*Drittwirkung der Grundrechte*” y de su aplicación en nuestro país. Luego se realizará un análisis al derecho de propiedad sobre cosas incorporales, y a la relación que hay entre el tratamiento que le dan a este derecho tanto el CCCH como la CPR. Para finalizar el capítulo, se expondrá que es lo que para efectos de esta tesis se entenderá como “*derechos contractuales*.”

En el segundo capítulo, se analizará la procedencia del recurso de protección entre particulares y más específicamente en materia contractual. En la segunda parte del capítulo, está dedicada al estudio del incumplimiento contractual y a las situaciones en las que se configura este hecho. Para efectos de la presente tesina, fue indispensable el estudio de este tema, con miras al nuevo derecho de la contratación, es decir, considerar el nuevo alcance que se le da al contrato, su función económica: la satisfacción del interés de los contratantes. Junto con lo anterior, se hará referencia a la opción del acreedor en orden a escoger cuál es el remedio contractual que ejercerá frente al incumplimiento del contrato, de entre aquellos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, teniendo siempre presente cuál de ellos satisface de mejor forma su interés.

En último término, en el tercer capítulo, se expondrán los aspectos generales del cumplimiento específico de las obligaciones y la fundamentación de su exclusiva procedencia como remedio contractual por medio de recurso de protección. Para finalizar, se hará referencia a los requisitos que debe cumplir la obligación para lograr su cumplimiento forzoso a través del recurso en comento.

Para efectos de corroborar, o por el contrario descartar la hipótesis anteriormente señalada, la presente investigación se realizó basándose en dogmática jurídica, con consideraciones de lege data y principalmente documentos. El método de investigación utilizado en forma principal es lógico deductivo, así como también, sintético y analítico, en forma secundaria.

CAPÍTULO I.

Introducción.

El presente capítulo, que contiene el marco teórico de esta tesina, se dividirá en tres acápites. En el primero se tratará el surgimiento de la doctrina de la “Eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, su contenido esencial y finalmente la argumentación de la doctrina nacional en orden a determinar si es reconocida o no por el ordenamiento jurídico chileno. Desde ya, adelanto que la doctrina sostiene que efectivamente, a pesar de no tener una consagración explícita, de los preceptos de la CPR se desprende que efectivamente en Chile hay asentamiento de la misma, más no de igual forma en que fue concebida en su país de origen. En el segundo acápite se tratará el derecho de propiedad sobre las cosas incorporales y la relación que hay entre la propiedad incorporal establecida en la CPR y la tratada en nuestro Código Civil. Y por último en el tercer acápite, se expondrá qué se entiende por derechos emanados de un contrato y si es que el incumplimiento del contrato vulnera el derecho de propiedad sobre ese derecho contractual. Adelanto la conclusión: Relacionando las doctrinas tratadas en los dos primeros acápites de este capítulo, es posible sostener que efectivamente existe derecho de propiedad sobre los derechos contractuales o créditos y que el incumplimiento del contrato por parte del deudor, constituye una vulneración al derecho de propiedad antes mencionado.

1. Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales. Breve análisis a la “Drittwirkung der Grundrechte”.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales es, en definitiva, el efecto o influencia que los derechos fundamentales tienen en las relaciones jurídicas entre dos o más particulares. La existencia de ese efecto en un sistema jurídico concreto no es una cuestión que se prejuzgue por las declaraciones de derechos, si no por el establecimiento de sistemas de control constitucional.¹ A continuación se tratará el origen

¹ Marshall Barberan, Pablo. “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución”. *Estudios constitucionales* [online]. 2010, vol.8, n.1, pp. 43-78. Fecha última consulta: 10 de julio de 2011 Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

de esta teoría, su contenido esencial, las diversas posturas doctrinarias en relación a ellas y por último, lo que ocurre con ella en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde el constitucionalismo clásico, los derechos y libertades de las personas se han concebido como barreras de protección frente al poder del Estado. El Estado es el sujeto pasivo de los derechos fundamentales, el obligado a su respeto y protección, es decir, la relación Estado/Ciudadano, es una relación entre un titular de un derecho fundamental y un no titular de éste que debe garantizar su protección. Su privilegiada posición hace de ellos un instrumento idóneo para limitar el ejercicio del poder. Sin embargo, la historia del constitucionalismo durante el S.XIX y parte del S. XX, al menos en la Europa continental, muestra que estos derechos, lejos de significar un instrumento efectivo para proteger a los ciudadanos frente a lesiones provenientes de los poderes públicos, quedan en manos del legislador. Es decir, los derechos comienzan y acaban con el principio de legalidad. Los derechos fundamentales tenían fuerza porque eran establecidos por la ley, únicamente vinculaban directamente al legislador.²

Tomás de Domingo, señala que hubo constituciones posteriores a la Primera Guerra Mundial, en las cuales existió el intento de evitar la “estatalización” de los derechos, sin embargo sostiene que esto cambia una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, con la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn, ley fundamental para la República Federal Alemana, el 23 de mayo de 1949. La ley, considera el autor, trata dos aspectos que son fundamentales: por una parte sitúa el respeto a la dignidad humana como valor básico sobre el que descansa todo el ordenamiento jurídico; y por otra, los derechos fundamentales han recibido un formidable impulso, consagrándose su normatividad, al establecer en el artículo 1.3 LF “*Los siguientes derechos fundamentales vincularán al poder legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable*”. No hay que ignorar el logro de la ley de Bonn, en cuanto institucionalizar una efectiva protección de los derechos frente al Estado; pero junto con él, hay que destacar el descubrimiento de una vertiente objetiva o

52002010000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002010000100003. En el mismo sentido de señalar un concepto de Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: Aldunate L. Eduardo (2000): “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales” en *La constitucionalización del derecho Chileno. Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pag.14.*

² de Domingo Pérez, Tomás. (2006): “El problema de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. 1º Número 1, pág. 291-301.

institucional de los derechos fundamentales, que no está explícitamente contemplada en la Ley Fundamental de Bonn, sino que es fruto de la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán a mediados de los años cincuenta, en su conocida sentencia 7, 198 de 1958.³

En esta resolución el Tribunal se refirió a la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, relativa al doble carácter de los derechos fundamentales, que lleva a concluir que los particulares también pueden ser obligados por estos derechos. En un primer momento los derechos tienen una connotación subjetiva, esto es, supone los derechos como facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico a los individuos. Y en un segundo momento, tienen un carácter objetivo, es decir, son expresión de un sistema de valores. Lo que hace el Tribunal Constitucional es fundarse en esta segunda concepción para elaborar la doctrina de la eficacia horizontal; los valores que dichos derechos representan, rigen en todo ámbito del ordenamiento jurídico, incluida en la interpretación del derecho privado.⁴ En relación a esto, la doctrina también ha señalado que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales supone reconocer que estos no sólo son un instrumento de protección del individuo frente al Estado, sino que también encarnan un “sistema de valores” objetivo que en cuanto tal aspira a regir en todos los ámbitos sociales. Los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos individuales, sino que representan instituciones básicas para la ordenación de la convivencia. Ello refuerza su eficacia vinculante en todos los ámbitos del ordenamiento, lo que se conoce como el “efecto irradiación” de los derechos fundamentales.⁵

Asimismo, en España varios autores la sostienen, pudiendo comprobarlo en el texto citado de José Martínez Estay, y así también ha sido proclamada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, denominándola, “Eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, queriendo decir que estos no operan sólo de manera vertical (relación Estado/Ciudadano) sino que también de manera horizontal (relación Ciudadano/Ciudadano).

³ De Domingo Pérez, Tomás. (2006): *Óp. Cit.*, pág. 298.

⁴ Martínez Estay, José Ignacio. (1998): “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales” en *Revista Chilena de Derecho, Número especial*. pp. 59-64.

⁵ De Domingo Pérez, Tomás. (2006). *Op. Cit.* Vol. 1º Número 1, pág. 299.

El autor, en su texto hace referencia a fallos y a la opinión de la doctrina española en relación a este tema. Uno de los fallos mencionados, se refiere de manera explícita a ello: en la sentencia del Tribunal Constitucional español, 18/1984 de 7 de febrero, éste señaló que si bien el recurso de amparo procede sólo contra actos de los poderes públicos y sus agentes, ello *“no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho, como el que consagra el artículo 1 de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida real...”*.⁶ En relación al mismo fallo la profesora Inmaculada Vivas Tesón, lo relaciona con otra sentencia del Tribunal Constitucional (177/1988): *“ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios”*.⁷ La profesora sostiene, que parece que el artículo 53.1 de la Constitución Española en lo que quiere insistir es en la vinculación con lo que son los principales destinatarios de los derechos fundamentales que son los poderes públicos, y, en particular, fijar la vinculación del Parlamento al contenido constitucional de los derechos fundamentales, pero ello no implica la exclusión de los particulares. Además, señala que las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. El papel funcional como límites de lo decidible, se manifiesta, por tanto, en las relaciones del ciudadano con el Estado y de aquellos entre sí. De ahí, su indiscutible eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, cuyos actos, negociales o no, con repercusión para terceros no podrán desconocer nunca su contenido esencial.⁸

1.1) La eficacia de los derechos fundamentales.

El hecho de que los particulares se encuentren negativamente vinculados a los derechos fundamentales deja claro ya que estos despliegan respecto de aquellos algún tipo

⁶ Martínez Estay, José Ignacio. (1998): Óp. Cit. *pág.61*.

⁷⁻⁸ Vivas Tesón, Inmaculada. (2008): “La horizontalidad de los derechos fundamentales” en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Pág. 205-213*.

de eficacia, sea cual sea el tipo de esta, y al mismo tiempo que esta eficacia no es idéntica a la que despliegan respecto de los poderes públicos, vinculados positivamente a ellos.⁹

En el derecho alemán, tanto en doctrina como en jurisprudencia constitucional, se ha tratado de explicar el fenómeno de la eficacia horizontal, de esta explicación han emergido dos tesis principales y rivales sobre cuál es la forma en la cual los derechos fundamentales afectan el tráfico jurídico privado. La tesis dominante es la de la eficacia *indirecta o mediata*; la minoritaria, por el contrario sostiene una *eficacia inmediata o directa*.¹⁰ En cuanto a esta última, que consiste en reconocer a los derechos fundamentales eficacia directa o inmediata, permitiría a los individuos invocar directamente los derechos fundamentales ante los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía la lesión por parte de otro particular de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, haciéndolos valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales sin necesidad de la mediación del legislador.¹¹ Según Pablo Marshall, esta teoría fue tempranamente rechazada en Alemania, tenía el problema de ser un caso de lo que antes se denominó “prescindencia de la dimensión legal del derecho” y por otra parte por propiciar la inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional.¹²

La tesis dominante, por el contrario, nacida como reacción ante las severísimas limitaciones que la primera impondría a la autonomía privada, confiere a los derechos fundamentales una *eficacia indirecta o mediata*, por lo que los particulares sólo obtendrían tutela indirectamente a través de las posiciones jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto es, sólo como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos.¹³ Marshall, sostiene que este efecto en los derechos fundamentales requiere que el juez interprete de determinada forma una norma legal, pudiendo haberla interpretado de otra forma si los derechos fundamentales no se presentaran como vinculantes para dicha interpretación. De

⁹ Villaverde Menéndez, Ignacio; Requejo Rodríguez Paloma; Fernández Sarasola, Ignacio et al. (2004): “*Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*” Capítulo 8. Editorial Tecnos, España. Pág. 190.

¹⁰ Marshall Barberan, Pablo. Óp. Cit.

¹¹ Villaverde Menéndez. Óp. Cit. Pág. 191.

¹² Marshall Barberan, Pablo. Óp.cit.

¹³ Villaverde Menéndez. Óp. Cit. Pág. 192.

esta manera, los derechos fundamentales actúan vinculando al juez ordinario a la Constitución de una manera mediada por la legislación de derecho privado. Este es el efecto horizontal propiamente tal. Pero esta vinculación no se vuelve relevante sin el segundo nivel de operación. Este implica una prerrogativa al Tribunal Constitucional Federal de evaluar la constitucionalidad del fallo judicial, en un procedimiento de control de constitucionalidad de la actuación de un órgano del Estado, esto es, ya no en un procedimiento de aplicación sino en un procedimiento de control. Pablo Marshall en su texto desarrolla muy bien este tema, sin embargo no es pertinente a este trabajo profundizar en él.

Claramente, la doctrina y la jurisprudencia constitucional europea se dividen en cuanto a la defensa de una u otra postura en relación a la eficacia de los derechos fundamentales¹⁴, sin embargo existe una tesis que llama la atención en relación a esto y es aquella que desarrollan los autores españoles ya citados en este párrafo. Mientras la eficacia directa plantea en muchas ocasiones la dificultad de delimitar el contenido de los derechos fundamentales esgrimibles por los sujetos intervinientes en la relación jurídico-privada, la indirecta resulta difícilmente justiciable en caso de omisión legislativa o de una defectuosa transposición por el legislador, al considerarse las posiciones jurídico-subjetivas de un particular frente a otro como huérfanas de iusfundamentalidad. Frente a eso, sostienen que la Constitución Española de 1978 ha querido atribuir a los derechos fundamentales una *eficacia indirecta matizada*. Desde esta posición no cabe concluir que los mismos sólo poseen eficacia de carácter legal en los términos establecidos por el legislador, aunque tampoco que todo el contenido de cualquier derecho fundamental es directamente oponible a los particulares. Es preciso delimitar correctamente el contenido del derecho fundamental que se esgrime en cada concreta relación jurídico-privada en función de la naturaleza del propio derecho y de la relación de que se trate, pues ambos pueden hacer variar la posición en la que se encuentra el particular y, con ello, la eficacia del derecho fundamental frente a los particulares.

Esta es, en relación a la hipótesis que se quiere demostrar en esta tesina, la doctrina más adecuada en orden a otorgar eficacia horizontal a los derechos fundamentales. Porque

¹⁴ Villaverde Menéndez y otros. Óp. Cit. Pág. 192.

si se está utilizando esta teoría para relacionarla con el recurso de protección en materia contractual, este es un tema y como se verá más adelante, muy casuístico, en el cual no se pueden tomar posturas absolutas en relación a una determinada situación. Como se tratará en profundidad en el siguiente capítulo, si se va a recurrir de protección por el incumplimiento de una obligación contractual, habrá primero que determinar cuáles son los factores que influyen para que ese incumplimiento consista efectivamente en una violación al derecho de propiedad sobre el crédito que tiene el acreedor y en relación a esto hay que estarse a lo que ocurra en cada caso particular y no tener una visión drástica del tema.

1.2) Situación en Chile.

José Martínez, señala que hay algunas Constituciones que contienen preceptos que podrían entenderse como la positivización constitucional de la doctrina de la *Drittwirkung*, entre esas, por ejemplo las constituciones portuguesa, española y chilena. En el caso de Chile, la carta fundamental señala en su artículo 6° inciso 2° “*los preceptos de esta constitución obligan... a toda persona institución o grupo*”. Además el autor señala que la CPR hace justiciables una serie de derechos en contra de los particulares, a través de los recursos de protección y amparo, estas acciones se conceden contra actos u omisiones arbitrarias o ilegales, ya sean estatales o privadas, que priven o amenacen los derechos señalados en los artículos 20 y 21 de la carta. Concluye el autor indicando que en virtud de los dos argumentos legales anteriores, puede afirmarse que en Chile la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no es una disquisición académica, sino una realidad constitucional. Incluso sigue al profesor Eduardo Soto Kloss, para ilustrar los cambios que ha habido en la jurisprudencia en relación a esta teoría. Señala que en un comienzo la jurisprudencia sostuvo que el recurso de protección no procedía entre particulares, pero al cabo del tiempo las cosas cambiaron. De hecho, hoy en día gran parte de los recursos de protección que conocen las Cortes de Apelaciones, dicen relación con presuntas vulneraciones de derechos fundamentales por particulares y no por el Estado.¹⁵

Miguel Fernández, ilustra, lo anterior de forma muy clara, expone: “*No puede, en consecuencia, ser desconocido el valor y vigencia de los derechos fundamentales entre*

¹⁵ Martínez Estay, José Ignacio. (1998): Óp. Cit.

particulares. Menos cuando ello se encuentra, fuera de toda duda, establecido en el artículo 6º inciso 2º de la Constitución, ello por cuanto:

- a) El poder político no es el único capaz de dañar a las personas.*
- b) La consideración exclusiva de los derechos como límites al poder estatal, es propia de un momento de predominio del positivismo estatalista en la cultura jurídica, situación que hoy ha cambiado profundamente.*
- c) El Derecho privado no es ya expresión de un número de normas generales y estables.*
- d) Los derechos fundamentales cumplen dos funciones en el Ordenamiento. Son susceptibles de atribución individual, como derechos subjetivos, pero también otra objetiva, como parte de la norma básica material de identificación de normas. En esta segunda función, son guía para la producción e interpretación de las restantes normas del Ordenamiento.*

En consecuencia, no admite duda alguna, especialmente de frente al nítido tenor del artículo 6º inciso 2º de la Constitución, que los derechos fundamentales – y, en verdad, todo precepto contenido en la carta fundamental- imperan también en las relaciones entre particulares y no quedan reducidos a oponerse nada más que de frente a las actuaciones u omisiones de los órganos estatales.”¹⁶

En relación a lo anterior, Ramón Domínguez Águila, luego de hacer un extenso y completo análisis sobre el desembarco de la Constitución en el derecho privado, señala que al constitucionalizarse los derechos fundamentales y al dotárseles por la carta fundamental de medios de protección efectivos, estos ya dejan de ser sólo obligatorios para los poderes públicos, que no pueden quebrantar dichos derechos al ejercer sus funciones, por impedirlo los artículos 6,7,y 19 N° 26, sino que también son obligatorios para los demás individuos,

¹⁶ Fernández González, Miguel Ángel. (2004): “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales” en *Temas de derecho / Universidad Gabriela Mistral*. (Santiago, Chile). Vol. XIX, no.1 y 2 (ene. /dic. 2004), pág.219 y 220.

con lo cual tienen eficacia inmediata en la relación con los particulares y ello sin necesidad de previa reglamentación legal.¹⁷

Por otro lado, Eduardo Aldunate, es categórico al señalar que el efecto relativo u horizontal de los derechos fundamentales es aceptado sin discusión y sin mayor reflexión en Chile. Plantea, argumentando con variadas posiciones doctrinarias, que las disposiciones de la CPR, presentan una configuración tentadora para proponer que en nuestro país la *Drittwirkung* tiene total aplicación. En especial se refiere a los artículos 6 inciso 2º y 20 de la Carta Fundamental. Sin embargo, el autor hace una aclaración importante: *“Lo que se conoce como la doctrina de la Drittwirkung, en su país de origen, no ha llegado a asentarse como posibilidad de derivar una vinculación directa de los particulares respecto de los derechos constitucionales, sino solamente como deber para los órganos del Estado de considerar las normas sobre derechos constitucionales al momento de decidir entre controversias sobre particulares, sin constituir esos derechos constitucionales, nunca, una fuente directa e inmediata de deberes u obligaciones entre particulares. Cuando se habla de efecto relativo, entonces, se alude a criterios que adquieren relevancia dentro del examen de constitucionalidad de la actuación de un órgano del Estado: normalmente un órgano jurisdiccional.”*¹⁸

Me parece acertado, incluir esta aclaración en esta tesina, ya que con la misma no se está planteando una postura absoluta en orden a reconocer el asentamiento en nuestro ordenamiento jurídico de la doctrina de la *Drittwirkung*, si no que solamente y como se verá en los capítulos siguientes, el objeto de tratarla en el marco teórico de este trabajo, es para fundamentar como, en un conflicto derivado de una relación entre particulares, el juez debe considerar las normas de derechos constitucionales al momento de resolver la controversia. Y darle a la norma de derecho privado una interpretación que respete los, derechos fundamentales de ambas partes.

¹⁷ Domínguez Águila, Ramón. (1996): “Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil chileno” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCIII. Nº 3.

¹⁸ Aldunate L. Eduardo (2000): “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales” en *La constitucionalización del derecho Chileno*. Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pag.14.

2. El derecho de propiedad y las cosas incorpóreas.

2.1) Qué se entiende por “cosas incorpóreas”.

En la medida en que razonablemente se expande el concepto de cosa incorpórea y van surgiendo nuevos derechos, por la vía de entender que sobre los mismos existe derecho de propiedad, se ha ampliado el amparo constitucional más allá de los límites deseados por la Carta Fundamental. Se ha sostenido que están sujetos a protección, aun derechos a los cuales el constituyente privó de la protección directa que le otorgaba a través del recurso de protección. Así, por ejemplo está excluido de este, la garantía constitucional a la salud, y sin embargo es objeto del mismo recurso, por la vía de sostener que hay propiedad sobre el “derecho a la salud”. En suma, el derecho de propiedad queda desvirtuado, cuando por la vía de sostener que hay dominio sobre cualquier cosa incorpórea, transformamos el concepto de este derecho real en un “concepto válvula” o concepto indeterminado.¹⁹ Es por esto, que se hace necesario definir qué se entiende por cosa incorpórea y que es lo que realmente protege la constitución.

Tradicionalmente se ha entendido como cosas incorpóreas: *“Aquellas que no existen realmente, sino que se comprenden, son abstracciones, que la inteligencia concibe y distingue, pero que necesariamente escapan a nuestros sentidos, que no podemos tocar, porque consisten en meros derechos, relaciones o facultades de las personas con respecto a las cosas corpóreas”*.²⁰ En el mismo sentido, Hugo Becerra señala que las cosas incorpóreas son *“aquellas que escapan al control de los sentidos, no podemos concebirlas sino por abstracciones de inteligencia. Actúan en una órbita que no ofrece otro límite que*

¹⁹ Linazasoro Campos, Gonzalo. (2005): “Propiedad y cosas incorpóreas, derechos protegidos constitucionalmente a través de este derecho real” en *Estudios de derecho civil : código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil : Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.

²⁰ Claro Solar, Luis. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo Sexto, De los Bienes parte primera. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. En este sentido, el autor hace primero una distinción entre cosas y bienes. Entendiendo por cosa a todo lo que existe y puede ser de alguna utilidad a los hombres, sea que pueda ser poseído por ellos, como un campo o un animal, sea que por su naturaleza escape a la apropiación, como el aire, etc. La palabra bienes, tiene una connotación más restringida, designando con ella solamente las cosas que forman parte de algún patrimonio. Todos los bienes son cosas, pero no viceversa.

la facultad de concepción del hombre”.²¹ Victorio Pescio, también adoptaba esta concepción de cosa incorporal: “*cosas corporales son aquellas que tienen un ser real y las incorporales los meros derechos, sean reales o personales*”.²²

El artículo 565 CCCH señala que las cosas incorporales consisten en meros derechos. A su vez, el artículo 576 CCCH señala que: “*Las cosas incorporales son derechos reales o personales*”. Luego el artículo 577 CCCH dispone la definición de derecho real: “*Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*”. Y por último, el artículo 578 CCCH habla de los derechos personales o créditos: “*Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.*” En relación a esto, la doctrina ha dicho lo siguiente:

Carlos Ducci sostiene: “*Dentro del ordenamiento jurídico los elementos de la relación jurídica pueden ser solamente cosas o personas. Si, a través de un falso razonamiento quitamos el carácter de cosas incorporales a determinados derechos es evidente que no podemos incluirlos en el ámbito de cosas corporales, por otra parte como tampoco podemos considerarlos personas, resulta que quedarían fuera del derecho. Estarían confinados a un limbo jurídico y su protección jurídica sería imposible. El artículo 576 CCCH al decir que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” está solamente reforzando el concepto del inciso final del artículo 565 al declarar que las dos categorías más importantes de derechos y que eran los que tenían relevancia al dictarse el Código constituyen cosas incorporales. Es decir, reitera respecto de ellos lo*

²¹ Becerra, Hugo. (1948). *Bienes incorporales*. Universidad de Chile, Santiago.

²² Pescio Victorio. (1958). *Manual de Derecho Civil*. 2ª Edición Editorial Jurídica de Chile. Santiago. El autor se hace cargo de la consecuencia de adherir a esta clasificación, en orden a que así señalado, quedarían sin ubicación bienes con un inmenso valor económico por la utilidad que prestan y por estar sometidas al poder del hombre (como el gas, el vapor y la electricidad). Señala que es cierto que para decidir acerca de la corporalidad de las cosas los Romanos, se basaban en la tangibilidad de las mismas, este criterio es correcto siempre que no se requiera una tangibilidad absoluta o manual: los elementos señalados, son intangibles pero pueden ser considerados como cosas corporales porque son dominables y utilizables por el hombre en la satisfacción de las necesidades humanas y dentro de tal concepto, además son considerados bienes corporales muebles.

*preceptuado en general por el artículo 565, pero, en ningún caso, limita a sólo esos derechos el carácter de cosas incorporales”.*²³

Gonzalo Linazasoro a su turno señala: *“El contenido esencial de derecho de propiedad es el dinero y, en consecuencia, todas aquellas cosas incorporales que no sean avaluables en forma directa están fuera de la posibilidad de protección a través del dominio”.*²⁴

En relación a lo anterior hay una opinión que resulta interesante. Luego de hacer el correspondiente análisis en orden a distinguir “cosas” y “bienes”²⁵, se señala lo siguiente: *“Cabe concluir, en el mismo tenor que el Código Civil Chileno, para que una cosa pueda ser calificada como incorporal, debe primero, ser “bien”, o sea, poder ingresar efectivamente a un patrimonio y, segundo, consistir (ser) un “derecho”. No concurriendo alguno de estos dos requisitos la cosa, aunque sea filosóficamente incorporal, o calce dentro de alguna definición doctrinaria de ellas como: “las que no tienen una existencia física y sólo pueden percibirse mental o intelectualmente”, jurídicamente en Chile, no serán cosas incorporales”.*²⁶

Teniendo ya una noción clara, de lo que el Código Civil considera como cosas incorporales, podemos analizar en qué sentido se ha entendido por la doctrina que sobre dichas cosas hay derecho de propiedad.

²³ Ducci Claro, Carlos (1988): “Las cosas incorporales en nuestro derecho” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXXIII N°2 pp. 29-35.

²⁴ Linazasoro Campos, Gonzalo. Óp. Cit. Pág. 258. En relación a esto el autor hace la siguiente aclaración. Señala que los derechos que deben ser protegidos constitucionalmente son sólo aquellos avaluables directamente en dinero y no producto de un ilícito o la intermediación de fuente alguna de las obligaciones. La transgresión de un derecho extrapatrimonial y su posterior resarcimiento a través del dinero, no significa que estamos avaluando el referido derecho, simplemente se está compensando la transgresión al mismo. Ello tampoco significa que se esté limitando la protección constitucional del derecho de propiedad a las cosas incorporales tan solo a los derechos reales y personales, por cuanto existe una serie de derechos que no podemos clasificar en estas categorías, y que son susceptibles de directa evaluación en dinero, por ejemplo el derecho de llaves sobre un establecimiento de comercio. En suma, lo que sostiene es que deben excluirse de la protección constitucional las cosas que no son susceptibles de ser objeto de dominio, y que dado que el contenido esencial de este derecho real lo constituye el valor dinero, todos los derechos que no sean pecuniariamente avaluables en forma directa, no pueden ser objeto del derecho de propiedad.

²⁵ Ya explicada en cita n° 20, en opinión de Luis Claro Solar.

²⁶ Tomarelli R., Feliciano. (2008): “Regulación constitucional del derecho de propiedad sobre bienes incorporales” en *Revista de estudios Ius Novum* N°1. pp. 189-221.

2.2) Alcance de la propiedad en la constitución versus el Derecho Civil.

a) Postura de Hernán Corral.

Nuestro Código Civil consagra en su artículo 565 “*Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.*” Además define el derecho de dominio o propiedad como un derecho real en una cosa corporal, en el artículo 582. Inmediatamente después, el artículo 583, establece que “*sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad*”. Y finalmente en el artículo 584 señala que “*las producciones del talento y del ingenio son una propiedad de sus autores*”.

Según el profesor Hernán Corral, en virtud de lo anterior, sin lugar a dudas el Código admite la conclusión de que el sujeto activo de un derecho real o personal, es a la vez, titular de un derecho real de propiedad que recae sobre ese mismo derecho o crédito. Derecho o crédito que a su vez es considerado por la ley como una “cosa”, incorporal. Por tanto el acreedor se convierte en dueño de su crédito y el usufructuario en dueño de su derecho de usufructo. Además señala que esta conclusión ha sido consolidada por nuestra Constitución Política de 1980, ya que en su artículo 19 n° 24, establece que se asegura a todas las personas el derecho de propiedad “*en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”. Es en relación a esto, dice el autor, es que a la vieja duplicidad de derechos en la propiedad (sobre el derecho de propiedad, que es un derecho y, por ende, “cosa incorporal”, habría un derecho de propiedad sobre ese derecho y, así sucesivamente, hasta el infinito), se suma el problema de poner fronteras a la aparentemente incontenible extensión del derecho de dominio, crecimiento que puede llegar a atentar contra la misma protección de la propiedad y de los derechos más fundamentales de las personas. Los conceptos se devalúan cuando pierden especificidad.²⁷

Ante esto, el autor expone su postura: El artículo 582, se resiste a ser reducido a una mera descripción de una modalidad de propiedad. Hay claramente en su texto la intención de fijar un concepto jurídico general, que posibilite la aplicación de la regla interpretativa del artículo 20 del CCCH en relación a las palabras de la ley. Los preceptos siguientes,

²⁷Corral, Hernán. (1996): “Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1, pp. 13-18.

artículos 583 y 584, son dependientes de la propia definición del artículo 582 CCCH, ya que ellos extienden el concepto contenido en el primero y no conceptualizan la propiedad sobre cosas incorpóreas o intelectuales. En suma el artículo 583, al disponer que sobre las cosas incorpóreas hay una especie de propiedad, nos está diciendo que hay una “suerte” de propiedad sobre ellas, una propiedad parecida, semejante, análoga, aunque no idéntica a la propiedad sobre cosas corpóreas, que es la propiedad prototípica.²⁸

b) Postura de Alejandro Guzmán Brito:²⁹

En un primer momento, al referirse a la propiedad sobre cosas incorpóreas, las define. Señala que la expresión “cosas incorpóreas” en su sentido técnico-jurídico no debe ser identificada con las nociones filosóficas que dicen relación con lo ideal o lo incorpóreo, sino que comprende únicamente aquellas relaciones subjetivas que pueden incluirse dentro de la categoría de derechos reales o derechos personales. Otras realidades intelectuales, como son por ejemplo los derechos de la persona, son derechos extrapatrimoniales, entonces no podrían ser bienes por definición. No por esto dejan de ser cosas incorpóreas, pero no se las puede calificar en rigor como “cosas incorpóreas” en la terminología jurídica de nuestro Código Civil. Sólo los derechos, primeramente señalados, son cosas incorpóreas.

El artículo 582 del CCCH señala: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corpórea, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”*. La norma define un derecho real, cuyo objeto recae sobre una cosa corpórea, el cual permite gozar (incluidos el uso y el disfrute) y disponer de ella. A su vez, el artículo 583 dice: *“Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad”*. Y por último el artículo 584 establece: *“Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales”*. Como se aprecia, el CCCH recurre en dos oportunidades a la frase “especie de

²⁸ Corral, Hernán. Óp. Cit. Pág. 17.

²⁹ Guzmán Brito, Alejandro. (1995): *“Las Cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo”*. 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 260 pág.

propiedad”. El autor señala que el uso del vocablo “especie” no es fortuito, y no hay razón para dejar de entenderlo en su sentido lógico que fluye de ponerlo en contacto con el término “genero”. Por lo tanto, si sobre las cosas incorpóreas hay una “especie” de propiedad, y sobre las producciones del talento y del ingenio también hay una “especie” de propiedad, esto necesariamente nos debe conducir a pensar que existe un género “*propiedad*”, del cual las dos propiedades antes mencionadas son especies.

El artículo 582 no define el género propiedad al cual pertenecen las dos especies anteriormente analizadas, sino que define otra especie de propiedad, cuya especificidad deriva del objeto sobre el cual ella recae: el derecho real de dominio sobre las cosas corporales. Para haber entendido que el artículo 582 contenía el género al cual pertenecen las especies de los artículos 583 y 584, hubiese sido necesario que este no se refiriera a: “derecho real en una cosa corporal”, porque si bien este último concepto es genérico en relación a muchas especies, como muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, consumibles o no consumibles, etc., bajo ninguna circunstancia es genérico en relación a “cosa incorpórea” y a “producciones del talento y del ingenio”. Basta con que el artículo 582 contenga pues, cualquier elemento que *no* sea genérico frente a todas las nociones y elementos descritos en los artículos 583 y 584, para que sea suficiente para *descartar* de inmediato que la definición del artículo 582 sea el género “propiedad” que presupone la existencia de las “especies de propiedad” de los segundos. Es decir, es dogmáticamente imposible que la propiedad de las cosas incorpóreas sea una especie de la propiedad de las cosas corporales. Ergo, como el artículo 582 no define el género “propiedad”, sólo establece una de sus especies, la del dominio sobre cosas corporales. Especie por lo demás que se encuentra en el mismo rango o nivel sistemático que las “especies de propiedad” de los artículos 583 y 584 del CCCH.

Junto con lo anterior, el autor no encuentra ninguna razón para sostener que el género al que pertenece la propiedad específica del artículo 582 sea distinto a aquel al que pertenecen las “especies de propiedad” de los artículos 583 y 584 CCCH. Con relación a lo anterior, es necesario entonces pensar en la existencia de un género supremo que acoge al menos tres especies de propiedad y a sostener que la especificidad de cada cual radica en el objeto de la respectiva propiedad, esto es: el dominio de las cosas corporales, las cosas

incorporales y las producciones del talento y del ingenio (o mas actualmente: los derechos especiales sobre dichas producciones). Claramente el CCCH no define este género, pero desde el momento en que trata tres especies diferentes, es imposible que no haya pensado en un género. Este género lo presupone. La construcción de este género tiene que hacerse en base a notas que sean de manera absoluta comunes a las 3 especies de propiedad anteriormente señaladas. Pareciera ser, según el autor, que la nota común a las tres especies es el concepto denotado por la palabra “propiedad”, usado con el mismo sentido en los artículos 583 y 584 y con uno distinto en el artículo 582. Luego de hacer un análisis de los sentidos de la palabra propiedad (que no me parece contingente señalar en este trabajo), el autor señala que el correcto a utilizar en esta hipótesis, es el sentido genérico de la palabra “propiedad”, esto es: la cualidad abstracta que algo puede tener de ser “propio” de alguien, en oposición no a común, sino a “ajeno”. En efecto, se puede decir correctamente de algo ser “propio”, con respecto a una cosa corporal, a una cosa incorporal (un derecho) y a las producciones del talento y del ingenio. A juicio del autor, este concepto genérico de propiedad cubre las tres especies definidas en los artículos 582, 583 y 584 CCCH. Ahora bien, el autor hace la siguiente aclaración: No es que haya tres especies de un único derecho de propiedad, sino que varias especies de una única “propiedad”, aunque cada una de estas especies sí resulte ser un derecho, de todos los cuales puede decirse ser “propiedad” de alguien. Sin embargo, el autor señala que hoy en día, se dispone de otra palabra para designar el atributo: “*titularidad*”. Modernamente, decir, titularidad o pertenencia del dominio de los derechos reales, de los personales (de las cosas incorporales) y de los derechos derivados de la creación intelectual e industrial, es lo mismo que decir, propiedad sobre cada uno de estos derechos, porque en todos los casos el objeto de que se trate puede decirse que es “propio”.

El análisis anterior, permite llegar a una conclusión importante para la delimitación de la aparente extensión del derecho de dominio, a raíz de considerar que el derecho que recae sobre el derecho de dominio es un derecho real, postura tratada más arriba por el profesor Corral: la especie de propiedad sobre las cosas incorporales del artículo 583 CCCH, no es ella misma un derecho real, ni una cosa incorporal, únicamente es el atributo abstracto que ofrecen estas cosas, igual que el dominio, de ser propias de alguien, ergo, con lo anterior el autor sostiene que no cabría la posibilidad de invocar dominio sobre el

derecho de propiedad y a su vez dominio sobre este derecho y así hasta el infinito, logrando vulnerar la protección al derecho de propiedad. Con esta postura, no se pierde la especificidad del concepto, evitándose su devaluación.

El contenido conceptual sustantivo de esta titularidad, es la “*exclusividad*”, si se analizan las definiciones y funcionamiento de los distintos derechos reales y personales, se encuentra algo en común que ordinariamente no viene expresado en ninguna definición y que no obstante resulta esencial en todos, se trata de la exclusividad del correspondiente aprovechamiento o de la exigibilidad. En opinión del autor, el contenido sustancial de la titularidad de los derechos es esta esencial exclusividad que les proporciona a todos; y porque se da una propiedad sobre los derechos es que no resultó necesario al CCCH incluir tal nota en la definición de cada uno.

Por último, y en relación a la protección constitucional de la propiedad, el autor señala que lo que efectivamente protege la CPR en su artículo 19 N° 24 es este concepto genérico de propiedad, al contener en él la frase: “*El derecho de propiedad en sus diversas especies*”. Es muy claro que con “propiedad” la norma se refiere a una genérica, puesto que reconoce haber diversas especies suyas. Pero junto con ello señala que la norma constitucional incurre en una incorrección en la redacción de esta frase, ya que al mismo tiempo que reconoce a la propiedad como género, la califica a su vez de “derecho”, con lo cual supone la existencia de un único derecho abstracto de propiedad, cuyas diversas especies tendrían que ser el derecho de dominio sobre las cosas corporales, la propiedad sobre las incorporeales y la propiedad sobre las producciones del talento y del ingenio. Bastaba con haber asegurado “*la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna*” o bien “*la inviolabilidad de la propiedad sin distinción alguna*”.

Esta es la postura junto con la de Gonzalo Linazasoro, las que más elementos entregan a este trabajo, en orden a sostener que hay propiedad sobre los derechos contractuales. Considerando al derecho de crédito, como aquel derecho que para efectos de esta tesis es un derecho contractual³⁰, este derecho de crédito, es un derecho personal de contenido económico, por lo tanto forma parte de la categoría de los derechos

³⁰ Se especificará sobre los derechos contractuales en el próximo acápite.

patrimoniales³¹. Visto lo anterior, el derecho de crédito, cumple los dos requisitos, señalados más arriba por la doctrina para ser considerados desde el punto de vista jurídico, “cosa incorporal”, es un *bien* y es *derecho*. Adoptando la postura de Linazasoro, es entonces, una cosa incorporal avaluable directamente en dinero, por lo tanto posible de ser protegido a través del dominio. Adscribiendo a esta postura y a la del profesor Guzmán, es factible argumentar derechamente ante una Corte de Apelaciones, que este derecho de crédito está protegido por la garantía constitucional del artículo 19 n° 24 de la CPR, al sostener este último una doctrina que incluye dentro del género protegido por la Constitución, a las cosas incorporales, concebidas tal y como se ha hecho más arriba. Junto con lo anterior, y a diferencia de la postura del profesor Corral que señala que sobre las cosas incorporales hay una “suerte” de propiedad parecida a la que recae sobre las cosas corporales, la postura del profesor Guzmán hace un completo análisis de la propiedad sobre las cosas incorporales. Si se va a hablar de los recursos de protección en materia contractual y de la vulneración del derechos de propiedad sobre los créditos, es necesario tener un concepto claro y muy bien definido de la propiedad sobre las cosas incorporales y no quedarnos solo con una “suerte de propiedad”, con eso nada se clarifica y se prestaría para malas interpretaciones. Por lo demás el profesor Guzmán se encarga de solucionar el problema de la posibilidad de invocar dominio sobre el derecho de propiedad y a su vez dominio sobre este derecho y así hasta el infinito, logrando evitar la vulneración al derecho de propiedad. No se produce la devaluación del concepto de propiedad. Es por lo anterior, que para efectos de esta tesis, adoptar las posturas de Linazasoro y de Guzmán, es lo óptimo para sostener que efectivamente existe propiedad sobre los derechos contractuales.

³¹ Se llega a esta conclusión, producto de la clasificación realizada por Hugo Becerra, en su obra ya citada. El autor sostiene que las cosas incorporales consisten (siguiendo al CCCH) en meros derechos. A su vez los derechos, se dividen en políticos y civiles. Para efectos de este trabajo sólo interesan los civiles. Los derechos civiles se dividen a su vez en dos grandes categorías: derechos patrimoniales y derechos de familia. Los derechos de familia son los que emanan de los vínculos familiares o de las calidades de padre, marido, hijo, etc. No son objeto de apreciación económica y son intransferibles. Los derechos patrimoniales a su turno son aquellos que teniendo por objeto obtener una ventaja pecuniaria, pueden evaluarse en dinero. Y concluyendo, el autor señala que son estos, los derechos patrimoniales, los que se clasifican en reales y personales. Siendo los derechos personales los derechos creditorios de contenido económico.

3. Derecho de propiedad sobre los derechos contractuales y vulneración de este derecho (protegido constitucionalmente) a través del incumplimiento contractual.

3.1) Qué se entiende por derechos contractuales.

Adhiriendo a la explicación dada por Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, la obligación es una situación bipolar, que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es titular de un derecho subjetivo (derecho de crédito), que le faculta para exigir frente al deudor lo que por este es debido (prestación). Al mismo tiempo como medida complementaria el acreedor se ve investido de la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra los bienes del deudor, así como investido también de una serie de facultades para la defensa de sus intereses. La segunda faceta o el segundo polo es la posición del deudor. El deudor es el sujeto de un deber jurídico (deuda), que le impone la observancia del comportamiento debido y le sitúa en el trance de soportar, en otro caso las consecuencias de su falta.³² En virtud de lo anterior, los autores señalan que la primera fuente de la relación obligatoria es el negocio jurídico y a su vez el más típico de los negocios jurídicos es el contrato.³³ Entonces, en lo que a este trabajo compete, me referiré únicamente a aquellas obligaciones que tienen un origen únicamente contractual. De este contrato que da lugar a una relación directa y especial entre dos individuos, entonces surge el derecho de crédito (acreedor) y la obligación (deudor). Es este derecho de crédito el que para efectos de esta tesis es considerado como derecho contractual.

El profesor Luis Claro Solar entrega un adecuado concepto de derecho de crédito: *“El Derecho de crédito consiste en una relación especial entre dos individuos, mediante la cual uno de ellos puede exigir del otro alguna prestación que según el derecho común no lo debería”*. El derecho personal, ata a los individuos respecto de los cuales ha creado una

³²⁻³³ Diez-Picazo, Luis; Gullón Antonio. (2006). *Sistema de Derecho Civil*. Novena Edición. Vol. II. Editorial Tecnos, Madrid. No es pertinente a este trabajo referirse a la teoría del negocio jurídico, pero si se quiere profundizar más en el tema, el autor lo trata, en la obra *“Instituciones de derecho Civil” (1998)*, Editorial Tecnos. Tampoco es pertinente en honor a la extensión de estas líneas, referirse a las demás fuentes de las obligaciones. En el mismo sentido de ilustrar el concepto de obligación, Abeliuk, René. (2003): *Las Obligaciones*. Tomo I. 4ª edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

relación directa, formando entre ellos un lazo de derechos, una obligación, que bajo el punto de vista activo, toma el nombre de *crédito* y pasivamente, el de *deuda*.³⁴

No es objeto de este acápite profundizar en materia de incumplimiento, puesto que esto será tratado con mayor profundidad en el capítulo segundo de este trabajo. Únicamente, aquí trataré el fundamento que han tenido las Cortes de Apelaciones en orden a entender porqué el incumplimiento de la obligación emanada del contrato vulnera el derecho de propiedad que tiene el acreedor respecto de su derecho personal o derecho de crédito.

3.2) Fundamentación jurisprudencial.

En virtud de las dos teorías expuestas en los primeros dos acápites, se puede llegar a una conclusión que ha sido también acogida por la Ilustrísima Corte de Apelaciones cuando ha conocido de acciones de protección en materia contractual. Las Cortes han declarado que el incumplimiento de un contrato, en sentido amplio, esto es, como la eventualidad de que el contratante no reciba la prestación que según el contrato le corresponde, atenta contra el derecho de propiedad sobre los derechos personales emanados del contrato. Los profesores Andrés Jana y Juan Carlos Marín, sostienen que las Cortes se han pronunciado en materia contractual, haciéndose cargo de dos situaciones específicas que afectan a los contratos, por una parte, el incumplimiento contractual del mismo, y por otra, la terminación o modificación unilateral de la convención. En el fondo y especialmente en el caso de término, el deudor no infringe su deber de prestación de modo directo, sino que pretende dar por extinguida o modificada la relación contractual misma y consecuentemente los derechos que de ella emanen. No obstante lo anterior, desde la perspectiva en análisis (amenazas, privación o perturbación del derecho constitucional de propiedad, provenientes de la otra parte del contrato) pareciera que estos actos pueden ser tratados conjuntamente.³⁵

³⁴ Claro Solar, Luis. (1979). Óp. Cit. Pág. 19.

³⁵ Jana Linetzky, Andrés; Marín González, Juan Carlos. “*Recurso de protección y contratos*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica. (1996) pág. 55.

Así por ejemplo en materia de incumplimiento de contrato de arrendamiento la Corte de Apelaciones de Coyhaique señaló lo siguiente: *“Que, según lo ha confesado el propio recurrido, él se ha hecho justicia mediante autotutela, ya que ha entrado en posesión del inmueble cuyo arriendo permanece vigente a favor del recurrente; acto que los sentenciadores estiman ilegal y por el cual el recurrido ha vulnerado el derecho de propiedad del recurrente, en cuanto a su derecho a ocupar y gozar del mismo, hasta el vencimiento del contrato de arriendo respectivo, al cual no se le ha puesto termino, ni de mutuo acuerdo, ni por sentencia judicial ejecutoriada.”*³⁶

De lo anterior se desprende que el argumento de la Corte es el siguiente:

a.- El derecho fundamental a garantizar por el recurso de protección es la propiedad que el recurrente tiene sobre su derecho a ocupar y gozar del bien hasta el vencimiento del contrato (también puede ser la que se garantice la propiedad del titular del derecho personal a cobrar una determinada suma de dinero y otros, dependiendo de la obligación de que se trate).

b.- Que el derecho fundamental de propiedad se ve afectado cuando el recurrido arrendador, ha entrado en posesión del inmueble estando aun vigente el contrato de arrendamiento, esto es, ha incumplido el contrato, al no abstenerse de hacer uso del inmueble durante su vigencia.

Así también, las Cortes se han pronunciado en materia de modificación unilateral del contrato, por ejemplo en relación a esto, la Corte de Apelaciones de Santiago dijo, luego de considerar como acto arbitrario o ilegal la privación, perturbación y amenaza del legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 N° 24 de la CPR, producidas por la modificación unilateral del contrato de salud que liga al recurrente con la recurrida ISAPRE: *“su conducta no aparece revestida de la necesaria racionalidad y fundamento, razón por la cual el recurso de protección debe ser acogido, pues el actuar ilegal y arbitrario descrito ha atentado contra la garantía establecida en el*

³⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique (2008) Caso Almada, Rubén D. / Fernández Laurent, Roberto E. 26 de Noviembre de 2008. www.microiuris.com.

artículo 19 N° 24 de la CPR, recaída sobre los derechos que emanan del contrato de salud que mantiene con la recurrida.”³⁷

En relación a lo anterior (que son sentencias actuales de las Cortes de apelaciones citadas) y a muchos otros fallos mencionados por los profesores antes señalados, la línea de argumentación de la Corte, lleva a sostener que el incumplimiento de un contrato viola la garantía de propiedad que el recurrente tiene sobre el derecho personal emanado del mismo contrato.

Estos profesores señalan en el libro ya citado, las siguientes especificaciones que ha hecho la Corte:

1.- La CPR asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales (artículo 19 N° 24).

2.- Las cosas incorporales son derechos reales o personales (artículo 576 CCCH).

3.- Los contratos son fuente de derechos personales (artículo 1437 CCCH).

4.- Todo acto que vulnera un derecho personal, vulnera la propiedad que la CPR asegura sobre bienes incorporales.

5.- El incumplimiento de un contrato vulnera un derecho personal.

6.- Un acto de incumplimiento de contrato vulnera el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes incorporales que la CPR asegura;

Atendido lo anterior, la norma que se deduce del criterio utilizado por la Corte puede resumirse como la siguiente:

*“Todo x que incumple un contrato vulnera el derecho de propiedad que su acreedor tiene sobre el derecho personal que emana del contrato”.*³⁸

La conclusión anterior, claramente contiene en si misma las dos teorías ampliamente expuestas más arriba. Por una parte, reconoce la propiedad sobre las cosas

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2008). Santiago 26 de junio de 2008.

³⁸ Jana Linetzky, Andrés; Marín González, Juan Carlos. (1996) Óp. Cit.

incorporales (en este caso, los derechos emanados del contrato) y por la otra, sostiene también que los particulares son sujetos pasivos de los derechos fundamentales, esto es, así como la CPR les reconoce derechos, ellos también deben respetar los que la CPR reconoce a las otras personas, absteniéndose de realizar actos que puedan amenazarlos, privarlos o perturbarlos.

CAPÍTULO II.

Introducción.

El presente capítulo consta de dos partes. En la parte primera, se tratará, en un primer momento, el tema de la procedencia del recurso de protección entre particulares, principalmente en materia contractual. Luego, en forma expositiva se señalará cual ha sido el razonamiento, tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Excma. Corte Suprema, ya sea para acoger o rechazar los recursos de protección en materia contractual. En la segunda parte de este capítulo, me referiré al incumplimiento contractual, a su situación actual. Bien sabido es que la doctrina tradicional trata al incumplimiento contractual desde la perspectiva siempre del deudor, y relacionándolo directamente con la culpa. En este acápite se hará mención también a la opinión de la doctrina actual y a su forma de tratar el incumplimiento contractual acorde al nuevo derecho de la contratación, enfocándolo desde la perspectiva del acreedor y razonando siempre sobre un incumplimiento objetivo y amplio de la obligación. En relación a esto último, se citarán posturas nacionales y extranjeras. Por último, se hará referencia a los remedios contractuales a los cuales puede optar el acreedor una vez que se ha producido el incumplimiento propiamente tal. Se analizará la situación actual de estos en nuestro CCCH, la dispersión en su tratamiento, así como también la conveniencia de la elaboración de un “*sistema de remedios*”, a nivel doctrinario. Conveniencia vista desde el punto de vista práctico, ya sea para la aplicación de los efectos anormales de las obligaciones, así como también para el estudio y más completo entendimiento de los mismos. Y por último se analizará la facultad del acreedor de elegir u optar entre los distintos remedios contractuales que ofrece el ordenamiento jurídico, una vez ocurrido el incumplimiento, ya que es él el que sabe a modo cierto, cual es su interés en la obligación y como logrará de mejor manera satisfacer éste interés (no satisfecho en la forma normal con el cumplimiento de la obligación) posterior al incumplimiento de la misma.

Parte Primera.

1. Recurso de protección entre particulares.

El recurso de protección es una institución relativamente nueva en nuestra institucionalidad jurídica. La CPR, garantiza a todas las personas el respeto a los derechos fundamentales, establecidos en su artículo 19. La acción constitucional de protección, asegura que algunos de estos derechos fundamentales sean respetados (los garantiza frente a cualquier privación, perturbación o amenaza), aspirando a lograr que en caso de determinarse en la tramitación del mismo, que fueron vulnerados, se restablezca el imperio del derecho. Por lo tanto, la razón de fondo de la creación del recurso de protección, es que esta enumeración de derechos que hace la CPR y que nos asegura a todas las personas, no se transforme al final del día en una mera declaración de principios.

En virtud de la exposición de la doctrina de la “*Eficacia horizontal de los derechos fundamentales*” , ha quedado de manifiesto que estos pueden ser vulnerados no sólo por el Estado en la relación vertical que se produce entre Estado y ciudadano, sino también en la relación horizontal entre ciudadano y ciudadano. Por lo tanto la protección constitucional también tiene cabida ahí donde los derechos fundamentales han sido vulnerados por un particular. Vinculando esto con la postura ya expuesta del profesor Alejandro Guzmán Brito, en cuanto al alcance que se le debe dar al artículo 583 del Código Civil, surge la interrogante sobre si es posible recurrir de protección contra una persona o institución privada que ha lesionado el derecho de propiedad que otra tiene sobre su derecho personal. Propiedad que ya sabemos, la CPR garantiza a todas las personas y que se encuentra incluida entre los derechos que son objeto de recurso de protección.³⁹

³⁹ Derechos protegidos por el recurso de protección: Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; Igualdad ante la ley; Derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, sino que por un tribunal que señale la ley, establecido con anterioridad por ésta; Protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia; Inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada; Libertad de conciencia; Derecho a elegir el sistema de salud; Libertad de enseñanza; Libertad de opinión e información; Derecho de reunión; Derecho de asociación; Libertad de trabajo, en cuanto su libre elección y contratación; Derecho de sindicación; Libertad económica y no discriminación del Estado en materia económica; Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes; Derecho de propiedad; Derecho de propiedad intelectual e industrial; Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Claramente, es perfectamente posible recurrir de protección cuando es un particular el que vulnera un derecho constitucional. Para efectos de esta tesis lo que interesa es específicamente cuando se deducen recursos de protección debido al incumplimiento contractual, fundamentando la acción en una vulneración al derecho de propiedad sobre el crédito. El fenómeno calificado como *propietarización del derecho* es el causante de la desmedida extensión del recurso de protección⁴⁰, incluso a casos respecto de los cuales la CPR no ha previsto dicha acción como medida de protección.⁴¹ Como se señaló anteriormente, el recurso de protección fue consagrado por la CPR como un medio técnico para obligar a los jueces a pronunciarse directamente sobre las garantías constitucionales⁴², para sancionar su infracción por parte de la autoridad pública. Pero también se señaló que los particulares pueden a su turno, incurrir en actos de privación, perturbación o amenaza de los mismos. En relación a lo anterior, Gastón Gómez, expone que casi desde los inicios de la acción en comento, se admitió su interposición directa contra actos u omisiones de particulares. El autor señala que en la década de los noventa se afianzó la práctica de impugnar indiscriminadamente todo tipo de situaciones o actos entre particulares por medio de esta acción constitucional. Incluso, en un estudio estadístico hecho por el autor a los recursos conocidos en apelación por la Excma. Corte Suprema, concluye que para el año 2003, un tercio de los recursos de protección conocidos por el Tribunal Supremo, se trató de asuntos que involucraban exclusivamente a particulares.⁴³ No cabe duda entonces, de que es perfectamente posible recurrir de protección contra un particular y más aun, y en relación al tema de este trabajo, cuando este particular ha incumplido un contrato vulnerando el derecho de propiedad que se tiene sobre el crédito.

⁴⁰ Domínguez Águila, Ramón. (1996) Óp. Cit.

⁴¹ Esto último no es tema de este trabajo. Me remito a lo dicho en el Capítulo I, 2 y 3º acápite relativo al derecho de propiedad sobre las cosas incorporales y los derechos contractuales.

⁴² Domínguez Águila, Ramón. (1996) Óp. Cit.

⁴³ Gómez Bernales, Gastón. (2005): *Derecho Fundamentales y Recurso de Protección*. Eds. Universidad Diego Portales, 2005. Santiago, Chile.

2. Recurso de Protección en sede contractual. Análisis del tratamiento de este en la jurisprudencia chilena.

Ha sido muy variada nuestra jurisprudencia en orden a la argumentación para acoger o rechazar recurso de protección en materia contractual. Por una parte tanto las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones como la Excma. Corte Suprema han dicho que la acción de protección no es el medio idóneo para resolver conflictos contractuales, entregando el conocimiento de esta materia a los tribunales ordinarios, por otra parte sí ha resuelto a favor del recurrente, es decir han conocido conflictos en materia contractual. A continuación se tratarán los argumentos que dan las Cortes para acoger una u otra postura.

2.1 Fundamentación jurisprudencial según la cual se ha rechazado el recurso.

Desde que en los años ochenta se comenzaron a interponer acciones de protección en materia contractual, la argumentación, tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Excma. Corte Suprema en orden a rechazar, hasta el día de hoy, es prácticamente la misma. Sostienen que este medio, no es la vía idónea para solucionar situaciones contractuales. No es el mecanismo adecuado para declarar derecho entre partes que se enfrentan en un litigio.

Así por ejemplo lo ha hecho la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en 1987: *“Cuando existen entre las partes contratantes discrepancias sustanciales en relación con la ejecución y cumplimiento de un contrato, que aparece necesario dilucidar mediante las correspondientes pruebas y en un procedimiento de lato conocimiento, no resulta el recurso de protección la vía procesal idónea para resolverlas, atendida su naturaleza breve y sumarísima”*.⁴⁴

La Excma. Corte Suprema también ha optado por esta postura, así en 2001 dijo: *“Atendidos sus caracteres y finalidad, el recurso de protección no puede sustituir acciones o procedimientos ordinarios o especiales en los que deban ventilarse y decidirse cuestiones relativas a la existencia, declaración o extinción de derechos y obligaciones generados por un contrato celebrado entre los actores y el recurrido, su vigencia o término, de manera*

⁴⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de enero de 1987, Revista de Derecho y Jurisprudencia N° 84 año 1987, sección 5ª, p. 112.

*que no siendo ésta la vía para decidir sobre materias que deben determinarse sobre la base de probanzas que se aleguen para acreditarlas, especialmente si el mismo contrato ha previsto un procedimiento y las causales que podrían dar lugar al termino anticipado de la relación contractual”.*⁴⁵

Así también la Corte de Apelaciones de Concepción en un reciente fallo de 2007 ha expuesto: “(...) *el asunto excede a los límites fijados para el recurso de protección, cuya finalidad tiene como objetivo primordial poner pronto remedio a la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de determinados derechos constitucionales que aparecen indubitados, y no como ocurre en la especie en que tales derechos se encuentran sujetos a controversia.*

*Como lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema en casos similares, - en definitiva, las cuestiones que sustentan la acción deducida se encuentran fundamentalmente controvertidas en autos y requieren resolverse por una vía distinta a este procedimiento cautelar extraordinario en un juicio contradictorio, con amplias oportunidades de petición, argumentación y prueba, de acuerdo a los procedimientos establecidos por la ley para tales efectos, sin que este recurso constitucional pueda convertirse en sustituto procesal para la declaración, además, de derechos que no se encuentran indubitados.(Sentencia de 5 de octubre de 2009, rol N°4618-2005)- ”.*⁴⁶

En conclusión, el recurso de protección según las posturas anteriormente expuestas, no sería el mecanismo idóneo para resolver conflictos contractuales, ya que para eso el legislador ha establecido y regulado los procedimientos declarativos de lato conocimiento y que por lo demás esta acción es un procedimiento de urgencia con las finalidades restrictivas establecidas en la ley.

2.2 Fundamentación jurisprudencial según la cual se ha acogido el recurso.

Por otra parte la Corte también ha acogido acciones de protección en materia contractual. Cumpliendo las situaciones en las cuales se interponen recursos, con ciertos requisitos que más adelante se explicarán en detalle, la jurisprudencia ha puesto fin a actos

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema, 27 de diciembre de 2001, Rol N° 4893-01.

⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (2007), Rol N° 2703-2006.

ya sea de la contraparte del recurrente o de terceros, que perturban el goce de los derechos personales que emanan de los contratos. El argumento utilizado por la Corte para acoger estas acciones se basa en el derecho de propiedad recaído a su vez en derechos personales, derechos personales emanados de los contratos en cuestión. Y que dicho derecho de propiedad es el protegido constitucionalmente en el artículo 19 n° 24 y por el recurso de protección en el artículo 20.

Así por ejemplo la Corte de Apelaciones de Santiago, en materia de contrato de arrendamiento, consideró como acto arbitrario e ilegal, la actitud de la arrendadora de cambiar la cerradura de una pieza de su propiedad, la cual daba en arriendo, con contrato de arrendamiento vigente. Argumentando que dicho acto vulneraba el artículo 19 N°24 de la CPR, acogiendo el recurso de protección ya que *“sólo se trata de mantener el estatus quo vigente en el normal desarrollo y desenvolvimiento de los derechos de las partes, impidiendo que estas hagan justicia por sí mismas a través de conductas de facto que alteren el orden jurídico establecido”*.⁴⁷

Respecto también a situaciones de modificación unilateral de contrato de salud, la Corte se ha pronunciado al respecto: *“(…) su conducta no aparece revestida de la necesaria racionalidad y fundamento, razón por la cual el recurso de protección debe ser acogido, pues el actuar ilegal y arbitrario descrito ha atentado contra la garantía establecida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, recaída sobre los derechos que emanan del contrato de salud que mantiene con la recurrida”*.⁴⁸

Por lo tanto, el argumento seguido por las Cortes en materia contractual al fallar las acciones de protección, es que al no cumplirse por el deudor una obligación emanada del contrato, se priva al recurrente de su legítimo derecho de propiedad sobre su derecho personal o crédito correlativo a dicha obligación. En relación a este punto, me remito a lo ya señalado en el tercer acápite del capítulo primero.

⁴⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. (21 de diciembre de 1992)

⁴⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. (26 de junio de 2008).

Parte Segunda.

1. Incumplimiento contractual. Concepto. Situaciones en las que estamos frente a incumplimiento contractual.

La doctrina actual se ha hecho cargo de estudiar el fenómeno del incumplimiento desde la perspectiva del deudor, con énfasis en su conducta, lo que ha impedido construir un sistema unitario en materia de sus efectos.⁴⁹ El profesor Carlos Pizarro Wilson⁵⁰, se refiere al mismo tema, señalando también que los autores tradicionales analizan el fenómeno del incumplimiento desde la posición del deudor, condicionando todos los efectos a requisitos de orden subjetivo –dolo y culpa-. Esta forma de entender el incumplimiento, a juicio del autor, es incorrecta. La base de las sanciones deber ser el incumplimiento, sin referencia a la culpa o cualquier elemento subjetivo. Solo tratándose de la indemnización de perjuicios la culpa o dolo debe ser un elemento esencial para su aplicación, siendo para las otras sanciones irrelevante. Más adelante de profundizará sobre este punto.

Como ilustración de lo anterior, el profesor Fernando Fueyo⁵¹, sostiene que hay incumplimiento de las obligaciones cuando el deber de prestación no actúa ajustándose a las normas que rigen el pago o cumplimiento. Señala que la clasificación del incumplimiento se puede hacer en tres categorías: Primero, según el contenido estructural del incumplimiento⁵²: incumplimiento propio o absoluto, cumplimiento imperfecto o incumplimiento impropio y cumplimiento atrasado. Segundo, atendiendo a sus causas: incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor⁵³ y el incumplimiento inexcusable⁵⁴. Tercero, según sea la naturaleza de la obligación respectiva: incumplimiento por acción y

⁴⁹ Mejías Alonso, Claudia. (2007): “El incumplimiento contractual y sus modalidades” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

⁵⁰ Pizarro Wilson, Carlos. (2007): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Pp. 395-402.

⁵¹ Fueyo Laneri, Fernando. (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Tercera edición actualizada por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

⁵² Hipótesis generales de incumplimiento contenidas en el artículo 1556 CCCH, al señalar las posibles causas que dan lugar a la indemnización de perjuicios.

⁵³ Causa de exclusión de responsabilidad.

⁵⁴ Con intervención de dolo o culpa del sujeto.

por omisión. Luego de hacer esta clasificación y de explicar cada una de las categorías, el autor da una definición de cumplimiento inexcusable 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 aquel para imponerle las consecuencias de su conducta”*.

Dentro de la doctrina tradicional, el profesor René Abeluk⁵⁵ también se ha referido al incumplimiento, pero con una visión más moderna. Sostiene que si el pago es el cumplimiento de la obligación, tal como ella se encuentra establecida, no hay otra forma que la negativa para definir el incumplimiento: el no pago, esto es, la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella. Luego de hacer la clasificación del incumplimiento que a él le parece la más importante⁵⁶, cuando se refiere al incumplimiento voluntario e involuntario, señala: *“El deudor puede dejar de cumplir por su propia voluntad o sin ella. El incumplimiento es objetivo, pero a la ley no le puede ser indiferente la razón, la causa que lo provoca. Por ello se toma en cuenta el elemento subjetivo de la actuación del deudor, para determinar su responsabilidad”*. Con esta postura, el autor se acerca un poco más a lo que han señalado los autores que se dedican a estudiar el incumplimiento desde la óptica del nuevo derecho de la contratación⁵⁷, lo cual pasará a explicar a continuación.

Como anteriormente se señaló, en la civilística tradicional, al tratar el tema del incumplimiento, el acento siempre está puesto en el reproche a la conducta del deudor y no en la protección del interés del acreedor afectado. Este modo tradicional de entender el incumplimiento, considerando a la culpa como un elemento supuesto del mismo, es

⁵⁵ Abeluk Manasevish, René (2003): *Las Obligaciones*, Tomo II. Cuarta edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Pág. 709 y ss.

⁵⁶ El autor distingue entre: 1º incumplimiento voluntario e involuntario, 2º total o parcial, 3º definitivo o temporal y 4º que origina responsabilidad del deudor o no da lugar a ella.

⁵⁷ Vidal Olivares, Álvaro (2007): “El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado” en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial Lexis Nexis, 2007, Santiago, Chile. En el Derecho Europeo de las obligaciones se vive con distinta intensidad un proceso de adecuación de las disposiciones de los antiguos códigos civiles sobre obligaciones y contratos a las vigentes condiciones del tráfico. Esta adecuación tiene como modelo el Derecho de la *Convención* de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, que es ley de la República y, seguidamente, los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* (PECL) y los *Principios de Unidroit* sobre contratos comerciales internacionales. A la cabeza del nuevo derecho de la contratación, como se le denomina, se hallan estos tres ordenamientos, uno con fuerza de ley y otros de aplicación convencional.

consecuencia de la tradicional forma de entender la responsabilidad contractual, circunscrita al remedio indemnizatorio y, a lo más a la pretensión de cumplimiento. Esto explica que los elementos del deber de indemnización (culpabilidad) formen parte del supuesto del incumplimiento.⁵⁸

Sin embargo, Álvaro Vidal, hace un análisis de cómo ha cambiado la noción de contrato (y al cambiar la noción de contrato, exige tener una nueva mirada respecto del incumplimiento), en el nuevo derecho de la contratación: el contrato deja de ser sólo un instrumento de creación de derechos y obligaciones (concepto técnico jurídico) sino que se considera sobre todo, un mecanismo para regular, organizar y alcanzar la satisfacción del interés de las partes (concepto realista). El contrato entonces, cumple una *función económica*: la satisfacción del interés de los contratantes, dibujado a partir del propósito práctico que determinó su celebración y que se alcanza con la fiel y oportuna realización de la prestación. Por lo tanto, el énfasis de la relación contractual, debe estar en el interés del acreedor, y el deudor es quien debe realizar lo suficiente (*satisfacere*) y sólo si lo realiza se le libera del vínculo que nace del contrato. Según esta idea, la *solutio* sería una consecuencia de la *satisfactio* y ella presupone la satisfacción del interés del acreedor conforme al contrato. La obligación contractual es un medio para la satisfacción del interés del acreedor, la que viene garantizada desde un principio por el contrato. Concluye esta idea con lo siguiente: “*si el deudor no hace lo que debe hacer para la concreción de dicha satisfacción, incumple el contrato, con independencia de las consecuencias que de ellos se sigan, las que dependen de si ha intervenido, o no, un caso fortuito o de la fuerza mayor; de la entidad del incumplimiento; de la ulterior posibilidad de satisfacción in natura, etcétera.*”⁵⁹ Por lo tanto, los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del interés del acreedor.⁶⁰

Carlos Pizarro Wilson, señala que 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

⁵⁸ Morales Moreno, Antonio Manuel (2006): *La modernización del derecho de obligaciones*. Primera edición. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, España.

⁵⁹ Vidal Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit. Pág. 508.

⁶⁰⁻⁶¹ Pizarro Wilson, Carlos (2007) Óp. Cit. Pág. 396 y 399.

general la incorrecta prestación de lo pactado, sin calificar en forma subjetiva dicho incumplimiento, por lo tanto la culpa debe sin lugar a duda ser excluida de esta nueva visión de incumplimiento. El autor califica a este incumplimiento como incumplimiento desnudo.⁶¹

La doctrina española se ha encargado de profundizar en el nuevo derecho de la contratación y en la idea de incumplimiento objetivo. Luis Díez-Picazo hace una exposición sobre el incumplimiento contractual, la cual es explicada con claridad por Vidal. Señala que para Díez-Picazo, la prestación puede ser entendida como: el comportamiento efectivo del deudor que se confunde con el propio cumplimiento de la obligación; así como también, como el plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira que se haga realidad en un momento posterior.⁶² Para el autor, este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación, y no la cosa o hecho sobre la que recae. Se antepone entonces el *deber ser* – comportamiento comprometido por el deudor- antes que la conducta efectiva, la cosa o el hecho. Esta forma de entender el incumplimiento permite la construcción de un concepto amplio del mismo que se identifica con cualquiera desviación de la conducta del deudor en contraste con el proyecto inicial o ideal. El concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta

⁶² Los autores españoles extraen esta posición, de lo señalado por Federico de Castro en relación al propósito práctico del negocio jurídico. Para el autor, negocio jurídico es: “la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un *resultado*, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos. Señala que la regulación de los negocios jurídicos se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del negocio, porque conforme a él se protege a las mismas partes, y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados. Atender al propósito práctico del negocio, no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y de responsabilidad. También, atendiendo al fin práctico del negocio se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares. Junto con lo anterior, De Castro afirma que el negocio jurídico tiene doble eficacia: a) La de título de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas ,o, expresado de otro modo, de fundamento de una relación jurídica, de creador de una nueva realidad jurídica; b) La de establecer una regla, con la que se mide la conducta de autorizados y obligados (lo permitido, lo debido, el incumplimiento); lo que se ha designado con el término sugestivo, aunque equivoco, de significado “preceptivo” del negocio. De Castro y Bravo, Federico (1991): “*El Negocio Jurídico*”. Reedición de 1991. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España.

de coincidencia entre el *dato ideal* (lo prometido) y *el real* (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor.⁶³

Reforzando lo anterior, Fernando Pantaleón Prieto, sostiene: *“En nuestro derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar ni exclusivo ni de primacía entre los criterios de interpretación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte supuesto con los criterios igualmente generales de la “esfera de control del deudor” (que engloba los subcriterios del “hecho propio” y del “hecho de los auxiliares del incumplimiento”) y del “riesgo implícitamente asumido al contratar”. Con base a estos criterios, no cabe duda alguna de que el deudor responderá, sin necesidad de culpa-negligencia por su parte de los hechos propios o de sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento.*⁶⁴ El autor define el incumplimiento de una obligación de la forma que sigue: *“Toda desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor. Pueden distinguirse las siguientes hipótesis: a) Incumplimiento definitivo de la obligación, bien por imposibilidad (objetiva, absoluta y definitiva) sobrevenida de la prestación o de conseguir el resultado prestable, bien porque, siendo aún posibles, se ha frustrado el fin de la prestación (el acreedor carece de interés en ella) ya que, según su naturaleza o el contenido del contrato, la prestación sólo podía realizarse fructíferamente para el acreedor en un determinado momento o periodo de tiempo (prestación sometida a termino esencial). b) Retraso o, en su caso mediante la intimación, mora del deudor. Y c) Ejecución de la una prestación defectuosa.*⁶⁵

Para terminar de ilustrar la nueva idea de incumplimiento recogida en el nuevo derecho de la contratación, me parece que la postura de Antonio Morales Moreno⁶⁶ es absolutamente relevante. El autor sostiene que, en el nuevo sistema de responsabilidad

⁶³ Vidal Olivares, Álvaro. (2007): “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista.” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°1, año 2007. El autor señala que este concepto objetivo de incumplimiento es recogido por la Convención de Viena, que a partir de los artículos 45 y 61 articula el sistema de responsabilidad a partir del hecho objetivo del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del deudor (refiriéndose tanto a vendedor como a comprador). *Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos* (PECL) también contienen una definición de incumplimiento como un hecho objetivo.

⁶⁴ Pantaleón Prieto, Fernando (1991): “El sistema de responsabilidad contractual. Materias para un debate” en *Anuario de Derecho Civil 1948-2004*. Tomo XLIV. Fascículo Tercero.

⁶⁵ Pantaleón Prieto, Fernando. (1995): *Enciclopedia jurídica Básica*. Primera Edición. Volumen 2. Editorial Civitas, Madrid, España.

⁶⁶ Morales Moreno, Antonio Manuel. (2006) Óp. Cit.

contractual, la culpabilidad deja de ser un elemento del incumplimiento, sin que esto excluya que pueda serlo de alguno de los remedios (por ej., de la indemnización de daños, si la construimos, al modo tradicional, basada en la culpabilidad). El cambio es debido a la inserción y articulación, en el sistema de responsabilidad contractual, de remedios distintos de la indemnización (existente en los Códigos, pero, hasta ahora, disperso y desintegrado), que operan objetivamente (por el mero incumplimiento o, aunque requieran otros requisitos, sin exigir la culpa: resolución, reducción del precio). La articulación completa del sistema de remedios (cada uno con un supuesto diferente) en una construcción unitaria de la responsabilidad contractual, impone utilizar un concepto de incumplimiento básico, que pueda ser presupuesto de cada uno de ellos. Además, en el nuevo sistema, la consideración de la relación obligatoria desde la perspectiva de la satisfacción del acreedor y no, exclusivamente, desde el deber de conducta del deudor, aconseja tomar como supuesto de la responsabilidad contractual al mero incumplimiento (que provoca la insatisfacción del interés del acreedor).

Para efectos de esta tesis, es importante tratar el tema del incumplimiento contractual como un hecho objetivo, ya que esto abre toda la gama de remedios contractuales con que cuenta el acreedor frente a una situación de incumplimiento. Al hablar de recurso de protección en materia contractual, llegaremos a la conclusión de que con estas acciones se busca la obtención de los remedios contractuales (en particular, el que se obtiene es el cumplimiento específico de la obligación) de una manera más rápida que recurriendo al procedimiento declarativo, y para analizar el recurso de protección relacionado con los remedios contractuales, es necesario tener una visión de un sistema unitario de los mismos. Por lo demás, el presupuesto básico del tránsito desde los efectos normales de las obligaciones a los efectos anormales de las mismas es el incumplimiento en cualquiera de sus dimensiones⁶⁷. El incumplimiento, entendido de este modo, permite la unificación del sistema de responsabilidad contractual. Desaparece la diversificación de supuestos que implica, en los códigos civiles, la distinción entre el incumplimiento y las garantías o saneamientos en cuantos sistemas de responsabilidad diferentes. En el nuevo sistema, cualquier supuesto de saneamiento (por evicción, por cargas o gravámenes ocultos,

⁶⁷ Vidal Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit.

por vicios ocultos) es incumplimiento⁶⁸. Teniendo entonces una visión objetiva del incumplimiento podemos llegar también a una visión unitaria del sistema de remedios contractuales y así poder comenzar a tratarlos a la luz de los recursos de protección en materia contractual, de una forma más clara y ordenada, que haga mucho más fácil el entendimiento de la hipótesis que se intenta demostrar en esta tesina. Comprender a los remedios contractuales, insertos en un *sistema*, tiene la ventaja de ofrecer un modelo dogmático muy simple y al mismo tiempo excelente para la comprensión y tratamiento de los problemas de la responsabilidad contractual.⁶⁹ Por otra parte, cuando en el capítulo primero se hizo referencia a la fundamentación de las Cortes de Apelaciones para entender que el incumplimiento contractual vulnera el derecho de propiedad sobre los derechos personales emanados del contrato, entendimos siempre que las Cortes se estaban refiriendo a un incumplimiento en sentido amplio, es decir, como la eventualidad de que el contratante no reciba la prestación que según el contrato le corresponde.⁷⁰

2. Sistema de remedios contractuales.

Este incumplimiento amplio y objetivo que acabamos de analizar, da paso a los efectos anormales de las obligaciones, a una serie de remedios de que dispone el acreedor entre los cuales optará libremente (según veremos más adelante), siempre que concurren sus supuestos de hecho. El profesor Álvaro Vidal nos entrega un concepto de los mismos: *“Son aquellas acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente y cuyo objeto es la realización de su interés en la prestación afectado por dicho incumplimiento”*⁷¹ Lo que tienen en común estos remedios, es su objeto: obtener el acreedor la satisfacción de su interés a pesar del incumplimiento.⁷² La doctrina nacional, ha sostenido, que con el estudio del nuevo derecho de la contratación, no se pretende proponer una modificación del libro IV del Código Civil, sino que hacer un llamado a la dogmática del derecho civil a hacer una relectura de las disposiciones relevantes y que construya un

⁶⁸ Morales Moreno, Antonio Manuel (2006) Óp. Cit.

⁶⁹ Morales Moreno, Antonio Manuel. (2006) Óp. Cit.

⁷⁰ Respecto de esta idea me remito al acápite 3º del Capítulo I.

⁷¹ Vidal Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit.

⁷² Vidal Olivares, Álvaro (2009) “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*. Pp. 221-258.

sistema funcional a las actuales exigencias del tráfico jurídico en que se proyecta. Si bien, se puede sostener que el CCCH nos presenta una tipología amplia de incumplimiento, prevista en los artículos 1556, 1558 y 1489, comprensiva de cualquier desviación del programa de prestación, se echa de menos un concepto amplio de incumplimiento y su directa relación con los remedios disponibles para el acreedor. Por otro lado, los efectos del incumplimiento (o efectos anormales de las obligaciones) son las pretensiones de cumplimiento forzoso o específico y de indemnización de daños, dejando fuera la facultad resolutoria. Esta última es estudiada a propósito de las obligaciones condicionales y en particular, respecto de la condición resolutoria tácita, envuelta en todo contrato bilateral, artículo 1489 CCCH. Estos efectos son articulados a partir del incumplimiento, al menos, culpable del deudor y además son considerados exclusivamente como sanciones para el deudor incumplidor y no como medios para la satisfacción del interés del acreedor afectado.⁷³ La culpa, siempre es concebida ligada al incumplimiento, considerándola como supuesto de hecho necesario para el nacimiento de todos los efectos consecuentes a este, pero como ya se trató más arriba, actualmente la doctrina se ha esforzado en instalar un nuevo concepto de incumplimiento objetivo y amplio.⁷⁴ En consecuencia, no existe en el CCCH 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.⁷⁵

El anterior diagnóstico, hace necesario proponer un sistema de remedios acorde con la actual contratación, ya no como consecuencias dispersas dentro del CCCH y que sancionan la conducta del deudor incumplidor, sino como un conjunto de medidas que el

⁷³ Vidal Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit.

⁷⁴⁻⁷⁵ Vidal Olivares, Álvaro (2007) "La carga de mitigar las pérdidas y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento" en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Pp. 429-457. En este texto el autor sostiene que es inaceptable construir un sistema en el que sólo este presente el interés del acreedor. Luego de hacer el análisis correspondiente, que de comentarlo haría muy extensiva la presente investigación, sostiene que el sistema de remedios por incumplimiento que se intenta construir en nuestro derecho civil, que reconoce al acreedor una pluralidad de remedios, también se preocupa del interés del deudor, y lo hace exigiendo del acreedor afectado por el incumplimiento, que observe una conducta ajustada a las exigencias de la buena fe objetiva. La principal concreción de esta exigencia es la carga de mitigar las pérdidas, a la que se refiere el artículo citado. También respecto del tema de la falta de un sistema de remedios contractuales en nuestro ordenamiento jurídico: Pizarro Wilson, Carlos. (2007): "Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual" en *la misma ubicación*. Pp. 395-402.

contrato, o la ley supletoriamente, pone a disposición del acreedor para que alcance la satisfacción de su interés afectado por el incumplimiento. El conjunto de remedios configura la posición jurídica del acreedor y da forma práctica a su derecho de crédito que tiene su fuente en el contrato.⁷⁶ Al igual como la doctrina actual trata el tema del incumplimiento, la perspectiva que hoy en día preferentemente interesa, al tiempo de estudiar los remedios contractuales, es la del acreedor. Se asume también una concepción realista del contrato, más que al efecto jurídico que este produce, la satisfacción del interés del acreedor, el cual se concibe a partir de la consideración del propósito práctico que cada parte busca alcanzar con el programa ideal de la prestación. Se utiliza la expresión *remedios*, porque permite agrupar a todas las medidas que tiendan a la consecución del objeto mencionado, sean derechos, pretensiones, facultades, e independiente de su ejercicio judicial o extrajudicial y, por fin, de que su origen sea contractual o legal.⁷⁷

Tratando de esquematizar el sistema de remedios contractuales, el profesor Carlos Pizarro los agrupa y señala: “*Existen remedios generales y especiales. Entre los primeros destacan la ejecución forzosa o cumplimiento en naturaleza, la resolución del contrato y la indemnización de los perjuicios. Las acciones especiales pueden derivar de la voluntad de las partes, así ocurre con la resolución unilateral del contrato o pueden estar establecidas en la ley, siendo un ejemplo la acción por vicios ocultos o redhibitorios*”.⁷⁸ Tal como se ha venido tratando durante todo este documento, el autor sostiene que la culpa no sería una condición necesaria para el ejercicio de cada remedio en particular, es decir, la culpa no debe ser entendida como un supuesto de hecho del incumplimiento que a su vez dará paso a la apertura al abanico de remedios a los cuales puede optar el acreedor, sino que adhiere a la actual doctrina de considerar al incumplimiento como la insatisfacción de la prestación sin análisis del comportamiento del deudor. El profesor Álvaro Vidal, agrega también al sistema de remedios, la *reducción del precio* para el caso de que se generalice a cualquiera

⁷⁶Barros Bourie, Enrique. (2007) “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Pp. 402-428.

⁷⁷Vidal Olivares, Álvaro (2007) “La carga de mitigar...”. Op. Cit. Pág. 433.

⁷⁸ Pizarro Wilson, Carlos (2008) “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 XXXI. Valparaíso, Chile*. Pp. 255-265.

clase de cumplimiento imperfecto y también la *excepción de contrato no cumplido o la facultad de suspensión del propio cumplimiento*.⁷⁹

En la doctrina tradicional chilena, existe una marcada tendencia a sostener la existencia de una cierta jerarquía entre los remedios que otorga el ordenamiento jurídico al acreedor. Tradicionalmente se ha sostenido que la indemnización de daños como remedio contractual propiamente tal, tiene carácter secundario, y procedería sólo ante la imposibilidad de obtener el cumplimiento específico de la obligación. Y respecto de la resolución, se ha llegado incluso a reconocer al deudor una especie de derecho a cumplir el contrato, pese a que el acreedor haya ejercitado correctamente la acción resolutoria.⁸⁰ Así a modo de ejemplo, el profesor Ramón Meza Barros sostiene lo siguiente: *“Puesto que la obligación se contrae para ser cumplida, la ley confiere al acreedor, en primer término, la facultad de obtener el cumplimiento compulsivamente. Si el deudor no se allana a cumplir, puede el acreedor constreñirle por la fuerza. El primero y principal de los derechos del acreedor es el que le habilita para obtener la ejecución forzada de la obligación. Si el empleo de procedimientos compulsivos es ineficaz, no resta al acreedor otro camino que procurarse una satisfacción equivalente al objeto de la obligación”*.⁸¹

La doctrina actual, señala que a la época de dictación del Código Civil, el modelo de obligación imperante era la obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto o una cosa específica, ello como consecuencia de la realidad económica que se vivía en la época. El hecho de que el legislador haya adoptado este modelo de obligación, tuvo lógicamente repercusiones en la noción de incumplimiento y sus efectos. En este tipo de obligaciones, la satisfacción del interés del acreedor se logra únicamente con la entrega de la especie o cuerpo cierto que constituye el objeto de la prestación. Además se sostiene que la doctrina tradicional lo que ha hecho es extrapolar a todas las obligaciones e incumplimientos, la regla establecida en el artículo 1672 CCCH, en el que claramente, la indemnización del

⁷⁹⁻⁸⁰ Vidal Olivares, Álvaro (2010) “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento” en *Estudios de derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010*. Editorial Legal Publishing. El profesor Enrique Barros Bourie (texto cita nº76), también agrega al sistema de remedios la reducción del precio y la excepción de contrato no cumplido. Así como también lo hace el profesor Antonio Morales Moreno (texto cita nº 58).

⁸¹ Meza Barros, Ramón (2007): Manual de derecho civil. De las obligaciones, pág. 91. Décima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

valor de la prestación no aparece como una alternativa al cumplimiento específico a la cual podría optar el acreedor, a menos que la prestación se haya tornado imposible y el deudor no acredite el caso fortuito. Estas dos situaciones antes señaladas, explicarían el por qué de la preeminencia, en opinión de la doctrina mayoritaria, del cumplimiento específico o en naturaleza como remedio idóneo para satisfacer al acreedor.⁸²

Producto de la influencia del nuevo derecho de la contratación, la doctrina nacional se ha cuestionado la primacía del cumplimiento específico por sobre los demás remedios contractuales, como anteriormente se trató. Esto se produce principalmente por dos razones: primero, hacer una nueva lectura del principio de la fuerza obligatoria de los contratos establecida en el artículo 1545 CCCH y segundo, porque nuestro ordenamiento jurídico no establece en parte alguna en forma explícita este orden jerárquico. En relación a la primera razón, el profesor Carlos Pizarro, sostiene que en virtud de la nueva concepción del concepto de incumplimiento, ampliamente tratada más arriba, es necesario revisar el alcance del principio de la fuerza obligatoria del contrato. Tradicionalmente se ha sostenido que en virtud de este principio, ante el incumplimiento, el acreedor debe instar por el incumplimiento en naturaleza o ejecución forzada, de hecho según el autor, el orden jerárquico que supuestamente existe entre los remedios contractuales se inferiría de este principio. Ahora bien, esta visión tradicional, contrasta con aquella del sistema del *common law*, donde se entiende que ante la situación de incumplimiento el deudor se expone a una sanción jurídica. Esto no se restringe a una sanción particular, sino que corresponde al acreedor escoger, ya que ante el incumplimiento, el enfoque debe estar siempre en el interés del acreedor, por lo tanto, debe favorecer al acreedor, víctima del incumplimiento, la opción entre la ejecución de la prestación u otro remedio que igualmente conduzca a su satisfacción. No debe quedar el acreedor ligado a una especial forma de sancionar el incumplimiento.⁸³

⁸² Pizarro Wilson, Carlos. (2007) Óp. Cit. También, Vidal Olivares, Álvaro (2006) “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil” en *Estudios de Derecho Civil II*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. Pp. 517-538.

⁸³ Pizarro Wilson, Carlos (2007). Óp. Cit. En igual sentido Enrique Barros Bourie (texto cita nº 76) señala que si se asume que el Derecho de los Contratos es esencialmente un orden que protege el crédito y que nadie mejor que el acreedor sabe cuál es la acción o remedio que mejor cautela el interés contractual insatisfecho, debe entenderse que estas acciones dan lugar a una concurrencia acumulativa o, de lo contrario, alternativa de derechos.

En cuanto a la segunda razón, el profesor Álvaro Vidal sostiene que ley no contiene una norma que consagre el orden jerárquico entre los remedios, muy por el contrario, existen disposiciones que conducen a la conclusión contraria, al conceder al acreedor la libertad para elegir aquel remedio que de mejor forma satisfaga su interés. Tratándose de las obligaciones de hacer y no hacer, el propio legislador reconoce la opción a favor del acreedor, lo mismo ocurre respecto de las obligaciones con objeto fungible (dar y hacer).⁸⁴ En las obligaciones de dar cosas genéricas no hay una norma que confiera la opción, sin embargo ella fluye lógicamente del régimen de ejecución de esta clase de obligaciones que renuncia desde ya a la ejecución *in natura*. Además, el autor, siguiendo la doctrina de Claro Solar, señala que en esta clase de obligaciones se reconoce al acreedor la facultad de procurarse en el mercado las cosas del género y demandar al deudor la indemnización de daños.⁸⁵ Respecto de las obligaciones específicas, no existe una norma especial para ellas que consagre el derecho de opción. Sin embargo el autor señala que al no ser posible tampoco reconocer en nuestro ordenamiento jurídico regla expresa en contrario, las normas que si establecen este derecho respecto de las otras obligaciones antes mencionadas, mal pueden considerarse excepciones, sino precisamente manifestación de la regla de libre elección por parte del acreedor. Así, el autor se refiere expresamente a los artículos 1553, 1555 y 1537 todos del CCCH; al artículo 157 del Código de Comercio y el artículo 21 de la Ley N° 19.496; y los artículos 45 y 61 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.⁸⁶

Para efectos de esta tesina, esta es la postura que mas sentido tiene en relación con la hipótesis que se trata de demostrar. Todo este trabajo ha sido hecho adscribiendo a las posturas doctrinarias que más acorde están con el nuevo derecho de la contratación, y esta no debería ser la excepción. El profesor Carlos Pizarro señala que esta forma de entender el sistema de remedios contractuales, incluido en este, el derecho de opción del acreedor, es la que mas calza con el nuevo derecho de los contratos.⁸⁷ Por lo demás, considero correcto sostener, como ya se señaló más arriba por el profesor Álvaro Vidal, que no hay razón para no reconocer el derecho de opción del acreedor, si no existe norma expresa en nuestro

⁸⁴ Vidal Olivares, Álvaro (2010). Óp. Cit.

⁸⁵ Vidal Olivares, Álvaro (2006). Óp. Cit.

⁸⁶ Vidal Olivares, Álvaro (2010) Óp. Cit.

⁸⁷ Pizarro Wilson, Carlos (2007). Óp. Cit.

ordenamiento que establezca esta jerarquía entre los remedios contractuales. Junto con lo anterior, pensar que existe esta jerarquía, sería sostener que la indemnización tiene su fundamento o base jurídica en la ejecución forzada o en la resolución, lo cual es jurídicamente incorrecto.⁸⁸ Como ya se ha adelantado, con el presente trabajo se demostrará que la utilización de la acción de protección, sólo sería viable bajo ciertas circunstancias, para la obtención del cumplimiento específico. Por lo tanto, aquí se sostiene que si bien el acreedor es libre para elegir cual remedio contractual ejercerá para la obtención de la satisfacción de su interés, si lo va a hacer por la vía de la acción de protección, ya que las circunstancias del caso requieren ese nivel de urgencia, no puede obtener el remedio contractual que mayormente satisfaga su interés, sino que dadas las características de la acción mencionada, únicamente podrá obtener en forma provisoria (si así lo determinan las partes) el cumplimiento específico de la obligación. Este asunto será tratado con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

⁸⁸ Vidal Olivares, Álvaro (2010) Óp. Cit..

CAPÍTULO III.

Introducción.

En el presente capítulo, se tratará en un primer momento el cumplimiento específico de las obligaciones como remedio contractual contemplado por nuestro ordenamiento jurídico, considerando sus aspectos generales más relevantes, a saber, el tratamiento que le ha dado tradicionalmente la doctrina, el tratamiento actual, entre otros. Además se hará referencia al cumplimiento equivalente de la obligación y a su relación con el cumplimiento específico y con la indemnización de perjuicios, adelanto desde ya la postura a la que se adscribe para efectos de la fundamentación de este trabajo: al cumplimiento equivalente se le debe aplicar el mismo régimen jurídico que al cumplimiento en especie. Luego se hará referencia a la viabilidad de la obtención del cumplimiento específico de las obligaciones a través del recurso de protección más no de los otros remedios contractuales que contempla nuestro ordenamiento jurídico, la indemnización de daños y la resolución del contrato. A continuación se expondrán los tres requisitos que debe cumplir la obligación para que sea procedente lograr su cumplimiento en especie a través del recurso en comento. Finalmente se hará mención al cumplimiento específico de las distintas obligaciones que emanan del contrato (dar, hacer y no hacer) a través de recurso de protección, con la debida referencia a la jurisprudencia propia de cada situación, en caso de haberla.

1. Cumplimiento específico de las obligaciones: Aspectos generales.

Como se trató más arriba, frente al incumplimiento de una obligación contractual, al acreedor se le abre un abanico de posibilidades para poder lograr la satisfacción de su interés: los remedios contractuales. Uno de ellos es el cumplimiento específico o cumplimiento forzado de la obligación. Por lo tanto el acreedor, posee una acción para obtener del deudor el cumplimiento en naturaleza de la obligación, sea de dar, hacer o no hacer. Las acciones están tratadas en el CCCH, en cuanto a las obligaciones de hacer, en el artículo 1553 y de no hacer, en artículo 1555. Respecto de la regulación de estas acciones en el CPC, en su artículo 438 lo hace respecto de las obligaciones de dar, en los artículos

536 y 543 respecto de las obligaciones de hacer, y en cuanto a las de no hacer, lo hace en el artículo 544.

Se ha definido la pretensión de cumplimiento específico como: *“La facultad o acción de que es titular el acreedor por el mero hecho del incumplimiento, cuyo objeto es la realización in natura de su interés en la prestación”*.⁸⁹

La doctrina, como fue tratado en el capítulo anterior, se refiere a los efectos del incumplimiento contractual, con la ejecución forzosa, tratándolo como remedio primario, y únicamente en forma subsidiaria, es considerada (sólo en caso de que el anterior remedio no sea posible) la indemnización de daños, como remedio secundario. Los autores nacionales por lo general tratan el cumplimiento vinculándolo con el derecho de garantía general del artículo 2465 CCCH, así por ejemplo el profesor René Abeliuk señala: *“El cumplimiento forzado, tanto singular como colectivo de los acreedores, es una consecuencia de su garantía sobre el patrimonio embargable del deudor.”*⁹⁰ Luego de esto, se examinan las normas procesales del Código de procedimiento Civil, relativas a la ejecución misma, según la obligación sea de dar, hacer o no hacer, y no a la pretensión misma para reclamarla. Según, Álvaro Vidal⁹¹, esto se produce porque el CCCH carece de una regulación sobre el remedio que se está tratando. Sólo dos disposiciones, en forma general reconocen este derecho al acreedor, a saber, los artículos 1489 y 1553. No se prevén normas sustantivas que establezcan los requisitos y condiciones de la pretensión y su relación con los restantes remedios del acreedor. Según el autor, esto no se condice con el papel primordial que se le asigna a este remedio, que como ya sabemos, según la doctrina mayoritaria, es el principal de que dispone el acreedor. Luego de señalar lo anterior, el autor en su texto propone, a raíz de la falta de regulación completa y sistemática de este remedio en el CCCH, así como de los restantes remedios contractuales, la construcción de

⁸⁹ Vidal Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit.

⁹⁰ Abeliuk Manasevish, René (2003) Óp. Cit.

⁹¹ Vidal Olivares, Álvaro (2006): “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil” en *Estudios de Derecho Civil II. Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. Pp. 517-538.*

un régimen a partir de las normas diseminadas en el Código Civil que prescriben sobre los efectos del incumplimiento contractual y los principios subyacentes en ellas.⁹²

La finalidad del ejercicio de la acción de cumplimiento específico es la realización del interés del acreedor, el cual se logra exigiendo al deudor, o el despliegue de la conducta prometida en la prestación que no tuvo lugar, o la corrección de aquella conducta que no fue realizada acorde al contrato.⁹³ La acción de cumplimiento específico se dirige a que: a) la prestación sea efectuada directamente por el deudor (obligaciones pecuniarias, obligaciones de entregar una especie o cuerpo cierto específico que esté en poder del deudor, obligaciones de hacer personalísimas, o en el caso de buscar la destrucción de la cosa por parte del deudor por la contravención a una obligación de no hacer), b) el deudor provea de fondos necesarios para que el acreedor pueda obtener de un tercero la satisfacción del interés que le reporta el cumplimiento (obligaciones de dar una cosa genérica o el acreedor opta por hacerse de los fondos necesarios para que la obligación de hacer o no hacer sea ejecutada o deshecha, respectivamente, por un tercero).⁹⁴

Como todos los otros remedios contractuales, la pretensión de cumplimiento específico encuentra su base en el incumplimiento de la obligación, no obstante, tiene su supuesto de hecho particular que lo hace diferenciarse de los otros remedios y esto es: que la prestación sea todavía posible. Fernando Pantaleón Prieto, señala lo siguiente: *“Es por completo irrelevante para que proceda la pretensión de cumplimiento, que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda ser o no ser subjetivamente imputable al deudor. El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento consiste, sencillamente, en que la prestación sea todavía posible, que no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para el común de los mortales”*.⁹⁵ Como conclusión de lo anterior, se extrae que para que proceda la acción de cumplimiento específico, basta que se cumplan únicamente dos requisitos copulativos: primero, que se haya producido el incumplimiento; segundo, que el cumplimiento ulterior sea objetivamente posible.

⁹² Considero, del todo interesante la propuesta del autor, pero incurrir en un análisis de ella, haría en exceso extenso el presente trabajo.

⁹³ Vidal Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit.

⁹⁴ Barros Bourie, Enrique (2006) “La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos” en *Estudios de Derecho Civil II. Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. pp. 721-752.*

⁹⁵ Pantaleón Prieto, Fernando (1991). Óp. Cit.

Como se señaló, la culpa no integra el supuesto de hecho del remedio en comento, sin embargo Álvaro Vidal⁹⁶, explica que la falta de imputabilidad puede afectarle, sea privando al acreedor del remedio porque la obligación se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida no imputable; o suspendiendo su ejercicio mientras subsista el caso fortuito causante del incumplimiento. El caso fortuito, sostiene el autor, afecta la titularidad del remedio o su ejercicio. En el primer caso, no es posible que la acción de cumplimiento específico prospere porque la obligación se extinguió, y en el segundo, porque su exigibilidad se halla en suspenso.

Otro punto interesante de tratar, es el cumplimiento equivalente de la obligación. Según el profesor Daniel Peñailillo⁹⁷, al exponer el tema del cumplimiento específico de las obligaciones debe distinguirse entre: cumplimiento en especie, cumplimiento por equivalencia e indemnización de perjuicios. Como ya se trató en forma general el cumplimiento específico, corresponde ahora hacer referencia al cumplimiento equivalente. Peñailillo señala que al menos en las obligaciones de dar, el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil, dispone expresamente que el cumplimiento puede ser en especie y en caso de no ser esto posible, ya sea porque el bien no se encuentra en poder del deudor o porque lo debido es dinero o una especie indeterminada de un género, el acreedor puede exigir el valor de la misma. Si se demanda este cumplimiento equivalente, se está solicitando el *valor* de la prestación, por lo tanto según el autor no se requiere culpa del deudor, el fundamento de este requerimiento estaría únicamente en el incumplimiento contractual. La doctrina explica esta situación, como una especie de subrogación real en el contenido de la obligación, y lo peculiar de ella es que en nada altera los supuestos y requisitos de la ejecución en naturaleza por el deudor mismo, ergo, tanto en el cumplimiento específico como en el cumplimiento equivalente, basta con que el acreedor pruebe la existencia de la obligación y al deudor le son admisibles las mismas excepciones.⁹⁸ No existe texto legal que exija la culpa en esta materia. Por lo tanto, el régimen por el cual se rige el cumplimiento equivalente es el mismo del cumplimiento en

⁹⁶ Vidal Olivares, Álvaro (2007). Óp. Cit.

⁹⁷ Peñailillo Arévalo, Daniel (2008). "La responsabilidad contractual objetiva" en *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué 2008. Editorial Legal Publishing, julio 2009.*

⁹⁸ Barros Bourie, Enrique (2006). Óp. Cit.

especie, lo cual es lógico, porque como lo manifiesta la expresión, se trata de que el deudor pague lo que la prestación vale.⁹⁹

Siguiendo la fórmula del Profesor Peñailillo para exponer el cumplimiento específico, debe distinguirse entonces el cumplimiento en equivalencia de la indemnización de perjuicios: *“El primero tiene lugar, cuando estando vigente la obligación, ya no es posible (o útil) el cumplimiento específico; en esta alternativa, la obligación subsiste pero varía de objeto, y el deudor es obligado a pagar el “precio”(o valor) de la prestación incumplida. La indemnización de perjuicios (o daños ulteriores) ya no persigue el valor de la prestación incumplida, sino que resarcir los perjuicios que, más allá de la cosa o prestación no ejecutada, se causaron al acreedor por el incumplimiento”*.¹⁰⁰ La pretensión de cumplimiento equivalente se diferencia de la pretensión indemnizatoria, no sólo en cuanto a su finalidad de satisfacer el interés primario del acreedor, sino también en sus requisitos, porque el demandado sólo puede oponer como excepciones de fondo, la extinción de la obligación y, genéricamente, la de imposibilidad absoluta de cumplirla, es decir, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la acción de indemnización, el deudor no puede oponer excepciones que persiguen simplemente excusar el incumplimiento por haber ocurrido un caso fortuito o por haberse producido a pesar de haber empleado el deudor la diligencia que le era exigible.¹⁰¹

Es importante hacer mención en este capítulo al incumplimiento no imputable al deudor. Como se trató más arriba, la falta de imputabilidad, puede afectar el ejercicio del remedio, ya sea privando al acreedor de éste porque la obligación se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida no imputable; o suspendido su ejercicio mientras se mantiene el caso fortuito causante del incumplimiento. En este punto, me referiré en exclusivo, al caso

⁹⁹⁻¹⁰⁰ Peñailillo Arévalo, Daniel (2008) Óp. Cit. De igual manera: Álvaro Vidal Olivares en su texto ya citado en este trabajo: *“El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado”*.

¹⁰¹ Barros Bourie, Enrique (2006). Óp. Cit. Cabe hacer presente en relación a la diferencia entre cumplimiento específico y cumplimiento equivalente, que a diferencia de la opinión de la doctrina nacional, los autores españoles señalan que el cumplimiento equivalente no constituye un sistema de responsabilidad diferente a la indemnización de daños, estiman que el valor de la cosa es una partida más que podrá ser tomada en cuenta en el cálculo del daño. Así: Fernando Pantaleón Prieto, *“El sistema de responsabilidad contractual. Materias para un debate”* (1991) Óp. Cit.; Luis Díez-Picazo y otros, *“Los principios del Derecho europeo de los contratos”*, Editorial Civitas, Primera edición, Madrid, España 2002; y Antonio Morales Moreno, *“La modernización del derecho de las obligaciones”* (2006) Óp. Cit.

de la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplirla. Haciendo la debida relación entre los artículos 1670 y 1672 CCCH, cuando se produce la pérdida de la cosa debida, la obligación se extingue, pero si el cuerpo cierto perece por culpa del deudor, la obligación subsiste, variando su objeto y el deudor debe pagar el precio de la cosa e indemnizar al acreedor, si es que corresponde. En relación únicamente al pago del precio de la cosa, como se trató en el capítulo anterior, para efectos del presente trabajo, hemos de considerar al incumplimiento contractual como un hecho objetivo (abandonando el concepto tradicional de incumplimiento, entendido como hecho culpable del deudor), a fin de que se produzca la efectiva protección del interés del acreedor. Este incumplimiento objetivo es el supuesto básico y común del ejercicio de todos los remedios contractuales, sin perjuicio de que cada uno de ellos tiene además, sus propios supuestos de hecho. Ahora bien, como ya se ha reiterado tantas veces, la culpa no es supuesto de procedencia del cumplimiento específico de la obligación, sino que únicamente esta puede afectar su aplicación como consecuencia de la extinción de la obligación, por pérdida del cuerpo cierto sin culpa del deudor, dada la imposibilidad de entregar la cosa. Pero en este caso en particular, la obligación no se extingue por ausencia de culpa sino por la pérdida de la cosa, es decir, claramente si se debe un cuerpo cierto en específico y este se pierde, sin culpa del deudor, naturalmente la obligación debe verse extinguida porque la cosa ya no se puede entregar. La obligación no se ve extinguida porque no exista culpa, sino porque la cosa en si misma ya no existe¹⁰². Además, en los *Principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL)* la imposibilidad tanto material como jurídica, es sólo un límite a la exigibilidad de cumplimiento *in natura*, afecta la pretensión de cumplimiento pero no a la validez de la relación obligatoria, es más, ni siquiera consideran a la imposibilidad inicial como causa de la nulidad (artículo 4:102.)¹⁰³. Considerando los argumentos anteriormente expuestos, si estamos hablando de un incumplimiento objetivo, que no obstante no existir culpa de parte del deudor, de igual forma da lugar a la procedencia del remedio de pretensión de cumplimiento específico y además si adscribimos a la postura doctrinaria que sostiene que al incumplimiento equivalente se le aplica el mismo régimen jurídico que al cumplimiento en especie, considero que nada obstaría a que se pueda perfectamente solicitar el

¹⁰² Peñailillo Árevalo, Daniel (2008) Óp. Cit.

¹⁰³ Díez-Picazo, Luis y otros (2002) *“Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos”*. Editorial Civitas. Primera Edición. Madrid, España 2002.

cumplimiento equivalente de la obligación, aun habiendo pérdida de la cosa que se debe sin culpa del deudor y el juez no tendría por qué negarse a dicha solicitud. Lo que quiero plantear con lo anterior, es que si la especie o cuerpo cierto se pierde sin culpa del deudor, la obligación se ve extinguida únicamente para efectos de la entrega material de la cosa en cuestión, pero se mantiene vigente en orden a poder solicitar el cumplimiento en equivalencia de la misma.

2. Obtención del cumplimiento específico de la obligación a través de recurso de protección.

A través del presente trabajo, se intenta demostrar que mediante el recurso de protección interpuesto para proteger el derecho de propiedad que recae sobre el crédito y que ha sido vulnerado por el incumplimiento del contrato, únicamente se puede obtener el cumplimiento específico de la obligación, no así los otros remedios contractuales, a saber la indemnización de daños y la resolución del contrato. Si bien, como fue tratado más arriba, el acreedor ante el incumplimiento contractual tiene la posibilidad de elegir el remedio que demandará para satisfacer de mejor manera su interés, si lo va a hacer mediante vía de acción de protección, su solicitud será fructífera si es que solicita y efectivamente procede, el cumplimiento específico de la obligación. A continuación de presentarán los argumentos para fundamentar esta postura.

I.- El profesor Lautaro Ríos¹⁰⁴ señala que una de las ventajas del recurso de protección es que en contraste con los lentos rituales e interminables procedimientos ordinarios, el recurso tiene un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio. Por lo tanto estamos hablando de un procedimiento que de por sí es brevísimo, lo cual induce a los acreedores a recurrir a él para poder lograr de forma más rápida y efectiva la satisfacción de su interés, al menos en forma provisoria¹⁰⁵, y no tener

¹⁰⁴ Ríos Álvarez, Lautaro (2007) "La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno" en *Estudios constitucionales*, Año 2005, N° 2, 2007. pp. 37-60. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*.

¹⁰⁵ La CPR ha dejado a salvo el derecho de discutir el fondo de la cuestión que ha motivado la estimación del recurso, o su rechazo, en un juicio de lato conocimiento o por otra vía administrativa o jurisdiccional que sea procedente. Es por esto que la resolución que resuelve un recurso de protección es sentencia definitiva

que pasar por el engorroso procedimiento declarativo. El autor señala que el recurso de protección es un procedimiento de emergencia, carente de un “periodo de prueba” (así denominado propiamente tal) y de un principio contradictorio, por tanto como consecuencia de esto, lo que se busca con él, es proteger el *status quo* existente antes de la agresión que da lugar a su origen, impidiendo la autotutela jurídica y la violación flagrante de un derecho probado y protegido. El cumplimiento específico es el remedio que de mejor manera calza con estas características ya que el logro del mismo por parte del acreedor perfectamente se puede realizar por este procedimiento breve y concentrado, probando debidamente el incumplimiento por parte del deudor, realizando la argumentación que corresponde y cumpliendo los requisitos que mas adelante de detallarán.

II. Cuando el recurso de protección cumple con las condiciones de admisibilidad, la Corte de Apelaciones, acoge a tramitación el recurso y ordena al recurrido (en este caso, al deudor) que informe (artículo 3° AAP). Procesalmente este informe debería corresponder a lo que conocemos como *contestación de la demanda*¹⁰⁶. Es el propio tribunal el que señala el plazo para evacuar dicho informe, plazo que según el mismo artículo, será breve y perentorio. Junto con ordenar la evacuación del informe y señalar el plazo para realizar esta gestión, el tribunal señala que conjuntamente con éste se deberán remitir a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso. Es decir, estos dos momentos, son las dos únicas instancias que las partes tienen para probar sus alegaciones (el acreedor recurrente desde que presenta el recurso hasta antes de la vista de la causa y el deudor recurrido desde que informa hasta antes de la vista de la causa)¹⁰⁷, de manera tal, que el término probatorio es bastante corto. A menos que decrete la realización de la o las diligencias que estime necesarias o clarificadoras para la correcta solución del recurso (artículo 5° AAP), no obstante aquello, el término probatorio continua siendo reducido.

(artículos 5° y 6° AAP) que solamente tiene efecto de cosa juzgada formal (parte final del inciso 1° del artículo 20 CPR), por lo tanto impide que pueda deducirse un nuevo recurso de protección, si con respecto al primero existe la triple identidad de personas, cosa pedida y causa de pedir.

¹⁰⁶ Bordalí Salamanca, Andrés. (2002) “Temas de Derecho Procesal Constitucional”. Universidad Austral de Chile. Editorial Fallos del Mes.

¹⁰⁷ Ríos Álvarez, Lautaro (2007) Óp. Cit.

En virtud de lo anterior, el remedio contractual que más eficazmente se verá satisfecho con la interposición del recurso en comento, es aquel que menos diligencias probatorias requiera para poder determinar su procedencia: el cumplimiento específico. Luis Diez-Picazo¹⁰⁸, señala que una de las ventajas de este remedio es que a través de él, el acreedor obtiene, hasta donde es posible, lo que le es debido conforme al contrato y además se evitan las dificultades de evaluación de los daños, lo cual necesitaría un mayor número de diligencias probatorias, que en este caso no son necesarias. Enrique Barros¹⁰⁹ complementa lo anterior señalando que el cumplimiento específico es el remedio menos exigente en cuanto a prueba se refiere y, en general, presenta menos incertidumbres que la acción indemnizatoria. Se evitan riesgos de incertidumbre acerca de la prueba de la culpa y la evaluación de los perjuicios.

III.- Como se ha señalado en el capítulo anterior, en virtud del nuevo derecho de la contratación, ha cambiado la noción tradicional que se tiene del contrato, dejando éste de ser sólo un instrumento de creación de derechos y obligaciones, pasando el contrato a cumplir una *función económica*, esto es, buscar siempre la satisfacción del interés de los contratantes, dibujado a partir del propósito práctico que determinó su celebración y que se alcanza con la fiel y oportuna realización de la prestación. Relacionando lo anterior, con la nueva mirada que se le da al incumplimiento, tratado ahora desde el punto de vista de brindar la debida protección del interés del acreedor, de igual forma debe ser entendida entonces la pretensión del acreedor al demandar el cumplimiento específico de la obligación a través de recurso de protección. Si se está solicitando el cumplimiento en especie a través del comentado recurso, invocando para esto el derecho de propiedad que se tiene sobre el crédito (vulnerado con el incumplimiento) lo que busca el recurrente, sin lugar a dudas, es que el deudor cumpla su obligación tal cual como fue contraída en un principio o, al menos, en forma equivalente. La finalidad del recurso de protección, junto con evitar la autotutela, es volver a *status quo* preexistente al incumplimiento y la única forma de lograrlo es compeler al deudor a cumplir la obligación. Este *status quo*, no se logra con una indemnización de los daños (porque los daños son posteriores al incumplimiento) ni con la resolución del contrato (porque antes del incumplimiento el

¹⁰⁸ Diez-Picazo, Luis y otros (2002) Óp. Cit.

¹⁰⁹ Barros Bourie, Enrique (2006) Óp. Cit.

contrato existe, no se encuentra resuelto)¹¹⁰. Si se está alegando propiedad sobre el crédito, solicitando su reconocimiento y debida protección por parte del ordenamiento jurídico el acreedor, la forma natural de hacerlo y, de mantener y proteger ese derecho en el patrimonio del acreedor es decretando el cumplimiento de la obligación, en principio, mas no una indemnización de los daños ni menos la resolución del contrato.

3. Improcedencia del recurso de protección como medio para obtener los otros remedios contractuales establecidos en el ordenamiento jurídico.

I.- Indemnización de Daños.

La indemnización de daños es otro de los remedios contractuales presentes en el CCCH. No es materia de este trabajo hacer un análisis extensivo de este remedio, únicamente me remitiré a señalar por qué no procede en materia de recurso de protección.

El supuesto de hecho del remedio en comento está integrado por el incumplimiento que causa daños objetivamente imputables al deudor, y la ausencia de una causa de exoneración que excluya la responsabilidad, esta causal debe ser subjetivamente imputable al deudor, esto se deduce de los artículos 1547, 1556, 1557 y 1558 todos del CCCH.¹¹¹ Como se señaló en el capítulo anterior, éste es el único remedio contractual que se construye sobre el supuesto del incumplimiento con culpa atribuible al deudor¹¹². Ahora

¹¹⁰ Esto se puede entender respecto de las obligaciones de tracto sucesivo, por ejemplo: el cumplimiento de parte del arrendatario del pago del arriendo en forma mensual. Si el contrato un mes determinado no se cumple, el recurso busca mantener el *status quo* preexistente al incumplimiento, esto es, que arrendatario haya cumplido correctamente su obligación de pagar y no haya incurrido en incumplimiento. En cuanto a las obligaciones de ejecución única, por ejemplo: entregar una determinada especie o cuerpo cierto, si bien antes del incumplimiento, el cumplimiento en sí mismo no se había realizado, por lo tanto el *status quo* preexistente no sería el cumplimiento específico propiamente tal, sí era exigible la obligación para el deudor y existían todas las condiciones para que este cumpliera, en la forma en que el acreedor esperaba recibir el cumplimiento, eso es lo que busca el acreedor que se restablezca, que el deudor cumpla la obligación tal cual fue contraída.

¹¹¹ Vial Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit.

¹¹² Sin perjuicio de lo expuesto, cabe hacer mención a que existe hoy en día la tendencia a la objetivización. La doctrina ha señalado que el concepto de culpa ha permitido introducir ciertas dosis de objetivismo al deber de indemnizar. El nivel de diligencia exigible para que no exista culpa puede llegar a alcanzar cotas muy elevadas, que pueden llegar a aproximar la responsabilidad por culpa a la objetiva. Antonio Morales Moreno, sostiene que en lo que se refiere al modelo indemnizatorio, que basa el deber de indemnizar en la culpa (o dolo) del deudor, ha alcanzado, a su vez, una indudable objetivización, al apreciarse la culpa

bien, como sabemos, en materia contractual la culpa se presume, lo cual podría inducir a pensar erróneamente que este remedio al no requerir culpa al igual que el cumplimiento específico, sería perfectamente posible obtenerlo a través del recurso de protección ya que no recaería sobre el acreedor la carga de la prueba de la imputabilidad del incumplimiento, por lo tanto bastando la prueba del mismo, el tribunal debería decretar la procedencia del remedio sin más. Sin embargo, por mucho que se presuma la culpa del deudor, se plantea la incertidumbre respecto de las causales de exoneración de responsabilidad que le es admitido alegar¹¹³, y si lo alega debe probarlo, entonces, se requiere de un término probatorio mayor que aquel contemplado en el proceso de protección, al cual ya se ha hecho referencia. Por lo tanto, el acreedor no está obligado a probar la culpa, sino que es el deudor el que debe establecer que no ha incurrido en ella probando el debido cuidado o diligencia empleado en el cumplimiento.¹¹⁴ Sin perjuicio de lo anterior, al deudor no le basta con probar que ha empleado diligencia, pero que por una causa desconocida se produjo el incumplimiento, sino que además debe lograr formar en el juez la convicción que dicha causa supera el ámbito de riesgo asumido en virtud del contrato.¹¹⁵ La única alternativa que tiene el deudor para lograr exonerarse de la obligación de indemnizar, es acreditar el caso fortuito, que sobrentiende la prueba de un suceso externo imprevisible al tiempo del contrato, inevitable e insuperable en el momento mismo de la ejecución de la prestación.¹¹⁶

conforme a modelos de conducta exigible. Se tiende a limitar el papel de la culpabilidad, y a utilizar parámetros más objetivos (esferas de riesgo: esferas de control). Morales Moreno, Antonio Manuel (2006): *“La modernización del derecho de las obligaciones”*. Primera Edición. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, España. Así también, Peñailillo Arévalo, Daniel (2008). “La responsabilidad contractual objetiva” en *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué 2008. Editorial Legal Publishing, julio 2009.*

¹¹³ Barros Bourie, Enrique (2007) Óp. Cit.

¹¹⁴ Abeliuk Manasevish, René (2003) Óp. Cit.

¹¹⁵ Barros Bourie, Enrique (2007) Óp. Cit.

¹¹⁶ Vial Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit. Es preciso respecto de este punto, señalar lo que sostienen los autores que postulan la objetividad de la responsabilidad contractual. Señalan que respecto de esto es necesario hacer la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. Respecto de las obligaciones de medio, si el acreedor alega que el deudor fue negligente, es decir, que incumplió la obligación, es el deudor el que debe probar que se comportó diligentemente y esto no equivale sino a la prueba del cumplimiento de la obligación, exonerándose por tanto de indemnizar los perjuicios. En relación a las obligaciones de resultado, no procede la exoneración por diligencia, ya que la responsabilidad está fundada en la causalidad, mas no en la culpabilidad. En lo que a éste tipo de obligaciones se refiere, se configura una verdadera responsabilidad objetiva que impide exonerarse de la responsabilidad al deudor probando diligencia o ausencia de culpa. Postulan los autores que la fuerza mayor funciona como un elemento que interrumpe el vínculo causal entre el hecho o la omisión del demandado y el daño causado. La fuerza mayor explica el

La finalidad del remedio indemnizatorio es resarcir el daño causado por el incumplimiento del contrato. Que se haya producido daño es presupuesto necesario para que proceda la indemnización y el incumplimiento en sí mismo no constituye daño resarcible, por lo tanto corresponde al acreedor probar este elemento. Así lo sostiene Luis Díez-Picazo, fundamentándolo con jurisprudencia española, expone que el Tribunal Supremo español ha sido constante en este sentido.¹¹⁷

La ventaja que el remedio indemnizatorio tiene es que cubre todos los daños que no son reparables en naturaleza o que excedan del valor de la prestación, sin embargo, hay delicadas cuestiones en el juicio indemnizatorio que deben ser probadas por quienes las alegan¹¹⁸ (ya sea deudor o acreedor) como por ejemplo, el daño, la exigencia de previsibilidad del mismo, el lucro cesante, las incertidumbres de acerca de la imputabilidad del cumplimiento, el monto de los perjuicios, la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, etc. Por lo tanto, requieren de un proceso de lato conocimiento como un juicio declarativo para que ambas partes cuenten con términos probatorios adecuados para presentar sus probanzas y lograr así la correcta convicción en el juez, cosa que no puede lograrse a cabalidad en un procedimiento de protección ya que el termino probatorio es muy disminuido, como se señaló ampliamente en el acápite anterior.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente señalado, cabe hacer la referencia correspondiente al cumplimiento equivalente. Como se trató con amplitud anteriormente, según la doctrina nacional, el cumplimiento equivalente no debe ser considerado como

origen causal del resultado dañoso. Si el deudor logra probar la fuerza mayor, él afirma que su conducta no tiene en absoluto que ver con el daño, incluso, si ha incurrido en culpa. En este caso, falta la causalidad como elemento imprescindible de la responsabilidad civil, debiendo exonerarse al deudor no en razón de la ausencia de culpa, sino por concurrir una causa extraña que explica causalmente el daño. De la Maza Gazmuri, Iñigo y Pizazzo Wilson, Carlos (2006): *“Responsabilidad Civil. Casos Prácticos”*. Primera edición. Editorial Lexisnexis. Santiago, Chile. Así también: Pizarro Wilson, Carlos (2008): “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 XXXI. Valparaíso, Chile*.

¹¹⁷ Díez-Picazo, Luis y otros (2002) Óp. Cit. El autor hace la aclaración en relación a que el incumplimiento no siempre produce daño al acreedor, señalando que hay incumplimientos que lejos de perjudicarlo le benefician, porque han mejorado para él las condiciones del mercado: cumplimiento eficiente. Por último, recuerda que la indemnización es sólo uno de los remedios aplicables en caso de incumplimiento. El que ésta no proceda, porque no haya daño (situaciones aisladas), no significa que no pueda ser oportuno otro remedio, como por ejemplo la resolución.

¹¹⁸ Barros Bourie, Enrique (2007) Óp. Cit.

indemnización de perjuicios, sino únicamente como el valor pecuniario equivalente al cumplimiento específico de la obligación. Es por esto, que el cumplimiento equivalente debe regirse por el régimen jurídico de este último remedio, de manera tal, que no le son aplicables todas las delicadas cuestiones que deben ser probadas en el juicio indemnizatorio. Para efectos de este trabajo, esa es la postura que mas calza con el tratamiento que se le quiere dar al cumplimiento equivalente en materia de recurso de protección. Al aplicar el régimen del cumplimiento específico al cumplimiento equivalente, hace que éste último sea perfectamente procedente si se solicita a por medio de recurso de protección, ya que si consideramos que su naturaleza jurídica es propiamente *cumplimiento* y no *resarcimiento*, los supuestos de hecho a probar para que sea efectiva su procedencia, son los mismos del cumplimiento específico, esto es: que se haya producido el incumplimiento y que el cumplimiento posterior sea posible.¹¹⁹

II.- Resolución del contrato.

Como los otros remedios contractuales tratados, la facultad resolutoria también debe ser tratada desde la perspectiva del interés del acreedor. Producido el incumplimiento de un contrato bilateral, el acreedor tiene la facultad de resolver el contrato, facultad que como ya se señaló en el capítulo anterior, es tratada en nuestro CCCH a la luz de las obligaciones condicionales, pero que a pesar de eso, debe ser considerada como un remedio más que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor insatisfecho. Álvaro Vidal sostiene que la resolución de produce generalmente porque el acreedor quiere desligarse del deudor y así celebrar un contrato de reemplazo con un tercero, es decir, la resolución permite al acreedor obtener la satisfacción de su interés ya no del deudor, sino del mercado.¹²⁰

Para que la resolución del contrato proceda, al igual que los otros dos remedios tratados en este trabajo, requiere de su propio supuesto de hecho, en este caso, es

¹¹⁹ Esto sería perfectamente posible por ejemplo en un juicio ejecutivo de una obligación de dar, pero en este caso, en materia de recurso de protección por ejemplo donde se solicite el cumplimiento específico de una obligación de dar una especie determinada, pienso en la situación de que en el contrato que da nacimiento a la obligación de cumplir, esté establecido en forma indubitada el valor de la especie y no sea necesario tener que recurrir a la evaluación de la misma en el juicio, lo cual podría hacer necesario un término probatorio mayor.

¹²⁰ Vidal Olivares, Álvaro (2009). Óp. Cit.

indispensable que el incumplimiento sea lo suficientemente grave.¹²¹ O lo que es igual, que tenga el carácter de *esencial*.¹²² El requisito de la esencialidad impide que la resolución devenga en un pretexto para deshacerse de contratos inconvenientes, desnaturalizando la función del remedio que protege el legítimo interés contractual del acreedor.¹²³ Sin perjuicio de que el artículo 1489 CCCH, no hace distinción alguna cuando se refiere al incumplimiento en materia de resolución, más allá de determinar si la resolución procede o no respecto de cualquier incumplimiento, lo importante es determinar *cuando* el incumplimiento es resolutorio, es decir, los autores coinciden en que el incumplimiento debe ser esencial, ahora bien, lo que se debe determinar es cuando el incumplimiento tiene esta característica.¹²⁴ Sin perjuicio de esta claridad en materia doctrinaria en orden a esta limitación para la solicitud de la resolución del contrato, no la hay en relación a los criterios que deben ser usados por el juez para determinar cuando el incumplimiento es grave.¹²⁵

¹²¹ Se trató más arriba, que al igual que en materia de cumplimiento específico, la culpa no forma parte del supuesto de hecho de la resolución del contrato.

¹²² Vidal Olivares, Álvaro (2009). Óp. Cit.

¹²³ Barros Bourie, Enrique (2007) Óp. Cit.

¹²⁴ Mejías Alonzo, Claudia (2010) "El incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia nacional" en *Estudios de derecho civil VI. Jornadas nacionales de derecho civil Olmué 2010. Editorial LegalPublishing. Departamento de derecho privado, facultad de derecho Universidad de Chile.*; Barros Bourie, Enrique (2007) "Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales" en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de derecho civil, Valparaíso, Chile, 28 a 30 de junio de 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*; Vidal Olivares, Álvaro (2009) "La noción de incumplimiento esencial en el "Código Civil"" en *Revista de Derecho de la Pontificia universidad Católica de Valparaíso XXXII (Valparaíso, Chile, primer semestre 2009)*, y "El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado" en *el Código Civil de Chile (1855-2005). Editorial Lexis Nexis, 2007.*; y Díez Picazo, Luis y otros (2002) "*Los principios del derecho europeo de los contratos*", Editorial Civitas. Primera edición, Madrid España, 2002), entre otros.

¹²⁵ A modo de ejemplo se señalan a los siguiente autores: Mejías Alonzo, Claudia (2010) Óp. Cit. Señala que son dos los criterios que deben ser considerados para determinar la esencialidad del incumplimiento: primero, tener en consideración las consecuencias que produce el incumplimiento en el interés del acreedor y segundo, vincular la conducta desplegada por el deudor en la ejecución de la prestación que conduce a una pérdida de confianza del acreedor en su futuro cumplimiento. Díez- Picazo, Luis y otros (2002) Óp. Cit. Señalan los autores que de acuerdo a los Principios Europeos del Derecho de los Contratos, el incumplimiento es esencial cuando: primero, el cumplimiento estricto de la obligación corresponde a la esencia del contrato, segundo, el incumplimiento priva sustancialmente al acreedor de los que él tenía derecho a esperar del contrato, a menos que el deudor no haya previsto o no haya podido razonablemente prever este resultado y tercero, el incumplimiento es intencional y permite creer al acreedor que no puede contar en el futuro con un cumplimiento de la otra parte. Peñailillo Arévalo, Daniel (2006) "*Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*" Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 2006. Expone factores que sirven para determinar la envergadura del incumplimiento y entre ellos señala: el valor del negocio, la función que por naturaleza cumple el contrato, la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor víctima del incumplimiento y además señala que el examen sobre la importancia del incumplimiento implica la interpretación del contrato y que los factores

Es en relación a esto, que es el juez quien en último término deberá determinar si procede o no procede el remedio. Lo que deberá tomar el magistrado en consideración es el incumplimiento en sí mismo y su impacto en el interés del acreedor, considerando la función económica del contrato, teniendo siempre en cuenta que el contrato nace para satisfacer el interés de los contratantes y que el énfasis de la relación contractual debe estar siempre en el acreedor, siendo el deudor la persona encargada de satisfacer éste interés. Debe el juez realizar este análisis caso a caso según el contenido del contrato, su economía y también la posible vulneración del principio de buena fe objetiva.¹²⁶

Cuando el deudor incurre en incumplimiento esencial, cualquiera sea su manifestación, el principio de la conservación del negocio debe ceder atendido el impacto que el incumplimiento produce en el interés del acreedor, previsible para el deudor. Por ello este remedio debe aplicarse restrictivamente, siendo el juez, quien luego de interpretar e integrar la regla contractual y de apreciar en concreto el incumplimiento, deberá decidir si la facultad resolutoria ha sido, o no, correctamente ejercitada y, conforme a ello, dar o no lugar a la demanda.¹²⁷

Es por esto que resultaría improcedente solicitar la resolución del contrato a través del recurso de protección, por que se necesita, al no haber una concepción uniforme en orden a que es lo que se entiende por incumplimiento esencial, lograr formar en el juez esta convicción y así obtener lo solicitado, lo cual implicaría diligencias probatorias que requieren de un mayor término al otorgado con el recurso de protección. En relación a esto, me remito al punto tres del segundo acápite de este capítulo, orden a señalar que si se está invocando el derecho de propiedad sobre el crédito para que sea procedente el recurso de protección en materia contractual, el acreedor no quiere que el contrato se resuelva sino que su derecho sea debidamente reconocido y protegido, y esto se logra con el cumplimiento específico de la obligación o bien su equivalente. Si el acreedor considera que su interés se ve satisfecho de mejor manera a través de la resolución del contrato, deberá entonces iniciar el procedimiento ordinario que corresponde.

debidamente probados deben ser ponderados a la luz de la buena fe que ha de presidir las diversas etapas del trayecto contractual.

¹²⁶ Vidal Olivares, Álvaro (2009) Óp. Cit.

¹²⁷ Vidal Olivares, Álvaro (2007) Óp. Cit.

4. Requisitos que se deben cumplir a fin de poder solicitar el cumplimiento específico de la obligación a través de recurso de protección.

No siempre cuando se solicita el cumplimiento específico de la obligación a través del recurso de protección se puede tener un resultado satisfactorio, es por eso que la obligación debe cumplir ciertos requisitos que a continuación se detallarán.

a.- Que la obligación sea indubitada.

El recurso de protección dada su naturaleza cautelar y ser en sí mismo un procedimiento breve, impide que pueda ser usado para declarar o constituir situaciones jurídicas nuevas o para dilucidar criterios de aplicación de los contratos. Como se manifestó antes, este proceso cuenta de un plazo probatorio breve y escasa intervención de las partes, por lo tanto mal podría utilizarse para declarar por ejemplo, primero la existencia de la obligación y luego analizar si procede o no decretar su cumplimiento específico. Es por esto que la doctrina¹²⁸ y la jurisprudencia ha sostenido que para solicitar el cumplimiento de alguna obligación contractual por esta vía es necesario que sea indubitada su existencia. Situaciones como las siguientes: un contrato que las partes hayan hecho constar en escritura pública, o un contrato que haya sido reconocido por ambas partes (tanto al presentar el recurso el recurrente, como al informar éste el recurrido)¹²⁹, etc.

Así por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, señaló en relación al incumplimiento de una cláusula de un contrato de arrendamiento acordado verbalmente entre las partes: “... *pues esta situación requerirá de discusiones latas y probanzas que escapen al ámbito del presente recurso, acción extraordinaria para cuya procedencia es*

¹²⁸ Zavala Ortiz, José Luis. (2007) “*El recurso de protección. Casos y jurisprudencia*”. Editorial PuntoLex S.A. Santiago, Chile 2007. Cuando el autor se refiere a la naturaleza jurídica del recurso de protección, hace mención a que este es un medio cautelar y que no es la vía para declarar derechos que no se encuentran indubitados. Cita variada jurisprudencia.

¹²⁹ Sentencia de Corte Suprema Rol 17617, 2 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica n° 135 año 1991, pág. 51. Así también: Sentencia de la Corte Suprema Rol 3958-2008, 28 de julio de 2008. Gaceta Jurídica n° 337 año 2008, el recurrente al informar no controvierte la existencia del contrato de salud, se limita únicamente a señalar las razones de improcedencia del recurso. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 521-89, 15 de marzo de 1990. Gaceta Jurídica N° 117 año 1989, la recurrida reconoce la existencia y vigencia del contrato de salud.

presupuesto indispensable la existencia de un derecho indubitado a cuyo favor adoptar las medidas tendientes a su protección.”¹³⁰

La Corte Suprema también se ha pronunciado al respecto, ahora en relación a obligaciones emanadas del contrato de seguro: “... *esta acción de cautela de derechos constitucionales constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto de garantías que se encuentran indubitadas y no discutidas, lo que no ocurre en la especie, puesto que el derecho que se reclama dice relación con obligaciones contractuales emanadas del contrato de seguro que vincula a las partes, cuyo cumplimiento se encuentra en discusión.*”¹³¹

En relación a este requisito que debe cumplir la obligación cabe hacer la siguiente aclaración: el recurso de protección constituye jurídicamente una acción destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos constitucionales preexistentes, que se enumeran en el artículo 20 CPR. Por lo tanto, aquello que debe ser indubitado e indiscutible es el derecho de propiedad que el recurrente tiene respecto del derecho emanado del contrato, si se acredita que hay un contrato existente entre recurrente y recurrido, ergo, se acredita que existe para el recurrente derecho de propiedad sobre su crédito, dicho en otras palabras, al acreditar indubitadamente la existencia del contrato, se está acreditando entonces el derecho de propiedad sobre los derechos emanados de él.

b.- Que conste que efectivamente existe incumplimiento de la obligación.

Al igual que la existencia de la obligación, el incumplimiento de la misma también debe estar fehacientemente acreditado, para poder invocar el argumento tratado en el

¹³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol 34-07, 19 de marzo de 2007. Fuente: www.microjuris.com

¹³¹ Sentencia de la Corte Suprema Rol 1207-2007, 22 de mayo de 2007. Gaceta Jurídica N° 323 año 2007 Pág. 45. Así también Sentencia de la Corte Suprema Rol 11.385, 5 de noviembre de 1987. Gaceta Jurídica N° 89 año 1987, certifica al relatar los hechos que el contrato efectivamente se celebró entre las partes. Sentencia de la Corte Suprema Rol 12.796, 13 de septiembre de 1988. Gaceta Jurídica N° 99, año 2008, la Corte Suprema certifica la existencia del contrato de arrendamiento entre recurrente y recurrido. Sentencia de la Corte Suprema Rol 2408_97, 10 de agosto de 1997. Gaceta jurídica N°208 año 1997, en el considerando 3° hace mención a que para lograr el amparo del legítimo ejercicio de derechos a través de recurso de protección, estos necesariamente deben ser indiscutidos y preexistentes. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique Rol 33-08, 26 de noviembre de 2008. www.microiuris.com, la Corte certifica la existencia del contrato de arrendamiento entre recurrente y recurrido.

primer capítulo relativo a que la causa de la vulneración del derecho de propiedad que recae sobre el crédito es el incumplimiento contractual.

Según Peñailillo, en un juicio declarativo de lato conocimiento donde el acreedor demanda la prestación en especie, a éste le basta simplemente *demostrar la existencia de la obligación*, correspondiendo al deudor la prueba del pago o de la extinción de la misma por cualquier otro de los medios mencionados en el artículo 1567 CCCH.¹³² Sin embargo, en materia de protección la situación es distinta. Según el artículo 2º AAP, los requisitos de admisibilidad del recuso de protección son dos, a saber: primero, que haya sido presentado en forma oportuna y segundo, que se mencionen los hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 CPR. Si no concurren estos dos requisitos el tribunal declarará inadmisibile el recurso por resolución fundada. En relación al requisito segundo, el artículo expresamente dice: “...o no se señalan los hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional.” Al menos lo que debe hacer al presentar el recurso el acreedor recurrente, es mencionar los hechos constitutivos de incumplimiento (ya que este es el hecho que vulnera el derecho de propiedad sobre cosa incorporal protegido por la acción en comento). Atendido el breve termino probatorio que concede a las partes el proceso de protección, considero que si el acreedor cuenta al tiempo de presentar el recurso con los medios de prueba necesarios para acreditar la existencia del incumplimiento, deberá hacerlo en ese momento. Si no logra hacerlo, el único que se verá perjudicado con esta situación será él, ya que si no es capaz de formar en el juez la convicción de que existió incumplimiento de la obligación y por su parte el recurrido sólo alega que cumplió pero tampoco logra acreditarlo, el tribunal rechazará el recurso, diciendo que este tipo de situaciones deben ser resueltas en otra sede jurisdiccional y no a través de este medio.¹³³ Por otra parte, si

¹³² Peñailillo Arévalo Daniel (2007). Óp. Cit.

¹³³ En este punto, ver voto disidente del Ministro Señor Antonio Castro Gutiérrez en la Sentencia de la Corte Suprema Rol 11.385, 11 de mayo de 1987. Gaceta Jurídica N°89 año 1987. En este caso, se acreditó la existencia de la obligación, el recurrente acreditó el incumplimiento y el recurrido también hizo reconocimiento expreso del mismo y el cumplimiento específico de la obligación era posible. Sin perjuicio de que el recurrido alegara que él realizó el acto arbitrario de cercar el predio arrendado como respuesta al no pago del canon de arriendo del recurrente y al incumplimiento de otras obligaciones, el tribunal acogió el recurso para mantener el *status quo* vigente y evitar la autotutela por parte del recurrente. Cobra aquí relevancia el voto en contra del ministro, quien estuvo por rechazar el recurso toda vez que se la especie se en presencia de un contrato de arrendamiento que *se dice* incumplido por las partes y cuya existencia,

entendemos que el acreedor recurrente está solicitando que se le reconozca y proteja un derecho constitucional que ha sido vulnerado, como él es quien está alegando la vulneración, le corresponderá a él entonces probar la existencia de la misma, exponiéndose en caso contrario, a que el juez no acoja el recurso por no acreditarse la privación, perturbación o amenaza al derecho de propiedad que el recurrente alega. Por lo tanto en el breve término probatorio con que cuenta el recurrente (desde que presenta el recurso hasta antes de la vista de la causa), debe ser capaz de formar en el juez la convicción de que su derecho de propiedad sobre el crédito emanado del contrato cuyo cumplimiento específico se solicita, fue vulnerado con el incumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, recordemos que el juez de protección tiene la facultad otorgada por el AAP, en caso de que sea necesario, decretar alguna medida probatoria para mejor resolver¹³⁴. Sin embargo, que el acreedor acredite con sus propios medios la existencia fehaciente del incumplimiento, únicamente le reportará beneficios y considero que así debe hacerlo.

c.- Que el ulterior cumplimiento de la obligación sea posible.

Cuando se analizaron los supuestos de hecho del cumplimiento específico de la obligación, se señaló que uno de ellos es el hecho de que el cumplimiento ulterior de la obligación sea objetivamente posible. Por lo tanto, si se va a pedir éste remedio a través de recurso de protección, para que el tribunal acoja el recurso, entonces es necesario que la obligación sea factible de ser ejecutada una vez que se dicte la resolución. Puede el acreedor recurrente no tenga conocimiento de esto al momento de presentar el recurso y el deudor recurrido podrá alegar esta situación en su informe, por ejemplo señalar que existe una causal de extinción de la obligación, que se configura una situación de caso fortuito, que existe excepción de contrato no cumplido, etc. Habrá que observar que es lo que ocurre caso a caso y como el tribunal resolverá la situación. Podría señalar por ejemplo, que el

validez y alcance deben ser resueltos en otra sede judicial, quedando fuera del alcance del recurso de protección.

¹³⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 521-89, 15 de marzo de 1990. Gaceta Jurídica N°117 año 1989. Se configura un acto arbitrario e ilegal por parte de la Isapre recurrida, al negarse a cancelar prestaciones y beneficios que corresponden a un afiliado durante el período de sus licencias médicas. El considerando 3° señala: “... y para mejor resolver se ofició a la Comisión de Medicina Preventiva de Viña del Mar-Quillota para que informase sobre lo solicitado por la recurrente en contra de la ISAPRE por haber rechazado sus licencias.”

recurso de protección no es la vía idónea para resolver situaciones contractuales de este tipo y que las partes deben iniciar el debido procedimiento ordinario¹³⁵, o bien si se trata de una obligación dineraria o de hacer o no hacer genérica podrá decretar el cumplimiento específico de la obligación a pesar de que el deudor haya alegado incumplimiento del contrato por parte del recurrente, a fin de mantener el *status quo* y evitar la *autotutela* sin perjuicio de dejar a salvo el derecho del deudor para iniciar un procedimiento ordinario para discutir a el asunto de fondo.¹³⁶ Por lo tanto habrá que estarse caso a caso y al criterio del tribunal.

Por último y en relación al cumplimiento equivalente, por ejemplo de una obligación de dar una especie determinada, considero que si el contrato consta en forma fehaciente, se acredita el incumplimiento y el valor de la especie está efectivamente determinado en el contrato, no habría ningún inconveniente en que se acoja un recurso donde este tipo de cumplimiento sea solicitado.¹³⁷

5. Breve referencia al cumplimiento específico de obligaciones de dar, hacer y no hacer decretado por recurso de protección.

I.- Obligaciones de dar.

Respecto del cumplimiento específico de este tipo de obligaciones no se han encontrado fallos relativos al tema y pienso que la explicación podría ser la siguiente:

a.- En caso de que la obligación no conste en forma indubitada, mal podría ser usado el recurso de protección como mecanismo para hacerlo, porque como ya lo he

¹³⁵ Me remito en relación a esto a lo ya expuesto en el segundo acápite de la primera parte del capítulo II de este trabajo, en relación al razonamiento jurisprudencial para rechazar el recurso.

¹³⁶ Por ejemplo en materia de arrendamiento, donde los recurrentes alegan el incumplimiento del contrato por parte del arrendador al cortar el suministro eléctrico y éste se defiende señalando que los arrendatarios no habían cumplido a su vez la obligación de pago de la renta de arrendamiento. La Corte señala: “... *cuya energía eléctrica les ha sido privada, acción que no se legitima, en modo alguno por el no pago de las rentas de arrendamiento, cabe adoptar las medidas pertinentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, sin perjuicio de las acciones que los recurridos han hecho o hagan valer ante los tribunales correspondientes.*” Luego finaliza: “... *ordenándose a los recurridos la inmediata reinstalación del suministro de energía eléctrica a los locales comerciales de los recurrentes.*” (Sentencia Corte Suprema Rol 17617, 2 de septiembre de 1991. Gaceta Jurídica n° 135. Pág. 51)

¹³⁷ No se han encontrado fallos que traten este tema, por lo tanto me remito a lo ya dicho sobre cumplimiento equivalente en este capítulo.

señalado anteriormente este es un procedimiento cautelar y breve, de manera tal que no es la vía idónea para que las partes ejerzan las probanzas relativas a acreditar la existencia de la obligación. Se ha citado anteriormente jurisprudencia que así lo ha señalado.

b.- En caso de que la obligación conste en forma indubitada, por ejemplo en una escritura pública, se acredite el incumplimiento y el cumplimiento posterior sea posible de realizar; y el tribunal decreta que el cuerpo cierto sea entregado al acreedor, esto sería una mera declaración ya que dentro de las facultades que son concedidas a la Corte de Apelaciones no se contempla el hecho de llevar a cabo el procedimiento de embargo. Es por esto que si el acreedor consta con un título ejecutivo la vía más conveniente para lograr el cumplimiento específico de la obligación es iniciar un juicio ejecutivo donde se asegura al menos que el tribunal consta con las facultades necesarias para hacer cumplir su resolución.

Tratándose de una obligación de entregar una especie o cuerpo cierto, y que esta no se encuentre en manos del deudor, pero que aun así conste su valor en el contrato, no habría inconveniente en que el tribunal ordene al deudor pagar la suma de dinero que corresponda al acreedor ya que como vimos cumple con los requisitos para ser solicitado a través de recurso de protección. Para hacer cumplir su resolución, en este caso el tribunal podría valerse de su facultad de decretar que el acreedor pague multas a beneficio fiscal en caso de incumplimiento (artículo 15 AAP).

II.- Obligaciones de hacer.

En relación a este tipo de obligaciones conviene hacer la siguiente distinción:

II.a.- Obligaciones de hacer fungibles.

En estos casos, el acreedor perfectamente puede solicitar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1555 CCCH, que el deudor haga lo que se comprometió a hacer¹³⁸, que lo haga un tercero¹³⁹ a costa del deudor o que proceda el juez que conoce del

¹³⁸ Ver por ejemplo: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 110_86_P, 14 de mayo de 1986. Gaceta Jurídica n° 71 año 1986. Pág. 71. Fallo relativo a Contrato de inversión extranjera en el cual el Secretario ejecutivo del Comité de Inversiones extranjeras de Chile, niega una sociedad australiana lugar a

litigio a cumplir la obligación a nombre del deudor¹⁴⁰. Respecto de las dos últimas posibilidades no se han encontrado fallos que así lo establezcan, habrá que esperar a que esto ocurra para analizar cuál fue el fundamento del juez para decretar tales medidas.

II.b.- Obligaciones de hacer personalísimas.

En relación a este tipo de obligaciones no se ha encontrado jurisprudencia al respecto, pero nada impide que se pueda solicitar su cumplimiento específico a través de recurso de protección. Por lo tanto me sitúo en dos casos hipotéticos:

Primero, presentado el recurso por el recurrente, el deudor en su informe alegue de acuerdo al artículo 534 CPC, incapacidad absoluta para la ejecución de la obligación y logre probarlo en el término probatorio del recurso¹⁴¹. En este caso el recurso no prosperaría por qué no se cumple el supuesto de hecho del cumplimiento específico, esto es, que la ejecución posterior sea objetivamente posible. En esta situación al acreedor no le quedaría más remedio que de acuerdo al artículo 1553 CCCH, iniciar un procedimiento ordinario para solicitar la indemnización moratoria y además la compensatoria, en caso de ésta solución sirva de igual forma para satisfacer su interés.

Segundo, presentado el recurso, el deudor al informar, no oponga ninguna excepción. El tribunal perfectamente podría ordenar el cumplimiento. En este caso, el

las solicitudes de autorización del inversionista extranjero para remesar al exterior la suma representativa del precio de venta de sus acciones. El tribunal ordena dar curso a las solicitudes. En la misma línea argumentativa: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 521-89, 15 de marzo de 1990. Gaceta Jurídica n°117 año 1989 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 4396_91, 24 de septiembre de 1991. Gaceta Jurídica n° 135 año 1991. Pág. 57.

¹³⁹ No existe inconveniente en que el acreedor pueda solicitarlo, el problema se presenta cuando se quiere llevar a cabo porque de acuerdo al artículo 536 del Código de Procedimiento Civil, los requisitos para que este tipo de ejecución forzosa proceda, son propios del juicio ejecutivo, por lo tanto no podrían estar presentes en un procedimiento breve como el de protección.

¹⁴⁰ Tampoco existiría inconveniente en solicitar el cumplimiento específico de esta forma, ya que según el artículo 532 para que proceda no hay mayor requisito que el hecho de que el deudor no cumpla su obligación dentro del plazo que le ordena el tribunal. Pero por ejemplo, en caso en que la obligación consista en suscribir un documento y el deudor no lo haga, ¿será el juez de Apelación el que lo haga a su nombre? Es una pregunta que queda abierta, porque como no se han encontrado fallos donde se dé una situación como esta, difícilmente podemos imaginarnos a un Ministro de la Corte de Apelaciones suscribiendo un documento en nombre de un deudor incumplidor, por lo cual habrá también que esperar a que esta situación ocurra para analizar el razonamiento del tribunal para decretar esta medida.

¹⁴¹ Por ejemplo: Caso en que a un connotado pintor le han encargado la realización de un cuadro y este debido a un accidente ha quedado ciego. Este es un hecho que perfectamente se podría probar en el reducido término probatorio del recurso.

acreedor puede solicitar apremios para el deudor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 543 del CPC siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos en el artículo 542 del mismo cuerpo legal¹⁴². Estos apremios (artículo 543 CPC) pueden consistir en arresto o multa. En caso del arresto, el tribunal podrá decretarlo por 15 días, pero esto sería una mera declaración porque el juez de protección no tiene la facultad de auxiliarse de la fuerza pública para poder hacer cumplir sus resoluciones. Y en lo que a las multas se refiere, el artículo 15 AAP, la Corte de Apelaciones tiene la facultad para imponer multas para lograr el cumplimiento de sus resoluciones, por lo tanto, no sería improcedente entonces que lo hiciera en este caso, en otras palabras, podría imponer multas al deudor incumplidor para que cumpla su obligación, porque el deudor está posibilitado para hacerlo y no lo ha hecho. Con todo, es muy poco probable que esta segunda situación se dé en la práctica, porque al acreedor recurrente lo que le interesa es que le cumplan la obligación, no que el deudor esté privado de libertad o condenado a pagar multas en beneficio fiscal. Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe la prisión por deudas, por lo tanto el juez de protección se expone a que se interponga un recurso de amparo en contra de esta resolución.

III.- Obligaciones de no hacer.

En cuanto a esta categoría de obligaciones, de acuerdo al artículo 1555 CCCH el cumplimiento específico se traduce en deshacer lo hecho siempre que sea necesario y posible, se trata de restablecer la situación tal cual como si el incumplimiento no se hubiese producido. En cuanto a lo anterior el artículo se señala tres situaciones, en orden a la reglamentación del cumplimiento específico: que pueda deshacerse lo hecho y la destrucción es necesaria, que pueda deshacerse lo hecho pero la destrucción no es necesaria para satisfacer el interés que el acreedor tuvo en miras al momento de la celebración del contrato y que no pueda deshacerse lo hecho.

Únicamente en materia de recurso de protección se ha encontrado jurisprudencia en cuanto a la primera de las tres situaciones antes mencionadas. Así la Corte ha señalado: por

¹⁴² Que no haya optado antes por el cumplimiento específico de la obligación de acuerdo a lo prescrito en el inciso 2° del artículo 1553 CCCH.

ejemplo en cuanto a considerar como acto ilegal el cambio de cerraduras por parte del arrendador al inmueble arrendado, vulnerando el artículo 1924 CCCH e incumpliendo así su obligación de “librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa”¹⁴³: “... *quién deberá devolver a aquel la tenencia material del inmueble materia del contrato de arrendamiento de que da cuenta el documento que rola a fojas 1, de inmediato, sin perjuicio de que ambas partes puedan ejercer las acciones judiciales que correspondan.*”¹⁴⁴

En cuanto a la segunda y tercera situaciones no se ha encontrado jurisprudencia que trate así el cumplimiento específico de la obligación de no hacer. En relación a la situación donde no es necesaria la destrucción lo hecho, no habría inconveniente alguno en poder solicitarlo y que sea acogido el recurso de protección, atendida la nueva mirada que se le debe dar al contrato considerando su sentido económico para la debida protección del interés del acreedor. Si el deudor en su informe señala que el objeto que se tuvo en miras al momento de contratar puede ser obtenido por otros medios y este se allana a prestarlos, deberá ser oído por el tribunal (artículo 1555 inciso 3° CCCH). Y si el acreedor recurrente ve su interés satisfecho por este medio, el recurso debería ser acogido. En relación a la situación tercera, esto es, que en el proceso de protección quede establecido que la destrucción de lo obrado no es posible de realizar, al acreedor recurrente no le quedará otro

¹⁴³ Considerando como vulneración de su obligación de no hacer, el deber de abstenerse a realizar cualquier acto u omisión que perturbe el uso y goce de la cosa arrendada por parte del arrendatario.

¹⁴⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, 26 de noviembre de 2008. Fuente: www.microjuris.com. Situación similar: Sentencia de la Corte Suprema Rol 11.385, 5 de noviembre de 1987. Gaceta Jurídica n°89 año 1987. En este caso la Suprema Corte, luego de considerar como acto arbitrario e ilegal el hecho de cercar el predio arrendado por parte del arrendador impidiendo el ingreso del arrendatario al inmueble, ordena el retiro de las alambradas que impiden el ingreso del recurrente a la propiedad y, a la vez, abstenerse de realizar por sí, sin autorización judicial, todo acto u omisión que perturbe o amenace el ejercicio legítimo de los derechos del arrendatario. Así también: Sentencia de la Corte Suprema Rol 17617, 2 de septiembre de 1991. Gaceta Jurídica N° 135 año 1991. En materia de ISAPRES, se ha encontrado también jurisprudencia relativa a la modificación unilateral del contrato, vulnerado la institución de salud su obligación de abstenerse a modificar el contrato sin el consentimiento del beneficiario de los servicios, consagrado como principio general en artículo 1545 CCCH, en estos casos tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema han estado por dejar sin efecto la adecuación unilateral hecha por la Isapre al referido contrato de salud. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de Junio de 2008 y Sentencia de la Corte Suprema Rol n° 3.902-2006, 25 de julio de 2007. Gaceta Jurídica n° 314. Pág. 97. Así también: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 521-89, 15 de marzo de 1990. Gaceta Jurídica N° 117 año 1989. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 272-90, 7 de agosto de 1990. Gaceta Jurídica N°124 año 1990. Sentencia de la Corte Suprema Rol 3958-2008, 28 de julio de 2008. Gaceta Jurídica N° 337 año 2008.

camino que iniciar el debido procedimiento indemnizatorio para solicitar la indemnización de perjuicios que corresponda (artículo 1555 inciso 1°).

CONCLUSIONES

1. La doctrina de la “*eficacia horizontal de los derechos fundamentales*” tiene aplicación en nuestro país principalmente por lo dispuesto en los artículos 6 y 20 de la CPR. Sin embargo, no ha llegado a asentarse en Chile tal y como fue concebida en su país de origen, sino únicamente como deber de los órganos del Estado de considerar a las normas sobre derechos fundamentales al momento de decidir controversias entre particulares, nunca como fuente directa e inmediata de deberes u obligaciones entre estos.
2. Para que una cosa pueda jurídicamente ser calificada de incorporal debe cumplir dos requisitos copulativos: ser bien (susceptible de ingresar efectivamente a un patrimonio) y ser derecho. Si no concurre alguno de estos requisitos, por más que la cosa sea “filosóficamente incorporal”, jurídicamente en Chile, no lo es.
3. Respecto de las cosas incorporales así entendidas, existe la especie de propiedad tratada en el artículo 583 CCCH, sin embargo esta propiedad no es en sí misma un derecho real, ni una cosa incorporal, únicamente es el atributo abstracto que ofrecen estas cosas, de ser propias de alguien. Este atributo, que se extrapola al concepto genérico de propiedad es la “*titularidad*”. Decir titularidad o pertenencia del dominio de los derechos reales, de los personales (de las cosas incorporales) y de los derechos derivados de la creación intelectual e industrial, es lo mismo que decir propiedad sobre cada uno de estos derechos porque en todos los casos, el objeto de que se trate puede decirse que es “propio”. El contenido sustantivo de la titularidad es la “*exclusividad*”. Lo que efectivamente protege la CPR en su artículo 19 n° 24 es el concepto genérico de propiedad, que reconoce la existencia de las diversas especies de este derecho.
4. Como consecuencia de que los tribunales del país deben considerar las normas de derechos fundamentales para resolver controversias entre particulares; que la CPR reconoce y protege el derecho de propiedad sobre las cosas incorporales; y que los derechos personales emanados de los contratos son considerados dentro de esta categoría, es posible entonces, recurrir de protección contra un particular cuando la propiedad sobre el derecho de crédito ha sido vulnerada a consecuencia del incumplimiento contractual.

5. Además de la posibilidad de recurrir de protección contra particulares, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de derecho de propiedad sobre los derechos emanados de contratos. Junto con lo anterior, de su fundamentación para acoger recursos de protección en materia contractual se desprende, que todo aquel que incumple un contrato vulnera el derecho de propiedad que el acreedor tiene sobre el derecho de crédito que emana del mismo.
6. Los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato, deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del interés del acreedor. 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; la culpa debe ser excluida de esta nueva noción de incumplimiento.
7. Éste incumplimiento amplio y objetivo, da paso a los efectos anormales de las obligaciones; a una serie de remedios de que dispone el acreedor entre los cuales optará libremente, de acuerdo a cuál de ellos él considere que satisfacen de mejor forma su interés contractual, siempre que concurren los supuestos de hecho para su procedencia. Sin embargo, si el acreedor insatisfecho va a solicitar los mencionados remedios por vía de recurso de protección, únicamente podrá obtener, en forma provisoria (si así lo determinan las partes) el cumplimiento específico de la obligación.
8. Atendido el carácter brevísimo del procedimiento del recurso de protección, el remedio que logrará obtener el acreedor insatisfecho por esta vía, es aquel que menos diligencias probatorias requiera para determinar su procedencia: el cumplimiento específico. Entendiendo para estos efectos que el cumplimiento específico también incluye al cumplimiento equivalente de la obligación, adscribiendo a la postura de que a éste último se le aplica el mismo régimen jurídico que al remedio antes mencionado. Además, si el acreedor decide solicitar el cumplimiento en especie por vía de recurso de protección, invocando para esto la propiedad que recae sobre su derecho personal emanado del contrato, lo que busca el acreedor (al menos en forma provisoria) es que el deudor cumpla la obligación tal y como fue contraída al momento de celebrar el contrato, mas no una indemnización de perjuicios o la resolución del mismo.

9. Para que el acreedor ante la solicitud de cumplimiento específico de la obligación contractual por vía de recurso de protección, logre un resultado satisfactorio, es necesario que dicha obligación cumpla los siguientes requisitos: que sea indubitada, que conste efectivamente la existencia de su incumplimiento y que su ulterior cumplimiento sea posible. En relación a lo anterior, únicamente se ha encontrado jurisprudencia en la que efectivamente el acreedor logra el cumplimiento específico de la obligación a través de recurso de protección, respecto de obligaciones de hacer fungibles y de no hacer, en cuanto a estas últimas, sólo cuando la destrucción de lo hecho por el deudor es posible y necesaria para satisfacer el interés que el acreedor tuvo en miras al momento de celebrar el contrato.
10. En virtud de todo lo anterior, es posible concluir que la hipótesis del presente trabajo ha sido comprobada, es decir, es posible que el acreedor obtenga, ante el incumplimiento contractual, el cumplimiento específico de la obligación emanada del contrato por vía de recurso de protección, al menos en forma provisoria.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abelulik Manasevish, René (2003): *Las Obligaciones*, Tomo II. Cuarta edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
2. Aldunate L. Eduardo (2000): “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales” en *La constitucionalización del derecho Chileno*. Universidad Austral de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
3. Barros Bourie, Enrique (2006): “La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos” en *Estudios de Derecho Civil II*. Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. Pp. 721-752.
4. Barros Bourie, Enrique (2007): “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Pp. 402-428.
5. Becerra, Hugo (1948): *Bienes incorporales*. Universidad de Chile, Santiago. Chile.
6. Bordalí Salamanca, Andrés (2002): “Temas de Derecho Procesal Constitucional”. Universidad Austral de Chile. Editorial Fallos del Mes.
7. Claro Solar, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo Sexto, De los Bienes parte primera. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
8. Corral, Hernán (1996): “Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1, Pp. 13-18.
9. De Castro y Bravo, Federico (1971): “*El Negocio Jurídico*”. Reedición de 1991. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España.
10. de Domingo Pérez, Tomás (2006): “El problema de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Vol. 1º Número 1. Pp. 291-301.
11. De la Maza Gazmuri, Iñigo y Pizazzo Wilson, Carlos (2006): “*Responsabilidad Civil. Casos Prácticos*”. Primera edición. Editorial Lexisnexis. Santiago, Chile.
12. Díez-Picazo, Luis y otros (2002): “*Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*”. Editorial Civitas. Primera Edición. Madrid, España 2002.

13. Domínguez Águila, Ramón (1996): “Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCIII. N° 3.
14. Ducci Claro, Carlos (1988): “Las cosas incorporales en nuestro derecho” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXXIII N°2. Pp. 29-35.
15. Fernández González, Miguel Ángel (2004): “Constitucionalización del Derecho Civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales” en *Temas de derecho / Universidad Gabriela Mistral*. (Santiago, Chile). Vol. XIX, no.1 y 2 (ene. /dic. 2004).
16. Fueyo Laneri, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Tercera edición actualizada por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
17. Gómez Bernal, Gastón (2005): *Derecho Fundamentales y Recurso de Protección*. Eds. Universidad Diego Portales, 2005. Santiago, Chile.
18. Guzmán Brito, Alejandro (1995): “*Las Cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*”. 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
19. Jana Linetzky, Andrés; Marín González, Juan Carlos. “*Recurso de protección y contratos*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica. (1996).
20. Linazasoro Campos, Gonzalo. (2005): “*Propiedad y cosas incorporales, derechos protegidos constitucionalmente a través de este derecho real*” en *Estudios de derecho civil : código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil : Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.
21. Marshall Barberan, Pablo. “*El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución*”. *Estudios constitucionales* [online]. 2010, vol.8, n.1, Pp. 43-78. Fecha consulta: 10 de julio de 2011 Disponible en: www.scielo.cl
22. Martínez Estay, José Ignacio (1998): “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales” en *Revista Chilena de Derecho, Número especial*. Pp. 59-64.
23. Mejías Alonso, Claudia (2007): “El incumplimiento contractual y sus modalidades” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
24. Mejías Alonzo, Claudia (2010): “El incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia nacional” en *Estudios de derecho civil VI. Jornadas nacionales de derecho civil Olmué 2010*. Editorial LegalPublishing. Departamento de derecho privado, facultad de derecho Universidad de Chile.

25. Meza Barros, Ramón (2007): Manual de derecho civil. De las obligaciones. Décima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
26. Morales Moreno, Antonio Manuel (2006): *La modernización del derecho de obligaciones*. Primera edición. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, España.
27. Pantaleón Prieto, Fernando (1991): “El sistema de responsabilidad contractual. Materias para un debate” en *Anuario de Derecho Civil 1948-2004*. Tomo XLIV. Fascículo Tercero.
28. Pantaleón Prieto, Fernando (1995): Enciclopedia jurídica Básica. Primera Edición. Volumen 2. Editorial Civitas, Madrid, España.
29. Peñailillo Arévalo, Daniel (2008): “La responsabilidad contractual objetiva” en *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué 2008*. Editorial Legal Publishing, julio 2009.
30. Pescio Victorio. (1958): *Manual de Derecho Civil*. 2º Edición Editorial Jurídica de Chile. Santiago
31. Pizarro Wilson, Carlos (2008): “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 XXXI*. Valparaíso, Chile. Pp. 255-265.
32. Pizarro Wilson, Carlos (2007): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Pp. 395-402.
33. Pizarro Wilson, Carlos (2007): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Pp. 395-402.
34. Ríos Álvarez, Lautaro (2007): “La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno” en *Estudios constitucionales, Año 2005, N° 2, 2007*. Pp. 37-60. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
35. Tomarelli R., Feliciano (2008): “Regulación constitucional del derecho de propiedad sobre bienes incorpóreos” en *Revista de estudios Ius Novum N°1*. Pp. 189-221.
36. Vidal Olivares, Álvaro (2006): “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil” en *Estudios de Derecho Civil II*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. Pp. 517-538.
37. Vidal Olivares, Álvaro (2007): “La carga de mitigar las pérdidas y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento” en *Estudios de Derecho Civil III: V Jornadas*

- chilenas de Derecho Civil Valparaíso (Chile) 28 a 30 de junio de 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Pp. 429-457.*
38. Vidal Olivares, Álvaro (2007): “*El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado*” en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial Lexis Nexis, 2007, Santiago, Chile.
 39. Vidal Olivares, Álvaro (2009): “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*. Pp. 221-258.
 40. Vidal Olivares, Álvaro (2010): “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento” en *Estudios de derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2010*. Editorial Legal Publisng.
 41. Vidal Olivares, Álvaro. (2007): “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista.” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°1, año 2007.
 42. Villaverde Menéndez, Ignacio; Requejo Rodríguez Paloma; Fernández Sarasola, Ignacio et al. (2004): “*Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*” Capítulo 8. Editorial Tecnos, España. Pág. 190.
 43. Vivas Tesón, Inmaculada. (2008): “La horizontalidad de los derechos fundamentales” en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia*. Pág. 205-213.
 44. Zavala Ortiz, José Luis. (2007): “*El recurso de protección. Casos y jurisprudencia*”. Editorial PuntoLex S.A. Santiago, Chile 2007.