

# ***Pacta sunt servanda***

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## **I. Importancia y extensión**

1. El principio enunciado –*pacta sunt servanda*– constituye uno de los pilares de nuestro derecho. Todo el edificio jurídico, construido sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y conscientemente. “Los pactos se celebran para cumplirlos”. “Todo aquel que compromete su palabra debe honrarla”. “Los compromisos asumidos no puede eludirse ni desconocerse”. Si todo ello no ocurre, será la coerción aportada por el Estado la llamada a imponer la ejecución forzada de la conducta convenida.

2. Nuestra legislación civil vela para que la regla jurídica que surge del acuerdo intersubjetivo sea válida. De aquí las normas que regulan la voluntad y la manera en que ella debe manifestarse para producir efectos jurídicos, la naturaleza del objeto sobre que recae el acuerdo, la causa que impulsa a los interesados a contratar, las formalidades externas a que deben someter su actuar, etcétera. Por otro lado, en el campo del derecho privado puede hacerse “todo aquello que no está expresamente prohibido en la ley”. Este principio –contrario al que impera en el campo de derecho público, en el cual la autoridad sólo puede hacer aquello a que se encuentra expresamente facultada– extiende considerablemente el campo de acción de la voluntad como generadora de derecho convencional. No es exagerado sostener, entonces, que es éste el campo más fecundo en lo que dice relación con la creación del derecho y la regulación jurídica de la conducta social. Dicho en otras palabras, el ámbito de la voluntad desborda largamente cualquier otra fuente formal de derecho (ley, reglamento, costumbre, tratados internacionales, resoluciones administrativas, sentencias judiciales, etcétera). Lo que se señala no es inocuo, porque importa reconocer que el derecho que nos afecta está creado con nuestra propia y directa intervención. Este hecho no ha sido suficientemente analizado y valorizado, desconociéndose la capacidad creadora que el sistema jurídico pone en manos de todos los sujetos de derecho. Lo que hemos denominado “derecho convencional” ocupa un lugar preponderante en el sistema jurídico,

lo cual es indicativo de que son los propios imperados los llamados a darse preferentemente el derecho que regula su conducta.

3. Desde otra perspectiva, el principio *pacta sunt servanda*, en la medida que sea reconocido y reforzado en la legislación, constituye una “garantía” para quienes celebran un contrato. De aquí que el artículo 1545 (con el cual Bello encabeza el Título XII del Libro IV del Código Civil, “De los Efectos de las Obligaciones”), eleve su poder vinculante al que corresponde a una ley, cuestión de la mayor importancia, que analizaremos detenidamente más adelante, y que anticipa la trascendencia que en nuestra legislación se asigna a lo que podríamos caracterizar como “derecho contractual” (especie dentro del concepto de “derecho convencional”). De todo contrato nacen derechos y obligaciones. Todos ellos gravitan en el patrimonio del deudor y del acreedor, sea activa o pasivamente. Es aquí en donde entra en juego el llamado “derecho de prenda general”, que, unido a la intangibilidad del contrato, asegura la satisfacción pecuniaria que se tuvo en consideración al momento de contratar. Puede, por lo tanto, adelantarse la vinculación que existe entre el principio “*pacta sunt servanda*” y el principio de “prenda general”, puesto que es en virtud de la fuerza obligatoria del contrato que se afecta o grava el patrimonio del deudor u obligado.

## II. Un marco conceptual básico

1. En el derecho moderno, el imperado interviene directa e indirectamente en la gestación (creación) del derecho que le concierne. Entendemos que aquello que “le concierne” dice relación con los mandatos que están dirigidos a regular “su” conducta. La **intervención indirecta** se realiza mediante los actos electorarios, en que los ciudadanos concurren a constituir una “potestad” (sea ella ejecutiva o legislativa). La **intervención directa** se realiza por medio del otorgamiento de actos o contratos en que cada individuo “se da” su propio derecho en ejercicio de una potestad, la “autonomía privada”, de la cual están dotados todos los sujetos con o sin capacidad legal de ejercicio (aquellos que carecen de la aptitud para obligarse por sí mismos sin el ministerio o autorización de otro ejercen esta potestad por medio de sus representantes legales o autorizados por ellos), y de la facultad que el sistema acuerda a los destinatarios de las normas jurídicas para intervenir en su aplicación y cumplimiento.

2. Para una cabal comprensión del fenómeno jurídico es indispensable formular una distinción esencial de las fuentes formales de derecho. Por un lado, deben distinguirse las “**normas**” o mandatos generales y abstractos, otorgados por la autoridad (potestades constituyente, legislativa y reglamentaria); y, por el otro, las “**reglas**” o mandatos particulares y concretos, que pueden ser dictadas por autoridades o bien por el propio destinatario o con su participación (potestad

administrativa, jurisdicción, autonomía privada). Constatada esta diferencia, se descubre que una norma no está llamada a cumplirse directamente y que ello sólo ocurre cuando se dicta una regla que, fundada en la norma, singulariza el mandato general y abstracto de la primera. (No es posible dar cumplimiento a una abstracción sin que previamente ésta sea singularizada y transformada en un mandato específico y concreto).

3. La cuestión planteada nos conduce a enfrentar dos interrogantes, igualmente esenciales: qué papel desempeña la norma (si ella no se cumple directamente por el imperado), y de qué manera se singulariza el mandato general y abstracto para hacer posible su cumplimiento. La primera se resuelve comprobando que la norma tiene como único destino servir de fundamento a la regla. En otros términos, la norma es el "marco" dentro del cual deberá elaborarse la regla, lo cual permite transferirle "validez jurídica" (capacidad de obligar). Dicho más claramente, una "regla" vale en la medida en que está fundada en una "norma", siendo esta última, por consiguiente, el instrumento que confiere poder vinculante a la "regla". La segunda interrogante (de qué manera se singulariza el mandato general y abstracto) tiene una respuesta más simple: el mandato normativo se singulariza por medio de la regla, a la cual se transfieren los elementos normativos que le confieren validez jurídica. Esta última, en cuanto mandato particular y concreto, fundado en una norma, es lo que realmente debemos acatar en la vida social. La relación entre norma y regla es riquísima. La una (la norma) es fundante; la otra (la regla) es fundada. La una (la norma) "reina, pero no gobierna"; la otra (la regla) gobierna, pero en el ámbito y dentro de los límites establecidos por la norma. Una (la norma) contiene un mandato general y abstracto; la otra (la regla), un mandato particular y concreto que hace posible ejecutar lo preceptuado en la primera. En suma, las normas se cumplen a través de las reglas; entre unas y otras, por lo tanto, deberá existir una plena coherencia y armonía.

4. Es curioso constatar que los imperados sólo cumplimos "reglas", aquellas que han sido generadas por aplicación de las normas. Tan es así, que el sujeto está obligado por las resoluciones administrativas, las sentencias judiciales y los actos y contratos, todos ellos mandatos de efecto relativo (sólo alcanzan al destinatario de la regla). Pero cabe, aún, explicar cómo el destinatario cumple en forma voluntaria (espontáneamente) el mandato normativo. No está de más recordar que esta forma de realización del derecho constituye uno de los presupuestos de lo que llamamos "estado de derecho", puesto que es imposible concebir su funcionamiento sino en la medida en que la gran mayoría acata el mandato contenido en la norma sin necesidad de recurrir a la coerción. El cumplimiento coercitivo de las reglas está reservado para casos excepcionales y los órganos encargados de ello sólo pueden actuar en la medida que el incumplimiento no se generalice. En este marco, el cumplimiento espontáneo del derecho se produce dándose el destinatario de la norma una "regla" a sí mismo, sin la intervención

de otra persona. Dicho de manera distinta, el mismo sujeto destinatario de la norma singulariza el mandato general y abstracto, elaborando la regla que le sirve de sustento para cumplir la norma. A esta regla, que es, sin duda, la que más abunda en el continente social, la hemos llamado **“regla personal, tácita y autocompuesta”**, atendiendo a sus caracteres generales.

5. La estructura que hemos descrito es lo que permite afirmar la unidad, coherencia y lógica interna del derecho y lo que hace posible sostener que la validez jurídica es **“derivada”** (toda norma y toda regla obliga porque otra norma, jerárquicamente superior, le confiere validez). El valor jurídico, por lo mismo, es consecuencia de la transferencia a la norma inferior o la regla, en su caso, de los elementos normativos contenidos en la norma superior. Si se preguntara por qué razón una norma jurídica vale (obliga), la respuesta sería: porque formal y materialmente está dictada y de acuerdo con una norma superior del mismo ordenamiento jurídico.

6. Lo que nos parece más sorprendente, es el hecho de que en la vida social, atendiendo al perfeccionamiento del sistema jurídico, los imperados sólo cumplen el derecho que ellos han generado (actos y contratos y reglas personales), o el derecho que se ha creado con su participación real o virtual (sentencias judiciales y actos administrativos). Así, por vía de ejemplo, sólo me empecen las sentencias judiciales en que he intervenido; los contratos que he suscrito; y los actos administrativos que me conciernen y que se han gestado con mi participación o en los que he podido reclamar su revisión, sea en el ámbito administrativo o judicial. Lo que se señala importa un paso gigantesco en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, puesto que la mera imposición de antaño ha quedado atrás y ya no es suficiente para imponernos una determinada conducta. Por lo mismo, toda “regla” que compromete “mi conducta” debe haberse gestado, paralelamente, con “mi intervención”.

7. Fue Hans Kelsen quien con más precisión destacó el papel que juega la norma en la ordenación de la conducta social. Él habla de que se trata de un “marco” incompleto que reconoce siempre un espacio al juez, a la autoridad administrativa o a los particulares (sea para cumplir espontáneamente el derecho o para elaborar reglas en ejercicio de la “autonomía privada”). A este respecto nos dice que la determinación que la norma superior hace de la inferior o de la regla “no es nunca completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente el acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Gernika. 1993. Pág. 64.

8. Es indudable que de las cuatro "reglas" mencionadas (resolución administrativa, sentencia judicial, acto o contrato, y regla personal tácita y auto-compuesta), es el contrato el más importante, tanto porque abarca la mayor parte de las conductas sociales, como porque en el campo de derecho privado puede hacerse todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido. No obstante la expansión cada día más agresiva del concepto de "orden público", que delimita y restringe la autonomía privada, siguen los particulares siendo soberanos en una vasta zona de influencia jurídica.

9. Siguiendo la concepción antes referida, el "acto o contrato" sólo es válido y, por ende, obliga, en la medida en que formal y materialmente se ajuste a la norma superior. Y es esto, precisamente, lo que se desprende del artículo 1445 del Código Civil, al indicar los requisitos que deben concurrir para que una persona pueda obligarse para con otra por un acto o declaración de voluntad. El contrato implica expresión (exteriorización) de voluntad y formación del consentimiento (concurso real de voluntades) libre de vicios; la existencia entre ambos contratantes de un propósito común y compartido (que se contiene en el objeto y la causa), aun cuando se trate de intereses contrapuestos (p. ej. comprador y vendedor que coinciden en el propósito de que un bien se desplace de un patrimonio a otro; o entre arrendador y arrendatario que coinciden en que el uso de un bien determinado pase de manos del propietario a un tercero).

10. Si el contrato nace del consentimiento o concurso real de voluntades, es bien obvio que sólo pueden cesar sus efectos por dos causales: el mutuo disenso, conforme el principio según el cual "las cosas en derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen"; y otros motivos legales, vale decir, especialmente reglamentados, los cuales, a su vez, pueden ser convencionales y no convencionales. Lo que se señala es lo que expresa el artículo 1545 del Código Civil según el cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales". De aquí nace la **intangibilidad del contrato**, el cual se asimila a los efectos propios de la ley (en este caso ley particular que sólo alcanza a los contratantes y sus causahabientes). Nótese que el artículo transcrito se refiere a la "invalidación del contrato", mientras que el artículo 1567 del Código Civil alude a la "extinción de las obligaciones", no obstante que, sin duda, contiene la enumeración de las causas por medio de las cuales se extingue el contrato. Ello nos parece perfectamente coherente, porque los modos de extinguir las obligaciones abarcan tanto aquellas de carácter contractual, extracontractual y legal, y porque, cuando las obligaciones nacen del contrato, como es obvio, este también se extingue, puesto que las obligaciones no son sino un efecto del mismo. Incluso más, puede extinguirse el contrato y subsistir la obligación, como sucede, por ejemplo, con las obligaciones naturales a que se refiere el artículo 1470 N<sup>os</sup> 1 y 3 del Código Civil.

11. La intangibilidad del contrato tiene, entonces, un reconocimiento del más alto nivel, al asimilarse, para estos efectos, a la categoría de ley, es decir, de un mandato normativo (general), pero sin perder su fisonomía de regla particular. La ley tiene efecto *erga omnes* (absoluto), en tanto el contrato un efecto relativo (sólo alcanza a quienes lo han celebrado y sus causahabientes). Sin embargo, nosotros diríamos, más bien, que el contrato tiene un efecto *erga omnes* atenuado. ¿Qué implica esta afirmación? En pocas palabras, que el contrato no obliga a terceros que no hayan sido partes en él, pero tiene, a pesar de ello, efecto absoluto en cuanto debe ser considerado como ley particular entre quienes lo han celebrado. De allí que sea oponible a terceros, no su contenido y regulación jurídica, pero sí su existencia como norma particular entre quienes son partes del mismo. Por ende, puede un contratante excepcionarse de una obligación frente a un tercero ajeno al contrato, aduciendo la existencia del mismo, lo que sucede, por ejemplo, cuando se le imputan los daños que el arrendatario ha causado a un tercero con ocasión del uso de la propiedad, o cuando el arrendatario deduce una tercería de posesión respecto de los muebles introducidos en el inmueble arrendado. Más todavía, la teoría general del contrato plantea un “**efecto expansivo**”, el cual permite invocarlo para comprometer la responsabilidad de un tercero. Tal ocurre, por ejemplo, cuando la víctima de un accidente automovilístico, cuya causa fue un desperfecto mecánico, acciona en contra del garaje encargado de la mantención y reparación del vehículo que causó el daño. Como puede observarse, el contrato tiene un efecto mucho más amplio de lo que usualmente se considera, pero, en todo caso, diferente del efecto *erga omnes* de la ley. Creemos, por ende, que el efecto del contrato no sólo se relaciona con sus consecuencias inmediatas (derecho y obligaciones que él genera), sino, también, con su existencia como parte integrante del estatuto jurídico de un sujeto de derecho. Desde esta perspectiva, hay que asumir que cada sujeto de derecho está inserto en un determinado estatuto jurídico que lo condiciona. Así ocurre con quien contrata, puesto que todas las obligaciones que se han asumido con antelación pesan sobre el patrimonio del deudor y afectan, en consecuencia, los derechos que los terceros pueden ejercer en su contra.

12. De lo expresado se infiere, entonces, que el contrato forma parte, como se dijo, del estatuto jurídico adscrito a la persona que lo ha celebrado y que, en tal condición, debe ser reconocido por los terceros, que si bien no están obligados por sus estipulaciones, no pueden eludir la existencia del mismo en lo que atañe a sus relaciones personales con cualquiera de las partes contratantes. Lo anterior explica una serie de acciones concedidas a los terceros (que no son parte del contrato) para impugnarlo cuando éste afecta sus intereses. Así sucede con la acción de simulación y la acción pauliana, destinadas ambas a dejar sin efectos contratos que lesionan los derechos de los terceros.

13. El contrato debe ser considerado como una hipótesis relacional. Ello significa que una vez perfeccionado desencadena determinadas consecuencias, entre las cuales debe mencionarse el nacimiento de derechos subjetivos y obligaciones (objeto del contrato). Los derechos subjetivos, al decir de nuestro Código Civil, son **cosas incorporales** (artículo 576), las cuales, a su vez, pueden ser **reales** (artículo 577) y **personales** (artículo 578). Lo más trascendente, en este orden de cosas, es el hecho de que entre nosotros puedan constituirse “derechos sobre derechos”. Lo señalado se desprende, entre otras disposiciones, de lo previsto en el artículo 583 del Código Civil, que dice: “Sobre las cosas incorporales (meros derechos) hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”. Por consiguiente, el derecho de dominio se constituye sobre el derecho de usufructo. Pero lo más significativo es la letra de nuestra Constitución Política de la República que, entre los derechos fundamentales más importantes incorpora la garantía al derecho de propiedad “en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. Dicho de otro modo, la Constitución asegura a todas las personas el derecho de dominio sobre los derechos reales y personales, en términos de que “nadie, en caso alguno, puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”. Refuerza este mandato lo dispuesto en el mismo artículo 24 de la Carta Política Fundamental en sus números 23 y 26.

14. Lo anterior nos obliga a precisar qué debe entenderse por “derecho subjetivo”. Unificando las teorías formuladas por Federico von Savigny (cuyo máximo divulgador es, sin embargo, Windscheid) y por Rudolph von Ihering, el derecho subjetivo se ha definido como “el poder de la voluntad o señorío del querer para realizar el interés protegido por el derecho objetivo”. En otros términos, en el concepto de derecho subjetivo gravitan dos elementos fundamentales: la voluntad y el interés jurídicamente protegido. El primero pone en movimiento el derecho subjetivo, el segundo faculta a su titular para realizar aquellos intereses reconocidos y amparados por el derecho objetivo. Por consiguiente, fuerza reconocer que los contornos y límites del derecho subjetivo están dados por los intereses amparados por el legislador y que ellos se expresan en una manifestación formal de derecho.

15. Constituido un derecho subjetivo, emerge automáticamente su contrapartida: la obligación. Donde hay un derecho ha de haber una obligación. Derecho y obligación, como se ha dicho repetidamente, no son sino dos caras de una misma moneda. Hasta este momento el concepto de obligación ha sido muy pobremente tratado (particularmente entre nosotros). A nuestro juicio, la obligación es “un deber de conducta típica”. Ello significa que toda

obligación importe la imposición de un comportamiento que se halla perfectamente definido (tipificado), sea por voluntad de las partes (sujeto activo y sujeto pasivo de la obligación), sea por disposición de la ley (supletoria de la voluntad de las partes). Así se desprende de lo señalado en el artículo 1547 del Código Civil. La obligación tiene, también, un elemento esencial: la tipicidad del deber de conducta que impone. No hay obligación sin esta precisión. De lo anterior se desprende que la obligación nos remitirá siempre a un cierto grado de diligencia y cuidado por parte tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo del vínculo obligacional. Esta remisión es consustancial a la existencia misma de la obligación, de lo cual se sigue que no hay obligación sino en la medida que esté definido, en el contrato o en la ley, el grado de cuidado y diligencia que deben desplegar el deudor y el acreedor. Nuestra ley, en esta materia, ha conferido a las partes, con muy limitadas excepciones, la facultad de fijar el grado de diligencia y cuidado que debe emplearse. Sólo en caso de que las partes omitan esta determinación, la ley entra a precisar este elemento, a partir del beneficio o utilidad que reporta el contrato a cada parte. Por lo tanto, a falta de un convenio expreso, se atenderá a si el beneficio de los contratantes es recíproco o del acreedor o del deudor. Es esto lo que prescribe el artículo 1547 del Código Civil. El beneficio está íntimamente ligado a la causa, ya que éste será siempre el motivo que induce a contratar (causa ocasional), razón por la cual hay una perfecta complementación entre el artículo 1467 y 1547 del Código Civil.

16. En oposición a este planteamiento, se ha postulado la existencia de “**obligaciones de medio**” y “**obligaciones de resultado**”. Comencemos por destacar el hecho de que esta distinción no se sustenta en disposición alguna de nuestra ley y no es más que una especulación doctrinaria. Sostenemos nosotros que toda obligación, esencialmente, es de medio, puesto que nadie puede obligarse en términos absolutos a ejecutar una determinada “prestación”, más allá del deber de conducta comprometido. Incluso, si una persona asume la máxima diligencia (haciéndose responsable de culpa levísima) y renuncia anticipadamente a todo caso fortuito o fuerza mayor, siempre quedará exento de responsabilidad si el incumplimiento proviene de dolo o culpa grave del acreedor. En otros términos, no puede renunciarse al dolo o culpa grave del acreedor, porque ello contraviene el orden público e importaría la condonación del dolo futuro. Por lo mismo, una estipulación mediante la cual el deudor asume el dolo o culpa grave del acreedor adolecería de objeto ilícito (artículo 1465 del Código Civil).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> A esta materia dedicamos un párrafo especial (“Falso dilema entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado”, páginas 207 y siguientes de nuestro libro *La responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003.) Creemos haber demostrado allí que esta clasificación carece de fundamento y tiene por objeto alterar el *onus probandi* en determinados contratos.

17. Desde otro punto de vista, la obligación sólo puede concebirse como un deber de conducta, esto es, el imperativo de comportarse de una determinada manera o desplegar una cierta actividad, a riesgo de ser forzado a ello por medio de la coerción. Lo anterior debe ser considerado tanto para el deudor como para el acreedor, puesto que ambos están ligados a una estructura normativa cuyo fin es regular la conducta de uno y otro. Es por ello que hemos postulado la necesidad de precisar de qué diligencia y cuidado responde el acreedor (que bien podría desplegar una conducta activa o pasiva destinada a impedir u obstruir el cumplimiento de la obligación por parte del deudor). Sobre este punto, que no ha sido analizado por la doctrina, hemos postulado como principio desprender la solución de la misma norma (el artículo 1547 del Código Civil). En aquellos contratos en que el beneficio es recíproco, el acreedor responderá de culpa leve; en aquellos contratos que acceden en beneficio exclusivo del acreedor, este responderá de culpa levísima; y en aquellos que acceden en beneficio exclusivo del deudor, el acreedor responderá de culpa grave. Como puede observarse, siguiendo los mismos lineamientos que determinan la diligencia y cuidado impuestos al deudor, puede establecerse, razonando a la inversa, el grado de culpa y diligencia de que responde el acreedor. Creemos que esta materia es importante si se trata de describir la conducta que en la obligación deberá desplegar tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo (pretensor y obligado).

18. Ante esta posición, muchos se preguntarán qué papel cabe en la estructura de la obligación a la “**prestación**”. La respuesta está dada en el mismo artículo 1547 del Código Civil. La “prestación” no es más que un proyecto o programa que las partes han incorporado a la obligación y que procuran lograr. Su función es importantísima, porque en el evento de no alcanzarse, **se presumirá el incumplimiento de la obligación**, debiendo el deudor, para eximirse de responsabilidad, probar que ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Por lo tanto, la “prestación”, en cuanto proyecto o programa de conducta, es el índice que permite **provisionalmente** establecer el incumplimiento, imponiendo al deudor el peso de la prueba de la diligencia y el cuidado debidos. Todo lo anterior es consecuencia de que la obligación es un “deber de conducta” y no la consecución de un resultado práctico. Lo que se debe es un determinado comportamiento, en función de un proyecto común que puede o no alcanzarse, de suerte que se incurrirá en responsabilidad contractual toda vez que se omite la diligencia y el cuidado debidos en razón de la obligación contraída.

19. De lo señalado hemos desprendido la posibilidad de que los contratantes incurran en un error al contratar como consecuencia de que, con la diligencia y cuidado convenidos o previstos en la ley, no sea posible alcanzar el “proyecto” o “prestación” especificado en el contrato. Nos hallaremos en este supuesto ante un “error de contratación” que, incluso, podría llevarnos a la nulidad del contrato. Es cierto que las normas contenidas en nuestro Código Civil son

insuficientes, ya que el artículo 1460 trata del objeto del contrato como si éste fuere la cosa que se trata de dar, hacer o no hacer (objeto de la obligación). Pero una interpretación extensiva del artículo 1461 inciso 3° del Código Civil permite superar este obstáculo. En efecto, este inciso dispone que: "Si el objeto es un hecho (en verdad el objeto del contrato es la conducta humana y, por lo mismo, consiste siempre en la ejecución de un hecho), es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a la buenas costumbres o al orden público". Si la "prestación" convenida es físicamente imposible de alcanzar con la diligencia y cuidado impuestos al deudor, el contrato adolecería de nulidad al asilo de la disposición citada. En otros términos, digamos que el "objeto" del contrato está constituido por los derechos y obligaciones que este crea. Si este objeto (a la postre hecho debido) es insuficiente para alcanzar la "prestación", porque la diligencia y cuidado que asumen, tanto el deudor como el acreedor, no permite objetivamente la realización del proyecto definido y descrito en el contrato, forzoso resulta concluir que el "objeto del contrato" no reúne los requisitos impuestos en la ley y debe considerarse físicamente imposible. De la manera indicada es posible, entonces, anticipar el incumplimiento (la celebración del contrato sería un acto inútil, ya que no podrá lograrse la realización de su fin). Lamentablemente, la doctrina jurídica ha entendido que el objeto es "físicamente imposible" cuando de acuerdo a las leyes de la naturaleza es absolutamente inalcanzable, cualquiera que sea el grado de diligencia y cuidado comprometido por el deudor. A la inversa, creemos nosotros que lo "físicamente imposible" es aquello que, de acuerdo a las leyes de la naturaleza, no puede alcanzarse empleado la diligencia y el cuidado debidos. Más claramente, la posibilidad o imposibilidad de conquistar un resultado debe medirse siempre de acuerdo al deber de conducta asumido por el obligado.

20. La imposibilidad a que se refiere la ley no es absoluta, sino jurídica. Por lo mismo, no es físicamente posible aquello que razonable y objetivamente no pueda lograrse con la actividad, cuidado y diligencia comprometidos. Así, por ejemplo, respondiéndose de culpa grave, será físicamente imposible transportar en un día tres mil animales vacunos desde Santiago a la Antártica, lo cual sí será físicamente posible si el deudor se obliga respondiendo de culpa levísima y asumiendo el caso fortuito o fuerza mayor. La posibilidad o imposibilidad física estará dada por una relación entre la "prestación" y la "capacidad" que razonablemente pueda desplegar el obligado de acuerdo a las leyes de la naturaleza. Lo físicamente imposible es aquello que no puede realizarse, pero en el marco de un determinado contexto jurídico aportado por la diligencia y cuidado que conlleva toda obligación en cuanto "deber de conducta típica".

21. Con lo dicho se demuestra, a nuestro entender, que las obligaciones llamadas **“de resultado”** carecen de toda significación y realidad en nuestro derecho. Su alcance, al parecer, es muy distinto. Al formularse la distinción entre obligaciones **“de medio”** y obligaciones **“de resultado”** lo que ocurre es, simplemente, **una inversión en el peso de la prueba**. Nada más. Tal ocurre, por vía de ejemplo, en las obligaciones que asumen los profesionales (practicar una intervención quirúrgica, defender un juicio, realizar un tratamiento psicológico, practicar un examen médico, etcétera). En estos casos, se dice, debe ser el deudor quien pruebe la falta de diligencia y cuidado en el evento de que el encargo no tenga éxito. ¿Cómo explicar esta situación? Desde luego, la **“prestación”** describe la conducta debida y no el resultado que se aspira lograr. Más claramente, podríamos decir que la **“prestación”**, en esta como en toda clase de obligaciones, no conlleva el éxito del resultado. La **“prestación”** se agota con la realización de la conducta debida. Si el acreedor estima que el resultado negativo es consecuencia de la falta de la diligencia y cuidado que debió emplearse, será él el llamado a probar la culpa del deudor, debiendo este último, por su parte, probar que ha empleado la diligencia y el cuidado que se desprende del grado de culpa de que responde. Como puede constarse, en este tipo de obligaciones se confunde la obligación misma (deber de conducta) con el éxito, provecho o beneficio que se procura alcanzar. Por lo mismo, quien reclama el resultado **“deseado”** deberá acreditar que éste no se logró porque faltó el cuidado y la diligencia asumida por el deudor. Por consiguiente, las mal llamadas **“obligaciones de resultado”** son consecuencia de una interpretación errada de la ley. Si se atiende a la estructura de la obligación, al papel que en ella juega la **“prestación”** y a la función de la diligencia y cuidado que ambas partes deben emplear, se llegará a la necesaria conclusión de que toda obligación es **“de medio”**, esto es, implica el deber de comportarse de una determinada manera, lo que se deduce del grado de diligencia y cuidado que por imperativo legal debe emplearse. Cabe destacar que las llamadas **“obligaciones de medio”** por alguna doctrina se caracterizan por la forma en que se describe la **“prestación”** (nadie contrata a un médico para superar una enfermedad o a un abogado para ganar un juicio), aludiendo en forma directa a la diligencia y cuidado que asume el deudor (su mejores esfuerzos, su máxima capacidad y experticia, etcétera). A lo anterior debe, aún, agregarse el hecho de que no existe disposición jurídica alguna que consagre la existencia de **“obligaciones de resultado”**. Por consiguiente, se trata de una construcción doctrinaria introducida en nuestro derecho por autores franceses, la cual carece de todo sustento positivo.

22. Hemos sostenido repetidamente que la obligación arrastra, como el cuerpo a su sombra, un determinado grado de diligencia y cuidado (así se trate de la responsabilidad contractual o extracontractual). Por lo mismo, la conducta debida es lo único que puede exigirse al deudor. Si éste prueba haber empleado

la diligencia y cuidado debidos (no haber incurrido en culpa), quedará exento de responsabilidad. Un análisis cuidadoso de los artículos 1548, 1549 y 1550 del Código Civil conduce a esta conclusión, ya que en todos ellos está latente el verdadero alcance de la obligación. Nótese que la obligación de conservar el cuerpo cierto que se debe implica emplear “en su custodia el debido cuidado”. En función de esta obligación el riesgo del cuerpo cierto que se debe pesa sobre el acreedor y no sobre el deudor (si el cuerpo cierto que se debe perece en manos del deudor por caso fortuito o fuerza mayor o por un hecho que excede el deber de cuidado impuesto al deudor, este último queda exonerado de responsabilidad). Por ende, la explicación y justificación del artículo 1550 del Código Civil no tiene relación con las disposiciones del Código de Napoleón, como se ha querido hacer creer (conforme al cual la transferencia del dominio opera en virtud de un título), sino con una correcta conceptualización de la obligación. Tras todo ello subyace una cuestión interesante. Se contraponen en este caso dos principios: el de que “las cosas perecen para su dueño” y el de la “obligación como deber de conducta típica”. En el artículo 1550 del Código Civil prevalece el segundo sobre el primero, porque el deudor (dueño, puesto que se trata de una “obligación de dar”, la que conlleva la de transferir el dominio) sólo será responsable de la pérdida de la cosa si incumple la obligación de cuidado, vale decir, no emplea en la custodia de la cosa que deberá entregar el “debido cuidado”. En cierta medida, nuestro primer codificador civil se encarga de recalcar que no incurre en responsabilidad aquel deudor que cumple el deber de conducta impuesto en la ley, incluso a costa de otros principios, como el ya mencionado de que “las cosas perecen para su dueño”.

23. Reafirmando nuestra concepción sobre el sentido de la obligación, cabe observar que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la cuestión aparece todavía más clara. En efecto, la obligación preexistente en que se funda este tipo de responsabilidad consiste invariablemente en una conducta (comportarse prudentemente de modo de no causar daño a otros). Si se daña a una persona, no obstante emplearse la diligencia y el cuidado que imponen los estándares habituales existentes en la sociedad, no se incurre en responsabilidad, porque no ha habido incumplimiento de la obligación (*neminem laedere*). Por consiguiente, si la responsabilidad consiste en el deber de reparar los perjuicios que se siguen del incumplimiento de una obligación preexistente, en ambos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual) el fundamento ha de ser el mismo: la infracción de un deber de conducta. Se excluyen, de este modo, radicalmente las supuestas “obligaciones de resultado”, que se fundan, no en la conducta debida, sino en el proyecto y programa (“prestación”) que se contiene en la estructura de la obligación.

24. Sobre este marco conceptual es posible tratar el principio *pacta sunt servanda*, que constituye la base del derecho contractual y que permite a la

“autonomía privada” cubrir gran parte del quehacer jurídico en las sociedades libres. De más está señalar que esta interpretación presenta una ventaja que consideramos significativa. En efecto, si la obligación es un “deber de conducta típica”, no pudiendo exigírsele al deudor un mayor grado de cuidado y diligencia que aquel en que consintió, se humaniza el vínculo obligacional y se ajusta, precisamente, a lo que la voluntad ha admitido y ha querido. Otra interpretación lleva a la aventurada conclusión de que es posible exigir una conducta que excede la voluntad de las partes, caso en el cual la obligación contractual pasa a ser una mordaza que se impone al deudor que no ha consentido en aquello que se le exige.

25. Para concluir digamos que, conforme a nuestros planteamientos, la ley tiene una voluntad e intención propias. Por lo mismo, se independiza de su autor y hace posible su evolución a través del proceso interpretativo (instrumento destinado a la aplicación de la ley). No cabe duda de que el planteamiento que precede constituye un avance significativo para el derecho, al “personalizar” la relación contractual y hacer derivar todos sus efectos y consecuencias en la voluntad de las partes contratantes. Más claramente, no hay obligación sino en la medida que se consiente en el “deber” que ella impone al sujeto pasivo u obligado.

### **III. Sobre la naturaleza del principio *pacta sunt servanda***

Bajo el título de “Fundamentos de la fuerza obligatoria de los contratos”, Jorge López Santa María menciona diversas concepciones sobre esta materia, a la cual califica “como uno de los temas más espinudos de la contratación”.<sup>3</sup> Analizaremos cada una de ellas siguiendo al autor mencionado.

#### **1. Concepción voluntarista tradicional**

Para esta concepción la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad se fundan en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él. Ellas (las partes) limitan su libertad, asumiendo un deber de conducta, lo cual se justifica por una “causa” (todo contrato tiene una causa, pudiendo ella consistir en la mera liberalidad). La obligatoriedad del contrato sobreviene como consecuencia de una autoimposición de las partes que concurren a él. Por consiguiente, esta obligatoriedad radica en la voluntad de cada parte y su intangibilidad en el consentimiento. Señala López Santa María: “Siguiendo de cerca a Messineo, resulta que si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han

<sup>3</sup> Jorge López Santa María. *Los contratos*. Parte General. Tomo I. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Año 1998. Págs. 267 y siguientes.

querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio. Lo que se traduce en que las partes se autoimponen restricciones para el futuro, puesto que, vinculadas o atadas por el contrato, ya no podrán comportarse como les parezca, sino que deberán cumplir las obligaciones que asumieron". Culminan sus explicaciones con el siguiente párrafo: "En sustancia, antes que nada el contrato es un producto espiritual, el resultado de la llamada voluntad contractual, que se asienta en la espontaneidad de las determinaciones de las partes. Explicación esta de innegable impronta individualista. *Todo el curso de la filosofía jurídica moderna, al menos a partir de Kant, se sitúa en tal sentido*".

No nos merece objeción admitir que el contrato tiene su fuerza obligatoria en la voluntad de las partes y que él (el contrato) importa una autolimitación a la libertad individual. Se trata, entonces, de una determinación autónoma del sujeto (libertad contractual) que, por sí misma tendría, como dicen los autores, un poder superior al mandato heterónimo de la norma. El contrato, a fin de cuentas, sería una manifestación de la voluntad, mediante la cual el sujeto autolimita su libertad en función de una determinada causa (motivo). Dos conceptos parecen gravitar determinadamente en esta concepción. Desde luego, el poder de la voluntad individual (todo sujeto se autodetermina en aquella área en que el derecho no impone un deber específico de comportamiento); y la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad emanan de una autoimposición del sujeto obligado. En este sentido deben distinguirse, creemos nosotros, dos áreas muy diversas: aquella en que el sujeto actúa libremente, y aquella otra en que está condicionado por el mandato de una norma jurídica. En la medida en que mayor sea la extensión de la primera menor será la extensión de la segunda y viceversa. Por consiguiente, la importancia del contrato puede ampliarse o restringirse de acuerdo con el modelo que adopte el sistema jurídico vigente. No requiere de mayor justificación afirmar que el contrato forzoso y el contrato dirigido deben quedar ubicados en el área reservada por la norma a la regulación legislativa. Lo propio sucede con cualquier otra institución que sustituya la voluntad individual por la voluntad de la norma jurídica.

## 2. Concepción idealista de Gounot

Advierte López Santa María que la meta de Emmanuel Gounot más que inquirir por qué la sociedad respalda los intereses y fines de los contratantes, fue destruir el dogma de la autonomía de la voluntad. De aquí su crítica feroz a la concepción voluntarista tradicional. Nos limitaremos, por lo mismo, a transcribir una cita de Gounot en la cual funda su concepción sobre la obligatoriedad del contrato.

"Si por esencia el orden jurídico es un mecanismo a la disposición de las voluntades individuales, cae por su propio peso que todo acto emanado de una voluntad y orientado a producir un efecto jurídico, debe por sí producir

este efecto. En consecuencia, no tenemos para qué buscar el fundamento de la obligatoriedad de las convenciones, bastando determinar por qué algunos contratos no obligan... Todo lo que no está prohibido por el legislador está permitido o, más exactamente, toda manifestación de voluntad que la ley no declara ineficaz es sancionada positivamente por el Derecho. *El contrato obliga simplemente porque es el contrato*; la manifestación más alta y más pensada de la autonomía inicial del querer individual. Tal es en el fondo el pensamiento de los autores clásicos. Poner en duda la fuerza obligatoria del contrato sería dudar que el Derecho sea el Derecho. Al remontar la escala de las explicaciones jurídicas o filosóficas, hay que necesariamente llegar a algún lado, a un principio que justifique todo, aunque él no pueda ser justificado. Dicho principio es el de la fuerza obligatoria del contrato. Es absolutamente imposible, según Kant, proporcionar la prueba de este *imperativo categórico*... Es un postulado de razón pura".<sup>4</sup> Hasta aquí Gounot se limita a justificar, desde un punto de vista lógico, la obligatoriedad del contrato. Acto seguido, arremete contra la concepción tradicional, calificándola de individualista. A este respecto señala que si se admite que todo acto de voluntad tiene en sí mismo valor jurídico y que el contrato merece la protección del derecho, "hay que concluir que el legislador debe abandonar las transacciones humanas al libre juego de las voluntades autónomas. La política que hay que seguir es de abstención. El juez se convierte en dócil mecánico que reconoce la obligatoriedad de las convenciones. Si, por el contrario, se admite que el contrato sólo es eficaz en la medida que se conforma a las exigencias de la justicia y la solidaridad social, entonces la misión del juez y la tarea del legislador se transforman. Este último es incitado a multiplicar las leyes imperativas o prohibitivas; los límites de la libertad contractual aumentan; la explotación del prójimo bajo el pretexto del contrato es repudiada". Por su parte, el juez, "ministro de la equidad y representante de la sociedad, dotado de extensos poderes de control, recibe la alta misión de asegurar en los contratos el respeto de la justicia". Culmina Gounot sosteniendo que la fuerza obligatoria del contrato se basa, entonces, en el "bien común", una especie de "ley superior de justicia objetiva" que se sobrepone a las voluntades que contratan.

Como puede constatar, se desconoce, en este planteamiento, la fuerza de la voluntad individual y se erige al legislador y al juez en controlador de la actividad contractual, impregnando de sentido social (justicia y solidaridad) las convenciones, arrancando de allí la fuerza obligatoria del contrato. Esta tesis ha sido duramente rebatida por Jorge López Santa María. Por nuestra parte, sólo diremos que el planteamiento de Gounot es una clara manifestación de la desconfianza que ha suscitado invariablemente la libertad individual, a la cual

<sup>4</sup> La cita transcrita corresponde a Emmanuel Gounot y se recoge en la obra de Jorge López Santa María antes indicada.

se la presenta como un instrumento de sometimiento e injusticia. Insistamos en el hecho de que existen áreas diversas (imperando en una la ley y en la otra la voluntad individual) y, aun, diversos medios destinados a resguardar la "conmutatividad" de las convenciones (materia que analizaremos latamente más adelante). No está de más poner acento en el hecho de que dotar al juez de poderes omnímodos para calificar la "justicia y solidaridad" de las convenciones implica saturar al derecho de contenidos políticos ideológicos y condicionar a ellos su aplicación. En otros términos, se intenta instrumentalizar el derecho en aras de una determinada concepción política. No otro destino tiene invocar la "justicia y la solidaridad", sin definir ni limitar su contenido. Por este camino puede legitimarse cualquier exceso y erradicar la voluntad (expresión de la libertad) como medio de autorregulación de la propia conducta.

### 3. Concepción de Giorgi

Comienza este autor italiano por afirmar que "el fundamento del vínculo contractual está en el orden de las verdades necesarias". Para él "la fuerza obligatoria de las convenciones es una idea uniforme, de todos los tiempos y de todos los pueblos, atestiguada por el sentido común de todo el género humano".

Giorgi agrupa los varios sistemas que explican la validez del principio *pacta sunt servanda*.

i. Sistema del "pacto social". El fundamento de este principio se halla en el "convenio tácito y primitivo, celebrado por los hombres, de ser fieles a sus promesas". Se trata, entonces, de un pacto social original.

ii. Sistema de la "ocupación o la tradición". En este sistema se justifica la fuerza obligatoria del contrato mostrando la promesa del deudor "como una abdicación de sus derechos seguida de la aceptación del acreedor como ocupación del derecho abdicado". La cuestión se reduce, entonces, a una tradición (transferencia).

iii. Sistema basado en el "abandono de la libertad del deudor". Se sostiene que todo individuo tiene una esfera propia de derecho, en la cual puede impedir el ingreso de otros. "Pero si abre, por su libre determinación, las puertas de ella, constituyendo a alguien en su acreedor, éste puede apropiarse de la libertad del deudor". En otros términos, la fuerza obligatoria del contrato implica una pérdida de la libertad, consentida libremente por el obligado.

iv. Sistema del "interés". La fuerza obligatoria del contrato se funda en el hecho de que todo "hombre debe respetar sus promesas por interés propio. De otro modo, nadie contrataría con él". Este es el criterio sustentado por Bentham y los utilitaristas en general.

v. Sistema de Ahrens. “La conciencia y la razón mandan a hacer el bien y, por lo tanto, cumplir lo prometido”. Si se admitiera que las promesas fueran violadas, el orden social y la vida serían imposibles. Como puede constatarse, se trata de una concepción iusnaturalista.

vi. Sistema derivado del postulado *nemine laedere*. El fundamento de la obligatoriedad del contrato reside en el principio de que no debe causarse daño al prójimo, incurriéndose en responsabilidad en caso de contravención. En otros términos, el incumplimiento del contrato se homologaría simplemente a un hecho ilícito.

vii. Sistema de la veracidad (acogido por Giorgi). La obligatoriedad del contrato se funda en el imperativo de ser fiel a las promesas, en virtud de la ley natural que obliga a decir la verdad. Por lo tanto, hay una norma ética que exige no defraudar la confianza que la palabra dada ha engendrado en la otra parte. “Es una norma ética de veracidad”.

De lo expuesto se infiere que existe una multiplicidad de opiniones, muchas de las cuales confunden el plano ético con el plano jurídico, razón por la cual se justifica la observación de que en esta materia confluyen factores filosóficos, éticos, jurídicos y políticos. Estos “sistemas” describen, ingeniosamente, varias situaciones que podrían simplificarse. Así ocurre con la afirmación de que el contrato deriva su fuerza obligatoria de la ocupación de los derechos del deudor por el acreedor, de modo que el problema se reduce a la cuestión de “tradición”, o aquella otra sobre el abandono de la libertad del deudor seguida de la apropiación de ésta por el acreedor. En el fondo de ambos “sistemas” subyace, creemos nosotros, la limitación que el deudor hace de su libertad en razón de un provecho (causa) que justifica esta determinación. Poco interesa cómo se describe (tradición, abandono, ocupación, etcétera), porque el resultado será siempre el mismo: la autolimitación de la libertad. Queda, además, de manifiesto que la obligación es una conducta que el deudor se autoimpone, y no una “necesidad jurídica”, como lo señala la doctrina clásica para abrir paso a una definición que, a nuestro juicio, está lejos de describir lo esencial del vínculo obligacional.

#### 4. Concepción de Kelsen

Para Hans Kelsen es necesario distinguir entre el contrato como “acto de constitución de la relación jurídica y el contrato como relación jurídica creada”. La fuerza obligatoria del contrato es derivada de la ley, delegada por la ley. Deriva porque tanto formal como materialmente se adapta a la norma superior. El contrato carece de validez en sí mismo, ya que la fuerza le ha sido atribuida por la norma. En suma, la convención es obligatoria en la medida en que el ordenamiento jurídico la considera como “un estado de hecho creador de

derecho". "En otros términos, en la medida que en que una norma de grado superior (la ley, la costumbre en el caso de la obligatoriedad de los tratados en el plano internacional) autoriza a los sujetos a crear una norma de grado inferior. La razón de la validez de la convención se reduce, por lo tanto, a la validez de la ley general o de la costumbre, que prescribe que la convención es creadora de derecho (*pacta sunt servanda*)". En consecuencia, la norma autoriza a los sujetos para crear una norma de grado inferior (regla). La obligatoriedad del contrato se funda, entonces, en una "validez derivada" que se aprecia en todo el ordenamiento jurídico y que nos remite, finalmente, a la Constitución, "siendo imposible ir más lejos, si se trata de permanecer dentro de los límites del derecho positivo". Concluye Kelsen diciendo que "En definitiva, la convención es obligatoria por la misma razón por la cual todo el orden jurídico (que reconoce o instituye como creadora de derecho) es obligatorio".

La tesis formulada por Kelsen es plenamente coherente con su teoría pura del derecho. Por nuestra parte, creemos que la descripción que se hace corresponde exactamente a lo que ocurre en la realidad. El contrato es una "regla" (mandato particular y concreto) y su obligatoriedad arranca de una norma jurídica (ley), que le atribuye un efecto determinado (obligatoriedad). No cabe duda, entonces, que el principio *pacta sunt servanda* tiene su raíz en la prescripción legal. Sin embargo, ello no es óbice para analizar qué factores influyen o determinan la existencia e intangibilidad del contrato, sin perjuicio de admitir que ello es consecuencia de su inserción en el sistema jurídico.

## 5. Concepción del sincretismo de Ghedin

Este autor francés, citado por López Santa María, alude a cuatro conceptos en busca de una posición que concilie teorías diferentes.

### i. Primacía del derecho objetivo.

La fuerza obligatoria del contrato está fundada en el derecho positivo. Los derechos subjetivos deben concebirse como elementos de la organización de la sociedad y subordinados al derecho objetivo. Los derechos subjetivos tienen como único origen las reglas objetivas. Por lo tanto, la fuerza obligatoria del contrato encuentra su fundamento en el derecho objetivo y no en la voluntad de las partes. El contrato, por ende, es un instrumento al servicio del derecho objetivo.

### ii. El contrato, instrumento al servicio del derecho objetivo.

Para esta tesis, el acuerdo de voluntades no es más que un instrumento para celebrar operaciones socialmente útiles. Hay que examinar, en cada caso, las operaciones concretas que el contrato persigue realizar y las voluntades que

determinan las condiciones. “El centro de gravedad del contrato que antes estuvo en el consentimiento, después por reacción en el orden público, se situaría ahora, de modo más equilibrado, en los elementos reales o materiales del contrato... El contrato es un instrumento privilegiado de los intercambios de bienes y servicios”, sirve esencialmente “para el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro”.

### iii. Rol de la voluntad y la seguridad jurídica.

“La primacía del derecho positivo no implica ni abandono de la noción del derecho subjetivo, ni desconocimiento de la dignidad de la persona humana”. El valor supremo de nuestra civilización es el “bien de la persona humana”. “El contrato aparece en esta perspectiva como instrumento privilegiado de la libertad y responsabilidad individuales. La libertad de iniciativa es una profunda aspiración del hombre y responde, al parecer, a una responsabilidad moral necesaria a su realización como tal”. El respeto a la palabra empeñada es una regla moral y una prolongación de la libertad humana para comprometerse. Al contratar surge un “deber de conciencia, lo cual a sus ojos (del deudor) justifica la fuerza obligatoria del contrato y refuerza la imperatividad estatal”.

La fuerza obligatoria del contrato es factor determinante para la confianza del acreedor y para el crédito: “la legítima confianza del acreedor se funda en la fuerza obligatoria del contrato”. De aquí la conclusión de que: “El respeto a la palabra dada es, en el plano socioeconómico, la condición o la base del crédito y sobre este último descansa la economía liberal contemporánea”. Por lo mismo, resulta forzoso reconocer que las restricciones a la obligatoriedad del contrato atentan contra la seguridad jurídica, disminuyendo la confianza y la tranquilidad de los acreedores y debilitando los créditos.

### iv. Búsqueda de la justicia y la buena fe contractual.

El derecho objetivo “no se reduce a un conjunto de reglas positivas. Ellas sirven de guía a una solución justa, lo que constituye realmente el derecho objetivo. Es por ello que el juez está obligado a emplear todos los elementos de la lógica jurídica.

“El contrato está sometido al principio de la justicia conmutativa. No destruir el equilibrio entre los patrimonios siempre que cada parte reciba el equivalente a lo que proporciona”.

Hay una aspiración de “justicia contractual” (a propósito de los vicios del consentimiento, la noción sobre ausencia de causa, las leyes sobre defensa del consumidor y sobre condiciones generales de contratación). “Una herramienta decisiva para el logro de la justicia contractual es que los fallos expliquen el

estándar de la buena fe, noción unitaria en cuanto consagra una exigencia general de lealtad en las relaciones contractuales”.

“Finalmente, es la conciliación de intereses generales, con los principios de buena fe, de justicia, de seguridad jurídica y de libertad y responsabilidad de los individuos, donde reside el genuino problema legislativo del contrato”.

Como se advierte del examen de los planteamientos expuestos, se mezclan en este esfuerzo sincrético elementos morales con elementos pragmáticos, de dogmática jurídica con concepciones filosóficas. Es indudable que en el análisis de este problema concurren numerosos factores, como el papel que cabe al derecho positivo, a la voluntad y el consentimiento, a la seguridad jurídica, a la buena fe y la justicia contractual. La cuestión consiste en precisar, si es posible, cuál de ellos representa lo medular y lo que, por sí solo justifica el principio de la obligatoriedad e intangibilidad del contrato. Por lo mismo, a nuestro juicio, esta concepción, en lugar de simplificar el problema, lo confunde y dificulta su comprensión.

## 6. Nuestra posición

No resulta fácil proponer una solución al problema de la obligatoriedad e intangibilidad del contrato ante tantas opiniones divergentes y de tan diferente índole. Sin embargo, creemos que es ineludible explicar por qué obliga el contrato y por qué es intangible, todo lo cual se expresa en el principio *pacta sunt servanda*. Confluyen en él una serie de virtudes y de objeciones que no pueden desatenderse, pero que más bien miran al derecho que “debe ser” (cuestión ideológica) y no al derecho “que es” (cuestión pragmática). De aquí que se confronte el “individualismo voluntarista” con el “sentimiento solidario, la justicia y el bien común”, como si se tratara de categorías incompatibles a las cuales ha de adscribirse el pensamiento jurídico.

i. La primera aproximación al problema parte de la constatación de que la validez jurídica del contrato arranca de una norma superior de derecho positivo que le da reconocimiento y vida. En nuestro caso, el contrato vale de acuerdo a lo prevenido en los artículos 1445 y 1545 del Código Civil y demás disposiciones que integran su estatuto jurídico. En este sentido adherimos al pensamiento de Hans Kelsen y su *Teoría Pura del Derecho*. La razón última de validez del contrato, en consecuencia, se halla en una voluntad compartida (consentimiento) que se manifiesta en un determinado marco legal, al cual el derecho positivo le atribuye la virtud de hacer nacer derechos subjetivos y obligaciones.

ii. La naturaleza última del contrato se funda en tres razones esenciales:

- a. El contrato es un acto de **auto limitación de la libertad**. Esto implica que el sujeto, por propia decisión y estando facultado para hacerlo, restringe su libertad, asumiendo el deber de comportarse de una cierta manera en función de los intereses de un tercero. En este sentido el derecho consagra un amplio marco de acción, puesto que puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido en la ley, de lo cual se desprende que cada sujeto está en situación de darse parte del derecho que lo rige.
- b. El contrato representa un caso de **autocomposición de intereses**. Lo indicado porque las partes articulan libremente dichos intereses, debiendo ceñirse, empero, a las disposiciones legales en aquello que esté imperativamente establecido en la ley. Por consiguiente, los intereses de una de las partes estarán limitados en función de los intereses de la otra parte. Juega aquí, como es lógico, un papel determinante la “causa”, que, como lo anticipa el artículo 1467 del Código Civil, es el “motivo que induce al acto o contrato”. Si el contrato pudiera modificarse al margen de la voluntad de las partes, se estaría lesionando arbitrariamente lo establecido por quienes le han dado vida y sobrepasándose esas mismas voluntades. Renato Scognamiglio, a este respecto, dice: “Para nosotros, el contrato es un supuesto de hecho característico, por el reconocimiento que el ordenamiento jurídico le da a la autonomía de los particulares por medio de él, como instrumento de disciplina de los intereses individuales, y que se realiza en la medida en que el derecho atribuye a sus expresiones un valor y una eficacia adecuada a su función”. Más adelante, el mismo autor insiste en “la relevancia de la autorregulación de los intereses particulares”. Por lo tanto, el área del derecho contractual está demarcada por el legislador, dejando a los imperados la facultad de abarcar cuanto estimen conveniente con sus propias regulaciones.
- c. Finalmente, el contrato es una **regla convencional** (norma particular al decir de Kelsen), subordinada a una norma superior, que arranca de ella su validez, integrándose al ordenamiento jurídico y no pudiendo ser eliminada del mismo sino por los medios consignados expresamente en la ley. En consecuencia, el contrato tiene continuidad, estabilidad e intangibilidad. Si se afectara el interés de un contratante, la composición de intereses dispuesta y acordada quedaría desvirtuada y sin efecto alguno. Entre las facultades esenciales de los imperados en la civilización judeocristiana, se encuentra la de darse sus propias reglas, en un ámbito jurídico preestablecido, a fin de autocomponer los intereses propios y ajenos. Es por ello que la subsistencia de la intangibilidad y respeto por los contratos (en tanto reglas particulares), compromete la seguridad jurídica, que es un valor esencial en el “estado de derecho”.

En suma, a nuestro juicio, el contrato es una creación convencional (con todo lo que ello significa en lo relativo a la norma de derecho positivo que le da validez y al área en que puede ser generado), que implica una limitación voluntaria de la libertad de los sujetos que concurren a generarlo, y cuyo fin último reside en la autocomposición de los intereses que estos últimos sustentan. De esta trilogía –convención, limitación voluntaria de la libertad y composición de intereses– surge el principio *pacta sunt servanda*, dotando al contrato de estabilidad, intangibilidad y certeza. No cabe duda que lo que hemos llamado “limitación voluntaria de la libertad” se realiza en aras de establecer una determinada “composición de intereses”, y que es la “convención” el instrumento que el derecho pone en manos de los sujetos para alcanzar esta finalidad.

Creemos nosotros que no se ha dado la importancia que corresponde al hecho de que toda convención, para tener efectos, debe insertarse en el ordenamiento jurídico. Toda “norma” y toda “regla” existen en la medida que forman parte del sistema. Individualmente, al margen de éste, carecen de toda importancia y significación. De aquí que sea correcto señalar que no existe “la norma”, sino “las normas” (lo propio puede decirse de las “reglas”), porque su carácter jurídico está dado por la pertenencia a un sistema jerarquizado, coherente y pleno. Aceptando esta premisa, es posible corregir muchos errores y vacíos que se reprochan al derecho. Así, por vía de ejemplo, si un acto jurídico no se inserta (incorpora) al ordenamiento normativo, no podrá producir efecto alguno, razón por la cual es dable sostener, como nosotros lo postulamos, la existencia de “nulidades originarias” que, al impedir que el acto se integre al sistema jurídico, eliminan absolutamente todo posible efecto.<sup>5</sup>

#### **IV. Debilitamiento del principio *pacta sunt servanda***

Es un hecho indiscutible que el principio indicado ha experimentado en el último tiempo embates de importancia destinados a debilitar su importancia. Se cree ver en él, como se señaló en lo precedente, una exaltación del individualismo en perjuicio del “bien común”, la “justicia” y la “solidaridad social”. En la misma dirección apuntan los ataques al concepto de “derecho subjetivo”, que se representa como una manifestación de poder en desmedro de los más débiles.

El debilitamiento del principio *pacta sunt servanda* proviene, a mi juicio, de cinco factores principales: la llamada “teoría de la imprevisión”, la llamada “teoría del abuso del derecho”, la “socialización u ocaso de los derechos

<sup>5</sup> A esta materia hemos dedicado el libro *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1995.

**subjetivos”,** la supuesta **“decadencia del contrato”** y el predominio de **“nuevas formas de vinculación jurídica”** destinadas a sustituir las formas tradicionales. Analizaremos cada uno de estos factores para descubrir su influencia y la razonabilidad de sus fundamentos.

## 1. “Teoría de la imprevisión”

### A. *La doctrina jurídica*

Esta teoría recoge un problema que concierne a los contratos onerosos conmutativos (en que las prestaciones “se miran como equivalentes”, al decir del artículo 1441 del Código Civil), de tracto sucesivo, o ejecución diferida, o suministro continuo, o de cumplimiento parcializado. Por lo tanto, quedan excluidos los contratos de ejecución instantánea y los contratos aleatorios (“el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida”).

La doctrina jurídica tradicional, en consecuencia, ha establecido varios requisitos para que esta teoría pueda ser invocada:

i. Es necesario que se trate, como se dijo, de **contratos onerosos conmutativos de tracto sucesivo, o ejecución diferida o suministro continuo o ejecución parcializada por acuerdo convencional**. En otros términos, la “prestación” del deudor se hace exigible mediando un lapso de tiempo entre el perfeccionamiento del contrato y su cumplimiento. Si el contrato es de “ejecución instantánea”, esta teoría carece de todo fundamento, puesto que la prestación deberá cumplirse al momento de perfeccionarse la relación contractual.

ii. Es necesario que sobrevenga un hecho imprevisto (que no haya podido anticiparse razonablemente al momento de celebrarse el contrato), que encarezca extraordinariamente la prestación de una de las partes.

iii. Es necesario que la obligación objetivamente pueda cumplirse y su ejecución no se haga jurídicamente imposible, pues entonces estaríamos ante un “caso fortuito o fuerza mayor”, que, por lo general, extingue la obligación y exonera de responsabilidad al incumplidor.

iv. Es necesario que el hecho imprevisto no haya sido provocado por el deudor, el cual deberá ser absolutamente ajeno a su producción.

v. Finalmente, algunos autores (entre ellos don Lorenzo de la Maza Rivadeneira) agregan que el hecho imprevisto debe afectar a toda una categoría de contratos, debiendo la perturbación ser extraordinaria y grave.

Como puede apreciarse se trata de una ruptura enorme de la conmutatividad,

como consecuencia de haber sobrevenido un hecho imprevisto que, sin hacer imposible el cumplimiento, lo encarece en términos groseros, colocando a una de las partes en situación de obtener una ventaja que no se pudo anticipar con un mínimo de cuidado y razonabilidad.

Se contraponen, en este caso, dos principios jurídicos de similar entidad: la **intangibilidad del contrato** (*pacta sunt servanda*), consagrado en el artículo 1545 del Código Civil; y la llamada **cláusula *rebus sic stantibus***, conforme a la cual en todo contrato se subentienden incorporadas las circunstancias que predominaban al momento de su perfeccionamiento, quedando establecido un cierto marco fáctico que prevalece para su aplicación.

Admitiendo la existencia de la cláusula ***rebus sic stantibus*** (que tuvo origen y se manifiesta en el campo del derecho internacional, no así en el campo de derecho común), surgen de inmediato dos objeciones lógicas: si la cláusula ***rebus sic stantibus*** se entiende incorporada al contrato, ello implica reconocer, desde luego, que las partes previeron, al momento de contratar, el cambio de las circunstancias, dejando el hecho sobreviniente de ser imprevisto; desde otro punto de vista, todas las obligaciones serían condicionales, puesto que su extinción estaría sujeta al hecho futuro e incierto de que cambien las circunstancias que imperaban al momento de perfeccionarse el contrato.

Más aún, no se determina, por los seguidores de esta teoría, cuál sería la sanción que corresponde aplicar a estos contratos: ¿la nulidad, la resolución, la intervención del contrato y revisión del mismo por el juez? Nos resulta especialmente curioso que en esta teoría tampoco se repare en la situación del acreedor, en circunstancias de que puede el hecho imprevisto afectar al acreedor en términos igualmente enormes. Si se produce, como se destaca, una ruptura de la conmutatividad, ella puede afectar tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la obligación (al pretensor y al obligado), sin embargo de lo cual la "teoría de la imprevisión" sale en defensa sólo del deudor, desentendiéndose de la situación del acreedor.

Muchos países han incorporado esta teoría a su legislación. Tal ocurre con Italia en 1942 (adoptándose la resolución por excesiva onerosidad y pudiendo atajarse por el demandado "ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato"), Argentina en 1968, Perú en 1984, etcétera. Todos han optado –influencia de la legislación italiana– por la "resolución por excesiva onerosidad", reconociendo el derecho del demandado de hacer subsistir o rescatar el contrato. Lo anterior es un claro indicio de que se ha incorporado la "teoría de la imprevisión" a las llamadas "condiciones objetivas de contratación", como sucede con la lesión enorme. De este modo, se desvincula la voluntad de las partes de su reconocimiento y aplicación.

Conviene precisar sobre qué bases jurídicas se sustenta esta teoría:

**a. Textos positivos.** La sustentación de la teoría se basa en la noción de la culpa, de la buena fe en la ejecución del contrato, de la causa del mismo y en su interpretación (artículos 44, 1546, 1467 y 1563 del Código Civil). Resulta patente la intención de relativizar lo establecido en la convención, aprovechando para ello una serie de instituciones jurídicas relacionadas tanto con la génesis del contrato como con su ejecución.

**b. La atenuación de la noción de “caso fortuito o fuerza mayor”.** Se trata de ampliar la concepción del caso fortuito a situaciones en que la obligación, pudiendo cumplirse, se hace a un costo enorme en relación a la obligación original. Tradicionalmente se ha entendido, lo cual, a juicio nuestro, es errado, que el caso fortuito representa siempre una “imposibilidad absoluta” de carácter objetivo, que excluye toda posibilidad de cumplimiento de la obligación. Este concepto se relativiza para los efectos de dar cabida a la “teoría de la imprevisión” en nuestro derecho.

**c. La noción misma del acto jurídico y especialmente el contrato** (p.ej. la incorporación de la cláusula *rebus sic stantibus*). Con ello se da al contrato una dimensión diferente, sea vinculando su ejecución a través del tiempo con la teoría de la causa, sea admitiendo que las circunstancias de hecho que predominaban al momento de su celebración configuren un escenario fáctico en el cual debe aplicarse e interpretarse.

**d. Predominio de las nociones y principios morales y de derecho** (p.ej. enriquecimiento injusto), **teniendo en cuenta consideraciones económico-sociales.** De esta manera, se impregna el contrato de nociones abstractas –morales y jurídicas– que permiten aplicar e interpretar el contrato con mayor latitud y flexibilidad por parte del juez.

**e. Integración contractual por equidad.** Si se admite que la existencia de una laguna legal sobre esta materia y el pleno imperio del principio de inexcusabilidad (de rango constitucional), se impone al juez, paralelamente, el deber de resolver, aun en ausencia de ley que resuelva el conflicto. De esta manera, por aplicación de los artículos 24 del Código Civil y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, debería recurrirse a los principios generales de derecho y la equidad natural para integrar la laguna legal.

**f. Abuso del derecho, sobre la base de que es dable incurrir en responsabilidad si se ejerce un derecho con culpa o dolosamente.** El fundamento de esta reflexión se basa en el aprovechamiento que hace el acreedor de la nueva situación, en términos de incurrir en culpa o dolo en el ejercicio de su

derecho, lo cual lo hace responsable de los daños y perjuicio que irroga a su contraparte.

Del apretado resumen que antecede, se puede constatar el esfuerzo realizado por la dogmática jurídica para dar fundamento a la “teoría de la imprevisión” y eludir el mandato legal sobre la intangibilidad del contrato, que termina siendo siempre la piedra de tope para sus partidarios.

Pocos autores han reparado en la estructura y alcance del contrato de **tracto sucesivo**, aplicable, en algunos aspectos, a los contratos de suministro continuo, ejecución diferida y cumplimiento parcializado por disposición contractual. Como se explicó en lo que antecede, la “teoría de la imprevisión” sólo tiene cabida tratándose de contratos en que la prestación convenida debe realizarse a través del tiempo, sea porque se ha convenido una ejecución parcializada, sea porque se entiende que el contrato se extingue y renueva sucesivamente, en las mismas condiciones, sin necesidad de manifestar voluntad en tal sentido. En este caso, la extinción y renovación opera por el solo ministerio de la ley, mientras las partes no expresen su voluntad en sentido contrario (de aquí que en estos contratos se admita siempre el derecho de revocación, vale decir, la expresión de voluntad unilateral que extingue la relación). El ejemplo más claro se halla en el contrato de arrendamiento, que puede convenirse por plazo indefinido, pero por períodos limitados, de modo que al fin de cada período la relación contractual, junto con extinguirse, se entiende renovada en el silencio de las partes y en idénticas o similares condiciones. Las preguntas que surgen en este tipo de contratos son varias, entre ellas: ¿Deben los elementos de existencia y validez volver a estar presentes al momento de renovarse el contrato? ¿Deben las partes manifestar expresamente su voluntad de perseverar en él? ¿Puede sostenerse que si sobreviene una incapacidad o un cambio de las condiciones imperantes al momento de perfeccionarse el contrato, ello incide en la causa del contrato? ¿Existe un solo contrato o tantos como renovaciones se hayan producido? Estas y muchas otras interrogantes deben ser aclaradas.

Desde luego, comencemos por sostener que el “tracto sucesivo” se caracteriza porque **el contrato es uno**, aun cuando se vaya extinguiendo y renovando a lo largo del tiempo. Por lo tanto, forzoso es reconocer que los elementos de existencia y validez deben estar presentes al momento de perfeccionarse. A partir de ese momento, dichos elementos seguirán virtualmente presentes, sin necesidad de reiterarlos, por la sola circunstancia de que las partes guarden silencio (no ejerzan su derecho a revocarlo). La alteración que puedan experimentar los elementos de existencia y validez no incidirá en los efectos del contrato, salvo que la relación jurídica se extinga por disposición de la ley (como ocurrirá, por ejemplo, si se destruye la cosa arrendada, caso en el cual operará el modo de extinguir llamado “pérdida de la cosa que se debe”).

Si así no fuere, se negaría la existencia del tracto sucesivo, porque la extinción daría lugar a otro contrato, conforme a las reglas generales. La respuesta a la primera interrogante no ofrece duda alguna: no se requiere que los llamados elementos de existencia y validez del contrato se vuelvan a manifestar o hallarse presentes al momento de renovarse la relación. En ello consiste, precisamente, la peculiaridad de este tipo de contratación.

No es necesario, tampoco, volver a manifestar la voluntad al momento de producirse la renovación. La voluntad ya manifestada cubre, por así decirlo, todos los períodos renovados. Más aún, podría sostenerse que la voluntad se entiende manifestada virtualmente, por el solo hecho de que ninguna de las partes ponga fin al contrato por medio de la revocación.

En el supuesto de que sobrevenga la incapacidad de una de las partes o que cambien las circunstancias de tal manera que sea de presumir que ello tendrá una influencia determinante en la "causa" del contrato, no puede alegarse su nulidad, al menos por dos razones: porque el tracto sucesivo es un solo contrato que se celebra y se perfecciona en un determinado instante; y porque la validez o nulidad de un acto jurídico opera al momento de su perfeccionamiento y no existen nulidades sobrevinientes. Si el contrato es válido al momento de perfeccionarse, ello no puede alterarse en el futuro.

Finalmente, no cabe duda que el contrato de tracto sucesivo es uno, no tantos como renovaciones haya experimentado. Insistamos que esto es lo que caracteriza esta forma de contratación. Negarlo implica desconocer esta categoría contractual. Más aún, este tipo de contrato ofrece una ventaja importantísima para los efectos prácticos. La extinción del contrato opera hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo. Así las cosas, cada período de vigencia agotado funciona independientemente, pero causalmente integrado a una sola relación contractual. Esta característica ha acuñado la expresión "terminación" en lugar de resolución, dando estabilidad a los efectos producidos en los períodos anteriores.

De lo dicho se infiere que pretender introducir la "teoría de la imprevisión", sobre la base de las características del contrato de tracto sucesivo, es manifiestamente erróneo y una negación de la forma en que éste funciona. Lo que se dice respecto del tracto sucesivo puede reiterarse, con mayor razón, en relación a los contratos de ejecución diferida, de suministro continuo (que muchas veces toma la forma del tracto sucesivo) y de ejecución diferida por estipulación contractual. En todos ellos, el contrato es uno, no obstante que su ejecución se realiza a través del tiempo por determinados períodos de tiempo convenidos.

## **B. Nuestra posición**

Nosotros creemos que la “teoría de la imprevisión” es una noción inútil, innecesaria y que está fundada en una errónea concepción de la obligación. La imprecisión en el concepto mismo de obligación ha llevado a esta y varias otras inconsistencias en el derecho contractual que trataremos de dejar en evidencia en lo que sigue.

i. La obligación es un “**deber de conducta típica**”, vale decir, descrita en la ley. Toda obligación lleva aparejado, necesaria e invariablemente, un cierto grado de diligencia y cuidado, el cual se deduce del grado de culpa de que se responde en cada caso. No hay, por lo tanto, obligaciones desligadas de la diligencia y cuidado que se imponen al deudor. Desde luego, la ley reconoce a las partes la facultad de fijar este nivel de diligencia, estipulando que el deudor responderá de un determinado grado de culpa (artículo 1547 inciso final del Código Civil). Si ellas no ejercen esta facultad, entonces es la misma ley la que lo establece en subsidio. Como es sabido, en el ámbito contractual se distingue la culpa grave, leve y levísima (artículo 44 del Código Civil). Esta clasificación es recogida por el artículo 1547 precitado para fijar, a través de una norma supletoria de la voluntad, la diligencia y cuidado que se impone a todo obligado. (Si el contrato accede en beneficio de ambas partes, se responderá de culpa leve; si accede en beneficio sólo del acreedor, se responderá de culpa grave, y si accede en beneficio del deudor, se responderá de culpa levísima). Nosotros hemos complementado la estructura subjetiva del vínculo obligacional, proponiendo una fórmula para establecer la culpa de que responde el acreedor (porque es posible que pueda éste facilitar u obstruir el cumplimiento de la obligación). No siempre el acreedor se nos presenta como un sujeto pasivo, indiferente al obrar de su deudor. Como se señaló en lo precedente, si el deudor responde de culpa leve, el acreedor responderá también de culpa leve; si el deudor responde de culpa grave, el acreedor responderá de culpa levísima; y si el deudor responde de culpa levísima, el acreedor responderá de culpa grave. Creemos que esta es la regla correcta, por cuanto a mayor grado de culpa del deudor, menor será la culpa del acreedor (si el deudor está obligado a lo más, el acreedor estará obligado a lo menos) y, a la inversa, a menor grado de culpa del deudor, mayor será el nivel de diligencia y cuidado que se impondrá al acreedor. Creemos que la obligación, como vínculo jurídico, demanda una definición clara sobre lo que se exige tanto al pretensor (acreedor) como al obligado (deudor). Es erróneo pensar que el acreedor no responde de culpa alguna, dado el hecho de que puede éste dificultar la actividad del deudor y, de esta manera, obstruir el cumplimiento de la obligación. La obligación, en tanto vínculo jurídico, implica el reconocimiento de deberes recíprocos. Sería, por lo mismo, absurdo suponer que la diligencia y cuidado, que es consustancial a toda conducta humana, sólo cabe considerarse respecto del deudor, quedando excluido su contraparte: el acreedor.

ii. Por consiguiente, existen obligaciones de diligencia “**mínima**” (se responde de la diligencia que emplean las “personas negligentes y de poca prudencia”); obligaciones de diligencia “**media**” (se responde de la diligencia que los “hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”); y obligaciones de diligencia “**máxima**” (se responde de la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”). Estos tres modelos explican por qué razón la culpa se aprecia “in abstracto”. El juez, para precisar el cuidado y diligencia que se exige a cada una de las partes y calificar su conducta, deberá construir un arquetipo (modelo), atendiendo, por cierto, a la calidad, condición, preparación, nivel cultural, edad, etcétera, del sujeto cuyos actos serán calificados. Acto seguido, deberá comparar el comportamiento atribuido al “modelo” con el que se intenta juzgar. Sólo de esta manera le será posible apreciar si se ha incurrido o no en culpa. (En la práctica, aparentemente, los jueces no dejan evidencia de este mecanismo, pero, sin duda, lo aplican, incluso intuitivamente, al decidir sobre esta materia y resolver si uno de los contratantes ha infringido el deber de conducta asumido).

iii. La “**prestación**” (aquello que se trata de dar, hacer o no hacer de acuerdo al artículo 1438 del Código Civil) no es más que la descripción de un proyecto, meta o programa que se aspira alcanzar por los contratantes con la actividad, diligencia y cuidado que les corresponde desplegar. Su importancia radica en que, por el solo hecho de no alcanzarse, se presume **provisionalmente** el incumplimiento y se incurre en responsabilidad. En tal caso, el deudor puede, sin embargo, exonerarse de responsabilidad acreditando que ha empleado la diligencia y cuidado debidos (artículo 1547 inciso 3°), vale decir, aquellos estipulados en la convención o en la ley, según el caso.

iv. El “**caso fortuito o fuerza mayor**” no genera, como se ha pensado siempre, una imposibilidad absoluta e insuperable. Una cosa es el **hecho** en que consiste (un terremoto, un naufragio, el apresamiento de enemigos, todos ejemplos dados por el Código de Bello) y otra muy distinta sus **efectos**. Los elementos del caso fortuito (imprevisibilidad, independencia de la voluntad de las partes e irresistibilidad) están referidos al hecho y no a sus efectos. Indudablemente, el hecho constitutivo de caso fortuito es imprevisto, no depende de las partes y es irresistible. Pero en parte alguna ha dicho la ley que ello se transfiera a los efectos del mismo.

v. El caso fortuito consiste en la producción de un hecho que, por su naturaleza, obstruye o dificulta la ejecución de la conducta convenida (obligación). Si esta obstrucción representa una imposibilidad absoluta de ejecución, no existe problema alguno, ya que la obligación (la conducta debida) no puede desplegarse ni alcanzarse la “prestación”. En tal caso, la obligación se extingue, salvo que el deudor haya asumido el caso fortuito y convenido hacerse cargo de sus efectos. Pero si la imposibilidad no es absoluta, resulta necesario

determinar hasta qué punto el deudor está obligado a atajar sus efectos y cuál es la medida de este esfuerzo. La respuesta a esta interrogante no puede ser otra: producido el hecho constitutivo de caso fortuito, el deudor deberá atajar sus efectos empleando el cuidado y diligencia debidos. Si con esta actividad no es posible evitar sus efectos, estará exonerado de responsabilidad. A la inversa, si ejecutando el deber de conducta asumido (obligación) es posible atajar sus efectos, el caso fortuito no mejorará su posición ni lo eximirá de responsabilidad. Lo anterior queda en evidencia si comparamos el contrato de depósito (el depositario responde de culpa grave en conformidad al artículo 2222 del Código Civil) y en el contrato de comodato (el comodatario responde de culpa levisísima de acuerdo al artículo 2178 del mismo Código). Mientras el primero (el depositario) sólo empleará la diligencia de una "persona negligente y de poca prudencia" para atajar los efectos de un caso fortuito, el segundo (el comodatario) deberá emplear "la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes". Lo que decimos está expresamente reconocido en el artículo 2178 inciso cuarto N° 3: El comodatario no es responsable del caso fortuito, sino "...3° Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya". ¿Cuál es la razón de ser de esta norma? Evidentemente ella descansa sobre la base de que el comodatario responde de culpa levisísima, de modo que enfrentado a la alternativa de salvar de un caso fortuito la cosa propia o la cosa dada en comodato, deberá preferir la cosa ajena, porque debe comportarse con "la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de negocios importantes". ¿Cabe pensar que el depositario y el comodatario son tratados de la misma manera respecto del caso fortuito, no obstante el hecho de que responden de manera tan diametralmente distinta en el cumplimiento de la obligación? ¿Por qué habría de exigirse a una persona un grado de diligencia y cuidado superior de aquel que asumió al obligarse? La doctrina clásica, por cierto, no tiene respuesta a estas interrogantes. Ello porque ha confundido la irresistibilidad del hecho en que consiste el caso fortuito, con la posible resistibilidad de los efectos que provoca.

vi. En consecuencia, el impedimento que genera el caso fortuito es **jurídicamente absoluto** (porque no está obligado quien lo sufre a atajar sus efectos con un grado de diligencia y cuidado que va más allá de aquel de que responde). Por lo mismo, el caso fortuito es una categoría jurídica y no meramente fáctica. La imposibilidad es **subjetiva**, porque depende de la persona que la experimenta y de la diligencia y cuidado que le es exigible. Lo que ha sucedido en la dogmática jurídica es que se han extrapolado los requisitos del hecho en que consiste el caso fortuito a los efectos que la ley asigna al mismo.

vii. Si durante la ejecución del contrato surge un hecho imprevisto e irresistible que encarece en términos enormes el cumplimiento de la obligación, deberá

resolverse, previamente, si el deudor está obligado a cumplir empleando el grado de diligencia y cuidado que corresponde. Si el escollo es susceptible de removerse desplegando la conducta debida, la obligación subsiste y su incumplimiento acarreará responsabilidad. Por el contrario, si desplegando la conducta debida es imposible despejar el obstáculo, nos hallaremos ante un caso fortuito que libera al deudor de la obligación y lo exime de responsabilidad. No se trata, entonces, de porcentajes de encarecimiento, ni de la revisión del contrato, ni de la ejecución de buena fe, ni de una causal de nulidad sobreviniente (que no existe), ni de la apreciación de las circunstancias que existían al momento de contratar (cláusula *rebus sic stantibus*). Se trata de interpretar correctamente el sentido, alcance y proyección de la obligación. Lejos de debilitar la intangibilidad del contrato ("*pacta sunt servanda*") se la fortalece, porque prevalece en plenitud la obligación, pero correctamente considerada.

viii. En los casos de dictación de **leyes especiales** para encarar determinadas crisis (lo que no ha sido infrecuente entre nosotros), no hay duda que las obligaciones contraídas han debido cumplirse, atendiendo a la diligencia y cuidado asumidos por los obligados, pero por razones de equidad y socioeconómicas, se interviene, aludiendo el cumplimiento de la "prestación", en provecho de los más perjudicados. En el día de hoy, estas leyes son inconstitucionales, salvo que afecten los intereses del Estado (el Estado puede renunciar a sus derechos y asumir pérdidas si ellas afectan sus recursos), porque en virtud de lo prevenido en el artículo 19 N° 24 de la Carta Política Fundamental, nadie puede ser privado de su dominio, sea que este recaiga en una cosa corporal o incorporea (meros derechos).

ix. La mejor demostración de esta teoría interpretativa –que reivindica el papel que corresponde a la obligación– está contenida en el artículo 1558 del Código Civil. En efecto, si la obligación no se cumple por hecho imputable al deudor, deberá éste indemnizar los perjuicios que se causen. Esto importa reconocer que la obligación **debe cumplirse por equivalencia**. La indemnización que reemplaza la obligación debe ser equivalente al cumplimiento en especie y conferir al acreedor los mismos beneficios que le habrían correspondido en caso de que ella hubiere sido satisfecha de la manera convenida. ¿De qué responde el deudor? De los perjuicios directos **previstos**, o sea, de aquellos que resultan de no aplicarse por parte del deudor la diligencia y el cuidado debidos. En consecuencia, los perjuicios que se siguen del incumplimiento de una obligación que, por un hecho imprevisto e irresistible, se hizo "enorme" en relación a la originalmente pactada, no comprenden aquellos beneficios que exceden el contenido primitivo de la obligación o, dicho de otro modo, los perjuicios que no pudieren preverse al tiempo de perfeccionarse la obligación. Sólo cuando el incumplimiento es doloso, la indemnización se extiende a los perjuicios **imprevistos**, pero ello constituye una sanción de carácter excepcional y de derecho estricto, fundada en otra realidad. Por consiguiente, enfrentado un

contratante a un aumento exorbitante de lo debido por un hecho sobreviniente e imprevisto, en defensa de su patrimonio, debería incumplir la obligación y, de este modo, esquivar el pago de una prestación enorme. ¿Tiene sentido sostener que el legislador, en lugar de procurar la conservación del contrato, insta por su incumplimiento? Lo propio ocurre con la recta interpretación de los artículos 1548, 1549 y 1550 del Código Civil, antes citados. Todos ellos hacen directa o indirectamente referencia a la “diligencia debida”, que, sin duda, conforma la médula de la obligación.

x. En definitiva, el deudor debe una “conducta típica” –no la prestación proyectada por los contratantes– perfectamente descrita en el contrato o en la ley. Todo cuanto de la prestación esté más allá de aquella conducta, no es exigible, razón por la cual el caso fortuito o fuerza mayor lo exonerará de responsabilidad si, atendida la diligencia y cuidado que debe emplear, no está obligado a atajar sus efectos. Si sobreviene un hecho imprevisto e irresistible que dificulta u obstruye la ejecución de la conducta debida (obligación), sin hacerla físicamente imposible, el deudor estará exento de responsabilidad, siempre que con la diligencia y cuidado que debe emplear no esté comprometido a despejar el obstáculo.

xi. Forzoso resulta reconocer que si el objeto de la obligación es divisible, ella se extenderá hasta cubrir lo que, empleado la diligencia y cuidado debidos, debió dar, hacer o no hacer. Pero la determinación de lo adeudado por parte del juez (en caso de desacuerdo entre las partes) no resulta de una revisión del contrato, sino una controversia relativa a la interpretación del contrato, materia sujeta a decisión judicial.

xii. Finalmente, no puede dejarse de lado la circunstancia de que, en el supuesto que por un hecho sobreviniente, imprevisto e irresistible, una prestación contractual se haga groseramente más gravosa, pero no imposible, la única solución, como se dijo, sería incumplir conscientemente dicha obligación y optar por un cumplimiento por equivalencia (indemnización de perjuicios). Esta última, como se señaló en lo precedente, comprendería los perjuicios previstos, vale decir, aquellos que se consideraron al momento de contratar. De otro modo, se concedería al acreedor una ventaja indebida, al imponer al deudor el deber de compensar una prestación a la cual no estaba obligado, porque excedía la conducta que asumió al contratar. En el caso que planteamos quedan en evidencia dos cosas: por una parte, la consumación de una injusticia (al hacer extraordinariamente más oneroso el cumplimiento de la obligación) y, por la otra, la contradicción que se atribuye a la ley (al exigir la realización de una conducta determinada e instar, como único recurso, por el incumplimiento consciente de la obligación para invocar una prestación sustitutiva). Creemos que ambas cosas son inaceptables.

Como puede observarse, la llamada “teoría de la imprevisión” está fundada en una errada concepción de la obligación, debilita innecesariamente el principio de la “intangibilidad del contrato”, atenta contra la seguridad jurídica y cercena la libertad contractual. Sus beneficios pueden alcanzarse sin necesidad de sacrificar o delimitar arbitrariamente los principios aludidos y, lo que parece más importante, reconociendo que la obligación se estructura sobre la base de la diligencia y cuidado que cada contratante compromete al momento de renunciar a parte de su libertad en pos de alcanzar una provechosa composición de sus intereses.

No faltan quienes sostienen que esta interpretación no estaba en la mente del autor del Código Civil ni en los textos jurídicos en que se inspiró. Olvidan ellos, sin embargo, que la ley tiene vida, intención y espíritu propios, que se independiza del legislador y que, por lo mismo, puede renovarse por medio de la interpretación (en cuanto mecanismo para la aplicación del derecho). Nada de especial tiene, entonces, que demos a la obligación un sentido distinto de aquel que concibieron los redactores de nuestro Código Civil.

## 2. “Teoría del abuso del derecho”

### A. La doctrina jurídica<sup>6</sup>

La teoría del “abuso del derecho” contrasta, también, dos principios: *dura lex sed lex* (la ley por dura que sea es ley) y *summum ius summa injuria* (la aplicación rigurosa de la ley conduce a la injusticia). Ambos principios tienen una arraigada vigencia en el derecho romano continental y han servido para la recta aplicación de la ley.

Esta teoría, a nuestro juicio, es igualmente errada y constituye una amenaza latente si se la considera en los términos en que tradicionalmente ha sido concebida. Para nadie puede resultar extraño que, a través de ella, se esquiva el ejercicio legítimo de un derecho con los más diversos pretextos y argumentaciones. No sólo se relativiza el derecho –adscribiéndolo a un fin determinado– sino que se condiciona su ejercicio a factores extrajurídicos que lo desnaturalizan e instrumentalizan.

i. Se ha sostenido que un derecho puede ejercerse dolosamente (con la intención positiva de inferir daño a otra persona) o culpablemente (negligente o descuidadamente). De este modo, es posible que el ejercicio del derecho devenga en un ilícito civil (artículos 1437, 2284 y 2314 del Código Civil). Este ha sido

<sup>6</sup> A este tema hemos dedicado el libro *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.

el criterio que ha sustentado nuestra jurisprudencia hasta el día de hoy. En los pocos casos en que se ha acogido el “abuso del derecho” se lo ha vinculado a un ilícito civil (posición sustentada en Chile por don Arturo Alessandri Rodríguez, entre otros). El autor mencionado ha escrito a este respecto: *“En nuestro concepto el **abuso del derecho** es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil: el abuso no es sino una especie de acto ilícito. Debe, por lo tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito: habría abuso del derecho cuando su titular lo ejerza **dolosa o culpablemente**, es decir, con la intención de dañar o sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. Así como el hombre debe hacer un uso juicioso y prudente de las cosas y comete delito o cuasidelito si las utiliza con la mira de perjudicar a otro o sin la prudencia necesaria y con ello causa daño, del mismo modo los derechos que la ley otorga debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia y cuidado debidos. Al no hacerlo, incurre en dolo o culpa. Los conceptos dolo o culpa son amplios, aplicables a todos los actos humanos, sean materiales o jurídicos. No se ve entonces por qué unos y otros actos no han de ser regidos por idénticos principios. Este criterio, que es sustentado por Mazeaud, Colin y Capitant, Demogue y otros, elimina en gran parte la arbitrariedad judicial, pues hace innecesario determinar la finalidad social o económica de cada derecho. Tiene además la ventaja de responder a la realidad misma de las cosas, porque en el hecho, cualquiera que sea la teoría que se adopte, sólo hay abuso del derecho cuando éste se ejerce dolosa o culpablemente, como quiera que ejercerlo contrariando su finalidad económica o social o sin motivo legítimo es precisamente obrar con culpa: un hombre prudente no ejercerse sus derechos en esa forma”*.<sup>7</sup> Como puede apreciarse, se asimila el ejercicio del derecho al “uso juicioso y prudente de las cosas”, sin reparar, creemos nosotros, en que el derecho no es una cosa susceptible de ser usada según los conceptos y cánones generales. Nótese, en todo caso, que el autor citado se esfuerza por desvincular el ejercicio del derecho a “una finalidad económica o social”, advirtiendo los peligros que ello representa.

ii. Otros comentaristas sostienen, además, que el derecho puede ejercerse con sentido antisocial o fuera de los fines tenidos en consideración por el legislador al momento de generarlos. De esta manera, se remite el “abuso” a los fines, propósitos y deseos del legislador, como si fuere éste la “encarnación” misma de la ley. Un autor escribe, a este respecto, *“El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económica social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad en especial. La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo*

<sup>7</sup> Arturo Alessandri Rodríguez. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, págs. 261 y 262.

*está usando –o no usando– de manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica”.*<sup>8</sup> Como puede comprobarse, la cuestión no puede ser más vaga y difusa. El mismo autor, más adelante, afirma: *“Consideramos que, en sustancia, el criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral, y se refleja en los principios de buena fe y de buenas costumbres. Y lo antisocial o irregular es, en este caso, lo ilícito. Lo ilícito es, finalmente, lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”.*<sup>9</sup>

iii. De lo señalado se sigue que para el recto ejercicio del derecho subjetivo será necesario un análisis previo sobre si ello se ajusta a la “moral social”, la cual, en derecho, se expresaría por medio de la realización de la solidaridad, traducándose, en definitiva, en los “principios de la buena fe y de las buenas costumbres”, cuyo quebrantamiento transformaría el ejercicio del derecho subjetivo en un acto ilícito. Esta construcción teórica carece de todo arraigo en el derecho positivo, puesto que, a través de un valor tan esquivo como la “solidaridad”, se logra calificar de ilícito el ejercicio de un derecho, debilitándolo considerablemente en el plano práctico. Es de imaginar hasta dónde puede llegarse por este camino si se trata de ampliar las prerrogativas de los jueces y enervar, paralelamente, las facultades que la norma concede al titular del derecho subjetivo. El peligro que advertimos queda a la vista.

iv. Varios autores se inclinan por un criterio objetivo al describir y configurar el “acto abusivo”, alejándose de la concepción subjetivista que enfoca el problema desde la perspectiva de la intención del titular. Así, por ejemplo, Alberto Spota sostiene que *“Todos los derechos son susceptibles, al ejercerlos, de abuso reprimible, con mínimas e insignificantes excepciones. Es decir, los derechos subjetivos son relativos: han de ejercerse en función del rol por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución jurídica. Esto significa decir que estamos no ya frente a una mera teoría, sino ante un principio general de derecho. Principio que, para emplear un término caro a aquel auténtico jurista que fue Edmond Picard, lo impone la juridicité. Si, en efecto, el derecho subjetivo es un poder jurídico atribuido a la voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos; si estos intereses tutelados por el derecho objetivo son de esa especie; si la norma legal, el derecho, tiende a la consecución de un fin que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz social –con la salvedad del derecho injusto o del derecho justo pero absoluto–, y a tutelar los valores sin los*

<sup>8</sup> Carlos Fernández Sassarego. *El Abuso del Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1992. Págs. 22 y 23.

<sup>9</sup> Carlos Fernández Sassarego. *Obra citada*. Pág. 134.

*cuales esa convivencia queda lesionada; entonces se comprenderá lo que decimos: los derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del derecho*".<sup>10</sup> Nos parece especialmente destacable que este autor ponga acento en la realización de "intereses" tutelados por el derecho objetivo, aun cuando ello sirva para ampliar este concepto a un propósito tan difuso como "la convivencia humana para alcanzar la paz social". No exageramos al decir que en ello queda comprendido prácticamente todo...

v. De aquí que nosotros hayamos sostenido que dos desviaciones se advierten en esta tesis. Por una parte, se desvía la función o finalidad del derecho hacia principios generales (la buena fe, las buenas costumbres, la moral), llegándose al extremo de sostener una legitimidad distinta de la jurídica, algo así como una legitimidad moral (postulada por Dabin). Por la otra, se desconoce que el interés tutelado por la norma es el medio de que dispone el derecho para promover ciertas conductas, las cuales se incentivan disponiendo, por así decirlo, el poder del Estado para obtener la satisfacción de dicho interés. De esta manera se promueve una conducta que encierra la realización de un valor y una preferencia reconocida por el legislador. No puede hablarse, creemos nosotros, de una función económico-social inherente al derecho subjetivo. Dicha función está representada por el "interés jurídicamente protegido", que es el medio a través del cual se incita al titular a ejercerlo, porque de ello se sigue una conducta valiosa. De lo señalado se desprende que la función o finalidad económico-social del derecho pasa por el "interés jurídicamente tutelado" que, como hemos sostenido, es uno de los componentes del derecho subjetivo.

Como puede observarse, o se vincula el "abuso del derecho" con el ejercicio doloso y culpable de aquella facultad, postulándose la comisión de un delito o cuasidelito civil (ilícito); o se lo vincula a una serie de conceptos rimbombantes y difusos que permiten sostener cualquier limitación a su ejercicio, con un contenido más ideológico que jurídico. Nuestra crítica a la doctrina tradicional quedará en evidencia en las observaciones que se siguen, sin perjuicio de lo cual es bueno adelantar el peligro que encierra esta concepción cuando se la funda en concepciones ideológicas, cuya meta es restringir la plena vigencia de los derechos subjetivos y asignar al juez un papel más político que jurídico. La experiencia histórica avala nuestro planteamiento, puesto que en todos los grandes "proyectos de ingeniería política", la concepción del "abuso del derecho" (aun cuando se le utilice con otra terminología) ha jugado un rol preponderante.

<sup>10</sup> Alberto Spota. *Tratado de Derecho Civil*, tomo I. Parte General, vol. 2, Relatividad y Abuso del Derecho". Editorial Roque Depalma, Buenos Aires. Págs. 319 y 320.

## **B. Nuestra posición**

Nuestra posición rompe con los criterios clásicos en esta materia, como podrá comprobarse en las reflexiones que siguen.

i. A nuestro juicio, un derecho **se tiene o no se tiene**. Si se tiene, su ejercicio, como quiera que se haga y cualquiera que sea la intención o espíritu de su titular, no ofende jurídicamente a nadie. Los daños que puedan causarse son consecuencia legítima del mismo derecho y están previstos y autorizados en la ley. El ejercicio de todo derecho supone un beneficio para su titular y un gravamen para el obligado (el gravamen puede ser más o menos oneroso, pero tendrá siempre el mismo carácter). Nuestro Código Penal, incluso, en su artículo 10 N° 10, exime de responsabilidad penal al que “obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”. La legitimidad está referida a la titularidad y exigibilidad del derecho. En consecuencia, quien ejerce un derecho que le corresponde no está obligado a justificar su decisión ni ha excusarse ante el perjuicio que ello pueda irrogar al obligado.

ii. La cuestión se remonta, entonces, a la naturaleza del derecho subjetivo. Como se ha explicado, el derecho subjetivo implica dos elementos, que deducimos de la llamada “teoría de la voluntad” de Federico von Savigny, y de la llamada “teoría del interés” de Rudolph von Ihering. Para el primero el derecho subjetivo es “el señorío del querer o poder de la voluntad” (el acento se pone en la facultad atribuida al sujeto). Para el segundo, el derecho subjetivo es “un interés jurídicamente protegido por el derecho objetivo”. Así las cosas, es la voluntad la que lo pone en movimiento (lo reclama) y sus límites están establecidos por las preferencias o valores que se hallan amparados (protegidos) por las normas jurídicas. En suma, el derecho subjetivo es “el poder de la voluntad o señorío del querer para realizar los intereses protegidos por el derecho objetivo”. La voluntad, como fuerza motriz del derecho, se desplaza dentro de los límites fijados por los intereses protegidos. Desbordar estos deslindes importa ubicarse fuera del ámbito jurídico (al margen del derecho).

iii. De lo señalado se infiere que son los “intereses jurídicamente protegidos” los que determinan los límites del derecho subjetivo. Estos intereses no pueden desviarse ni excederse, porque si tal ocurre, se actúa de facto y no de *iure*, vale decir, fuera del derecho. Dicho de otro modo, el titular del derecho subjetivo tiene un marco o campo perfectamente delimitado por la norma jurídica, dentro del cual actúa legítimamente y que no puede sobrepasar –sea por desviación o exceso– a riesgo de actuar contra o fuera del derecho. Los intereses amparados por la norma de derecho positivo son establecidos por la respectiva potestad en el proceso de gestación jurídica y quedan, por cierto, a merced del proceso interpretativo, en manos de la respectiva autoridad (judicial o administrativa).

Será esta autoridad la llamada a declarar cuándo se han desviado o excedido los referidos intereses.

iv. Por consiguiente, nadie puede abusar de su derecho. Lo que ocurre es diametralmente distinto. Se puede simular o fingir que se ejerce un derecho para satisfacer intereses diversos de aquellos protegidos por la norma, pero, en tal caso, se obra sin derecho, fuera del marco que determina su existencia. Mal puede hablarse, entonces, de “abuso del derecho” cuando éste se halla ausente, siendo falsamente invocado para la consecución de intereses que son ajenos a la protección que brinda el derecho positivo.

v. Es falso, por lo mismo, que los derechos subjetivos que nacen de un contrato, por ejemplo, puedan ser ejercidos abusivamente si el acreedor reclama lo que se le debe, o que el dolo o culpa del que pone en movimiento su derecho sea fuente de responsabilidad civil. El abuso del derecho es un “espejismo”, una creación artificiosa, que se presta para toda suerte de excesos y, especialmente, para erosionar el derecho subjetivo, sometido a toda suerte de restricciones y caracterizado como un “instrumento” destinado a consumir actos inmorales, injustos y antifuncionales.

vi. Conviene precisar que no hay “intereses colectivos” que sirvan para fundar derechos subjetivos de gravitación universal, capaces de condicionar el ejercicio de todos los derechos. Los intereses jurídicamente protegidos son “individuales”, están confiados a la voluntad de cada sujeto de derecho y constituyen la infraestructura del ordenamiento jurídico. Ninguna voluntad puede reclamar la realización de un interés colectivo. Éste sólo puede hallarse en manos del Estado, nunca de los particulares. De otro modo, se confundirían los planos y cada cual se atribuiría el ejercicio de las potestades públicas. Cuando el derecho objetivo delimita el ejercicio del derecho subjetivo a la “moral”, las “buenas costumbres”, el “orden público” o la “seguridad nacional”, dicha referencia está dirigida a un determinado derecho subjetivo que sólo puede poner en movimiento la voluntad de su titular. Distinto es reconocer que la suma de los intereses individuales apunta a la realización del interés colectivo, cuestión que concierne fundamentalmente a quienes ejercen las potestades legislativas. Exigir que un particular ejerza su derecho subjetivo con “sentido solidario” (como lo pretende cierta doctrina), es absurdo, porque ello está referido a una cuestión social con un alto contenido político que sólo puede dilucidar la autoridad como tal. Por lo tanto, es la voluntad la que permite excluir cualquier interés difuso, vago, impreciso o de carácter social y no individual que pueda perturbar el ejercicio del derecho subjetivo.

vii. En definitiva, corresponderá al legislador determinar el marco (intereses jurídicamente protegidos) que justifica la existencia del derecho; y al juez precisar, en cada caso, si quien lo pone en movimiento invoca un interés legítimo

(aquel consagrado en la norma). Esta tarea, en el fondo, equivale a precisar si el derecho existe o no existe. En el primer supuesto el derecho podrá ejercerse libremente para realizar los intereses protegidos, cualquiera que sea la intención de su titular y el daño que se sigue. En el segundo supuesto, no hay abuso, sino ausencia de derecho. De aquí que sea patente la confusión en que se incurre: una cosa es actuar en el ámbito del derecho (cuando se procura realizar los intereses jurídicamente protegidos), y otra, al margen del derecho (cuando se invoca un derecho subjetivo para conseguir la satisfacción de un interés ajeno o que excede aquel garantizado en la norma jurídica).

viii. No están descaminados Jossierand y otros autores que, para calificar el "acto abusivo", acuden a una concepción "finalista" o "funcional" (finalidad social y económica que corresponde a cada derecho), excluyendo la intención del sujeto que pone en movimiento el derecho (concepción subjetivista). El error está en no advertir que la finalidad es "personal" y no social o colectiva (puesto que se confía a la voluntad del sujeto), y que los intereses que se protegen, incentivando su realización, se radican en cada persona individualmente considerada y no en la comunidad. Son los llamados poderes colegisladores los encargados de armonizar los "intereses individuales" con los "intereses colectivos o sociales". Esta materia está constantemente presente en el ejercicio de aquellas potestades y, por cierto, depende de muy diversas opciones políticas. A manera de ejemplo, flexibilizar la relación laboral, concediendo mayores facultades al empleador (derechos subjetivos): ¿favorece o perjudica el interés de la masa laboral? Esta materia sólo puede ser resuelta por quienes son llamados a legislar, no por quienes son titulares de los derechos subjetivos consagrados en la ley.

ix. En el día de hoy la casi totalidad de los derechos son relativos (causados). Sólo por excepción perduran derechos absolutos fruto de la Revolución Francesa. A este respecto cabe recordar que aquella Revolución transformó a cada ciudadano en "soberano en el ámbito de sus derechos". Jossierand explicando este fenómeno dice: *"Este es el concepto del absolutismo de los derechos que ha recibido en Francia un refuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre; el derecho revolucionario está marcado con la huella de un exagerado individualismo; considera al hombre como un fin que se basta a sí mismo más que como un elemento de la comunidad; como individuo más bien que como célula primaria de la sociedad"*.<sup>11</sup> No menos expresivo fue Robespierre cuando dijo: *"El derecho de cada individuo termina donde empieza el derecho de otro"*. Incluso, en el día de hoy, en virtud de la Ley N° 19.947, el derecho de los padres para consentir en el matrimonio de sus hijos menores, en conformidad al artículo

<sup>11</sup> Luis Jossierand. *Derecho Civil*, tomo I, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires. Pág. 153.

107 del Código Civil, se relativizó. Relativizar un derecho significa adscribirlo a una cierta finalidad, lo cual, más simplemente, implica describir con mayor rigor y precisión el interés jurídicamente protegido y marcar con trazos más gruesos sus deslindes. El problema surge cuando, en lugar de precisar los "intereses protegidos", se incorporan expresiones huidizas y ampulosas que confunden o amplían el alcance y dimensión de aquellos intereses.

x. Todas las normas jurídicas incorporadas a los Códigos para consagrar esta teoría, en lugar de facilitar el ejercicio del derecho, lo dificultan. Lo anterior porque se condiciona arbitrariamente el ejercicio del derecho subjetivo, tanto por factores subjetivos (culpa o dolo) como por factores objetivos (funcionalidad), dejándolo a merced de jueces con muy diversas ideologías que lo reconocen o desconocen en desmedro de la seguridad jurídica. Con las armas de que disponen los jueces (para fijar los límites del derecho en función de los intereses jurídicamente protegidos), es posible resolver certeramente este problema sin mayores dificultades.

De lo manifestado se desprende que el concepto de "abuso del derecho" es perfectamente inútil y errado. Él se vuelve contra la intangibilidad del contrato, al condicionar el ejercicio de los derechos subjetivos que emanan del mismo. Además, constituye una falacia destinada a atenuar el principio *pacta sunt servanda*. Todo lo anterior porque se confunden situaciones de hecho (excesivas o desviadas), con situaciones jurídicas (ejercicio de una facultad inherente al interés protegido por el derecho objetivo). Pocas doctrinas han tenido tanto arraigo, muy probablemente porque encierra posiciones y concepciones políticas que, invariablemente, apuntan contra los derechos subjetivos, sus fuentes y su ejercicio. A la inutilidad de esta concepción, habría que agregar un peligro potencial que no puede soslayarse. Para dimensionar, más allá del interés jurídicamente protegido, la órbita sobre la cual gira el derecho subjetivo, es ineludible incorporar al análisis la adhesión de una cierta posición política ideológica. De esta manera, el juez, como quiera que proceda y por bien inspirado que se encuentre, se verá forzado a comprometerse con una determinada concepción política. Por esta vía, entonces, se enturbia la actividad judicial, depositando en la magistratura, en definitiva, la potestad de resolver cuál es el contenido del derecho, pero con una óptica política y no estrictamente jurídica.

Finalmente, debemos admitir que esta teoría es cautivante y muy pocos resisten su atractivo. Así nos ocurrió originalmente, antes de advertir su inspiración y peligros.<sup>12</sup> En la medida que se refuerzan los límites del derecho subjetivo (lo que sólo puede conseguirse definiendo adecuadamente los "intereses prote-

<sup>12</sup> En esta corriente debemos ubicar un antiguo texto nuestro: *De la relatividad jurídica. Crisis del sistema legal y Estatutos Jurídicos Funcionales*. Editorial Jurídica de Chile. 1965.

gidos por el derecho objetivo”), se facilita su aplicación y, paralelamente, se cancelan muchas tentativas por debilitar o desconocer su ejercicio. Una cosa es reforzar los límites del derecho subjetivo, por medio de una clara definición de los intereses amparados por el legislador, y otra, muy distinta, condicionar su ejercicio a la realización de valores vagos, ampulosos, de alta densidad política. Es esto lo que sucede con los autores que predicán las virtudes de la “teoría del abuso del derecho”. Someten el ejercicio de los derechos subjetivos a una prueba de admisibilidad, fundada en la realización de fines y valores como la “solidaridad”, la “moral”, la “justicia”, los “intereses sociales predominantes”, el “bien común”, la “equidad”, etcétera. De esta manera los derechos no sólo se relativizan (en el sentido de quedar subordinados a los “intereses jurídicamente protegidos”), sino que su legítimo ejercicio queda entregado a una apreciación general y difusa que carece de pautas objetivas que excluyan la arbitrariedad. No resulta difícil, en este cuadro, apreciar los peligros que conlleva la aceptación de esta teoría en la forma en que ha sido enunciada.

Muy diferente es el resultado adoptándose la posición que sustentamos. Definiendo con precisión los “intereses jurídicamente protegidos” se consigue reforzar el derecho subjetivo; fijar con rigor sus límites, evitando los abusos que se siguen al obrar al margen del ámbito jurídico; e imponer al tribunal el deber de examinar, en cada caso, si el titular del derecho persigue realizar el interés amparado o se excede al reclamar aquello que no le corresponde. Como puede constatarse, la cuestión es importante y afecta lo que parece medular en campo jurídico.

### 3. “Socialización y ocaso de los derechos subjetivos”

#### A. *La doctrina jurídica*

Se ha sostenido, especialmente en el siglo pasado, que el derecho subjetivo ha hecho crisis. Que esta noción (derecho subjetivo) representa una concepción extrema del individualismo, puesto que confiere a un sujeto un poder sobre otro y sólo en función de sus intereses personales, al margen los intereses de la sociedad y de los más débiles. De aquí los esfuerzos doctrinarios, como el de León Duguit, destinados a transformar los derechos subjetivos en “deberes sociales”, por medio del reconocimiento de “situaciones jurídicas subjetivas”, las que se estarían al aplicar la norma objetiva bajo la égida de la solidaridad social. De esta forma, lo que llamamos derecho subjetivo adviene en un “deber social”. Estas ideas no han tenido reconocimiento ni proyección en la legislación ni en la jurisprudencia.<sup>13</sup> Lo que los autores se resisten a admitir

<sup>13</sup> Duguit niega la existencia de los derechos subjetivos. A este respecto dice: “Estimo que individuo y colectividad carecen de derechos; pero los primeros en su calidad de entes sociales deberán acatar la regla social; un acto que quiebre esta regla traerá necesariamente una reacción, diversa en el tiempo

es el hecho de que al establecerse los “intereses jurídicamente protegidos” (siempre en el plano individual), se construye la infraestructura de un sistema de derecho, porque todos ellos apuntan a la realización de un mismo fin, el cual sólo puede alcanzarse en la medida en que todos ellos sean reconocidos y realizados. De aquí emana, creemos nosotros, la facilidad con que se alude al “interés social”, sin advertir que éste no es más que la suma de los “intereses individuales jurídicamente protegidos”.

Más acertada nos parece la tesis sostenida por François Géný, quien distingue lo que pertenece a la “ciencia jurídica” y lo que pertenece a la “técnica jurídica”. La primera es denominada “*le donné*” (aquello que es consustancia al derecho); la segunda es denominada “*le construit*” (lo meramente artificial en el derecho). El derecho subjetivo no es más que una manifestación de la “técnica jurídica”, por lo mismo, no es un elemento esencial del derecho, pudiendo evolucionar y desaparecer, siempre que sea sustituido por otro concepto equivalente y más eficiente. La vigencia de esta construcción jurídica deriva de que, por el momento, no se ha descubierto un sustituto capaz de reemplazarlo. Géný postula que el objetivo fundamental del derecho es el acercamiento entre el ideal de justicia y la vida social. Sólo cuando este propósito se haya alcanzado, podrá desaparecer el concepto de “derecho subjetivo”, pero, por ahora, éste presta una enorme utilidad. Desde esta óptica, los derechos subjetivos constituyen un mero “instrumento” de la técnica jurídica, susceptible de eliminarse en la medida que la ciencia jurídica evolucione y se vayan creando nuevos recursos para alcanzar sus fines.

A nuestro juicio, la cuestión referida gira hoy sobre un eje distinto. En efecto, la inmensa mayoría de los derechos subjetivos se han relativizado, vale decir, se han reforzado sus límites, circunscribiéndolos a la realización de un determinado fin, lo cual ha permitido restringir su ejercicio sólo en función de los intereses protegidos por el derecho objetivo. Esta, nos parece, es la recta doctrina. Don Arturo Alessandri Rodríguez dijo a este respecto “*El absolutismo jurídico llega a sacrificar el interés social al individual en nombre de una libertad mal entendida, está en franca decadencia. Es además jurídicamente inaceptable. Es cierto que los derechos son facultades que la ley otorga al individuo; pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines. El objeto de la ley no es tanto reconocer o resguardar la libertad humana como asegurar el orden social, permitir la convivencia en sociedad. Para lograrlo, confiere esas facultades a sus miembros como un medio de que puedan desarrollar sus actividades y satisfacer sus necesidades; pero dentro de los fines para los que ellas han sido creadas*”.<sup>14</sup>

---

y en el espacio, así como los actos que acomodan su existencia a la norma, tendrán una sanción, variable en función de la época y el lugar”. León Duguit. *Le droit social, individuel et la transformation de l'Etat*. Pág. 12.

<sup>14</sup> Arturo Alessandri Rodríguez. Obra citada. Pág. 252.

Como quiera que se analice este tema, se llegará a la conclusión de que, en cuanto a su estructura jurídica, los derechos subjetivos tienen un fundamento político que sólo puede variar cuando surja otra concepción política que reemplaze la actual. De allí que hayamos afirmado que *“todo lo que se diga soslayando este requerimiento es tiempo perdido y no pasa de ser una expresión sonora de ideales bien inspirados, pero sin proyecto de ejecución”*. No puede preterirse la circunstancia de que los derechos subjetivos son un *“instrumento”* en manos del legislador, para alentar o desalentar conductas sociales en aras de la realización de determinados intereses, fines y valores (aquellos amparados por el derecho objetivo). Por lo mismo, los derechos subjetivos son una manifestación insustituible en el funcionamiento y estabilidad del derecho. No se conoce aún otra concepción jurídica capaz de reemplazarlos, sin afectar la libertad y las atribuciones de los particulares para asumir deberes y obligaciones en razón de objetivos e intereses amparados y reconocidos por el derecho objetivo. Tenemos, por ende, la convicción de que esta concepción conforma un elemento esencial en la estructura y el funcionamiento del sistema jurídico.

### **B. Nuestra posición**

Nosotros estimamos que los derechos subjetivos son elementos esenciales en el sistema jurídico y que sería un retroceso desconocer su importancia para ampliar la libertad de los individuos en la vida social. Nuestra defensa de los derechos subjetivos se funda principalmente en las siguientes razones:

1. Los regímenes totalitarios han pretendido invariablemente aplastar los derechos subjetivos (tanto los patrimoniales como los extrapatrimoniales). En la larga lucha del hombre en defensa de la libertad esta estructura jurídica ha jugado un papel fundamental. No existe ningún intento totalitario que no haya comenzado aboliendo los derechos subjetivos, por medio de la transferencia al Estado de todo tipo de facultades, o condicionando su ejercicio a ciertos objetivos políticos (*“los altos intereses del Estado”, “los fines superiores de la revolución o del partido”, la “formación del hombre nuevo”, etcétera*). De aquí que un autor haya manifestado que *“las doctrinas individualistas han sido un poderoso agente en la lucha contra el despotismo”*. Por consiguiente, esta aseveración ha contribuido poderosamente a reforzar la concepción libertaria del hombre y erradicar las tiranías que lo han sojuzgado.

2. Los derechos subjetivos, si bien confieren un poder a la voluntad del pretensor (acreedor), se fundan en intereses que están protegidos por el derecho objetivo. Esto significa que son las potestades públicas (creadoras del derecho objetivo) las que definen y caracterizan aquellos *“intereses”*. De la misma manera, pueden los particulares crear derechos subjetivos (autonomía privada), pero ello ocurre en un marco jurídico preestablecido por el sistema normativo que confiere o priva de validez a la voluntad de los imperados. No cabe, entonces, objetar los

“intereses protegidos”, porque ellos son definidos, delimitados y reconocidos por el mismo Estado, a través de las potestades que se constituyen por medio de la voluntad ciudadana (artículo 5° de la Constitución Política de la República, en virtud del cual la soberanía reside en la Nación, pero su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de las elecciones periódicas y también en las autoridades que establece la Constitución).

3. Si los derechos subjetivos se fundan en “intereses” protegidos por el derecho objetivo, ello implica que será el legislador quien, directa o indirectamente, reconocerá dichos intereses y hará posible su realización. Desde esta perspectiva, como se dijo, el derecho subjetivo pasa a ser un instrumento de política legislativa y la forma más eficiente de lograr determinados fines. No cabe, entonces, desvincularlos tan abruptamente de los fines sociales, como si hubiere una oposición radical e irreconciliable entre derecho subjetivo e interés social. A la inversa, la naturaleza de aquéllos revela lo contrario. Un derecho subjetivo no puede ser sino expresión de un interés social superior, sea porque ha sido instituido por el legislador, sea porque se han creado por los imperados en el marco de un estatuto que excluye su perversidad.

4. La “solidaridad social” puede ser un fin de la norma jurídica y es conveniente estimularla por los más diversos medios, disponiendo conductas encaminadas a hacerla posible. Pero el derecho es incapaz, por definición, de imponerla en el fuero interno de cada individuo (el derecho es heterónomo). En otros términos, la ley puede alentar el cumplimiento de objetivos y políticas **concretas y específicas** que tiendan a lograr la solidaridad, pero no podrá jamás condicionar el ejercicio de una facultad conferida –reconocida por el derecho objetivo– a la realización in abstracto de dicha solidaridad. El derecho subjetivo está subordinado a un interés particular (que sólo concierne a su titular), no a un interés social o colectivo, sin perjuicio de que la suma de dichos intereses particulares pueda representar un fin social. De no aceptarse esta premisa, sometiendo al derecho subjetivo a un fin social o colectivo difuso, se suscitará un conflicto, debiendo el juez, en definitiva, en cada caso, legitimar o deslegitimar el ejercicio del derecho. Inevitablemente, con ello se incrementará la litigiosidad y, lo que nos parece más grave, se adscribirá al tribunal a un proyecto o ideología política determinada. De aquí que hayamos insistido en que un derecho se tiene o no se tiene, lo cual puede precisarse deslindando los intereses protegidos, todos los cuales podrán realizarse legítimamente cualquiera que sea el daño que con ello se cause.

5. Conceptos tales como “solidaridad social”, “humanización de las relaciones jurídicas” o “repudio al individualismo materialista”, son tan amplios y huidizos que es posible, en una misma situación, entenderlos de manera diametralmente distinta. ¿Es solidario, por ejemplo, excusar al deudor moroso del cumplimiento de una obligación? La respuesta, a priori, sería positiva. ¿Pero cómo repercute

aquella renuncia en la solvencia del acreedor y el cumplimiento de sus propias obligaciones, muchas de las cuales podrían ser, incluso, asistenciales? ¿Sería solidario transferir todos los bienes de producción al Estado para evitar que los trabajadores pudieran ser explotados por sus empleadores? No faltará quien responda, de inmediato, afirmativamente. ¿Pero no se lesiona con ello la eficiencia productiva, se empobrece a los trabajadores, se alienta el despotismo y se pone en manos de una "clase dorada" la escasa riqueza subsistente? Los ejemplos señalados tienen por objeto demostrar que los conceptos mencionados ("solidaridad social", "humanización de las relaciones jurídicas" o "repudio al individualismo materialista") son esencialmente políticos, entrañan un compromiso de cada individuo con su posición ideológica y no resisten un juicio normativo severo. En nuestro libro sobre el "abuso del derecho", manifestamos, a propósito de esta contradicción, que "la tragedia del derecho, aun cuando ello resulte paradójico, se produce por el debilitamiento de los derechos subjetivos y su pretendida dilución en la atmósfera social, a pretexto de la conquista de la solidaridad y la equidad".

6. Para debilitar los derechos subjetivos se han planteado una serie de concepciones (el abuso del derecho, el dirigismo contractual, las condiciones generales de contratación, la defensa del deudor como parte más débil, el efecto retroactivo de la ley, etcétera). Todas ellas han operado como "caballos de Troya" para invadir el campo de la libertad contractual y la autonomía privada y, en cierta medida, lo han conseguido, en desmedro de los intereses generales. He aquí la gran contradicción...

7. En el día de hoy, todos admiten que los derechos subjetivos están limitados por los derechos esenciales que "emanan de la naturaleza humana" (al decir de nuestra Constitución). Aun cuando nosotros estimamos que ningún derecho "emana de la naturaleza humana", sino de las fuentes formales establecidas en el sistema normativo (pudiendo la "naturaleza humana" ser una fuente material de rango superior, atendido el nivel cultura de nuestra sociedad), es indudable que los llamados derechos esenciales, primordialmente reconocidos por nuestra Carta Política Fundamental, constituyen la salvaguarda más eficiente contra cualquier exceso y disfunción que pueda atribuirse al ejercicio del derecho subjetivo. Al resguardo que representa la determinación del "interés protegido" debe agregarse, aún, la existencia de "intereses superiores", estables y prefijados en la Constitución, que no puede ni siquiera el legislador sobrepasar.

8. El derecho subjetivo constituye un acicate poderoso para el progreso económico y social. Todos los individuos se mueven en función de sus "intereses" (cualesquiera sean éstos, patrimoniales o extrapatrimoniales). Sería absurdo pretender movilizarlos en razón de aquello que se juzga negativo o se repudia o se rechaza. Por lo mismo, para conseguir que el sistema jurídico sea espontáneamente acatado (lo cual constituye uno de los presupuestos del "Estado

de Derecho”), deben el Legislador, la Administración y la Judicatura seleccionar los intereses “jurídicamente protegidos”, permitiendo que éstos puedan realizarse en el contexto en que fueron reconocidos. Este procedimiento alienta el progreso y la actividad productiva, incrementa la riqueza y genera mejores relaciones en el plano social. Mucho se ha debatido sobre el “afán de lucro” o deseo de conseguir un provecho patrimonial. No nos cabe duda que éste es el gran motor de la actividad productiva y lo que moviliza a todos quienes intervienen en el proceso económico. Por consiguiente, el derecho debe reforzar esta motivación, sin perjuicio de otras más altruistas y generosas.

9. Nadie podría negar la importancia que para la comunidad tiene el derecho de propiedad. Está empíricamente comprobado que aquellas sociedades en que se desconoce o es abolido el derecho de dominio retroceden considerablemente en todos los planos. El dominio –al igual que los otros derechos reales– es, sin duda, el más amplio en lo tocante a la determinación del sujeto pasivo. Las facultades que ellos otorgan no interfieren el progreso de la sociedad, tanto más habida consideración de los resguardos –a veces excesivos– que se han adoptado para condicionar su ejercicio a los intereses tutelados.

10. Para nosotros, la circunstancia de que los derechos subjetivos puedan ser creados por los particulares en ejercicio de la “autonomía privada”, constituye una ventaja apreciable que amplía considerablemente la libertad individual. Es innegable que el derecho es más perfecto en la medida que cada sujeto puede darse, o al menos participar, en la creación del derecho que lo afecta (como se dijo en la primera parte de este trabajo, las “reglas” que singularizan el mandato normativo se elaboran con participación real o virtual del sujeto al cual alcanzan). Este procedimiento –que representa un avance considerable en la concepción y funcionamiento del sistema jurídico– sólo pudo lograrse reconociendo la existencia, importancia y papel que juegan los derechos subjetivos como facultades otorgadas para la realización de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo.

11. Finalmente, digamos que el concepto y alcance de la “seguridad jurídica” gira en torno a los derechos subjetivos. Su reconocimiento y ejercicio es lo que determina, en definitiva, la certeza que una persona puede abrigar de que la norma jurídica se respetará, incluso por medio del poder coercitivo del Estado.

En suma, tras los derechos subjetivos se esconde toda una concepción libertaria que se debilita en la medida que se condicione su ejercicio a factores extrajurídicos.

Parece oportuno destacar un hecho que no se ha considerado con el cuidado que amerita. Los derechos subjetivos consagrados en la ley o creados al amparo

de la "autonomía privada", en su conjunto, describen un cierto **modelo político social** que gravita en todo el ordenamiento jurídico. Tras estas facultades subyace, entonces, una concepción definida, la cual se concreta en la medida que se pone en movimiento "el poder de la voluntad" para alcanzar la realización de determinados intereses. Dicho de otra manera, creemos advertir que la protección que se brinda a determinados intereses (lo que permite que se realicen aun a costa de medios coercitivos) no es un hecho inocuo, sino que se inserta en un proyecto global que está conformado por el ejercicio de los derechos subjetivos. En la sociedad sólo pueden imponerse por medio de la fuerza (coercitivamente) aquellos intereses que se hallen protegidos por el derecho objetivo y todos ellos corresponden o forman parte de un definido modelo social. No es dable imaginar que la protección de los intereses que recoge el derecho genere un proyecto social contradictorio, caótico o desarticulado. Si lo que afirmamos es efectivo, como lo demuestran los hechos, ello implica que el ejercicio de un derecho subjetivo cumple una doble función: protege los intereses del titular de aquella facultad y, simultáneamente, los intereses de la sociedad, toda vez que con ellos se construye el modelo a que aspira el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es falaz afirmar que el derecho subjetivo puede representar un arma destinada a exacerbar un individualismo extremo ajeno a la justicia, la solidaridad y la equidad en las relaciones sociales.

Los señalado en el párrafo anterior está estrechamente relacionado con el contenido axiológico del derecho (los intereses amparados son escogidos por representar "preferencias" que se quieren alcanzar en el orden social). Como es sabido, esta rama de las ciencias jurídicas ha planteado una serie de situaciones, que calificamos de **fenómeno principal**, tales como la "plasticidad axiológica", la "aberración axiológica" y "la subordinación axiológica" del derecho; en tanto otras situaciones, más bien, deberían ser consideradas como "**fenómeno de tensión**". En esta última categoría se habla de "categorización", "prevalencia", "obsolescencia" y "complementariedad".<sup>15</sup> Aun cuando no corresponda a este trabajo precisar cada uno de estos conceptos, sí que interesa destacar que todos ellos tienden a un mismo fin: encontrar la forma de armonizar el contenido valórico del derecho, de modo que no existan en él contradicciones o antinomias. Si se tiene en consideración que los "intereses jurídicamente protegidos" son definidos en función de los valores que inspiran la tarea de cada potestad, se llegará a la necesaria conclusión de que aquellos intereses no son más que la expresión de la voluntad axiológica del llamado a

<sup>15</sup> Esta materia ha sido tratada en nuestro libro *Sobre el origen, el funcionamiento y contenido valórico del derecho*, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Año 2006. En dicho texto se define cada una de las situaciones que comprende el "fenómeno principal" y cada una de las situaciones que comprende el "fenómeno de tensión". De la forma en que se resuelven estas situaciones depende la coherencia axiológica del sistema jurídico.

generar el derecho objetivo. Este planteamiento reafirma nuestra opinión en el sentido de que tras el ordenamiento jurídico positivo subyace un determinado modelo político social y que en su infraestructura éste se concreta por medio del ejercicio de los derechos subjetivos. De lo manifestado se desprende que los derechos subjetivos tienen una especial significación, no sólo en la construcción del ordenamiento jurídico, sino en su funcionamiento y el cumplimiento de sus fines superiores.

#### 4. La decadencia del contrato

##### A. *La doctrina jurídica*

Alguna doctrina jurídica sostiene que el contrato (en la forma en que se halla regulado en los códigos decimonónicos) representa una estructura tradicional que está en franca decadencia. Fundan esta premisa en el hecho de que las nuevas formas de vinculación contractual, tales como la contratación masiva, los contratos perfeccionados a través de sistemas electrónicos, las condiciones generales de contratación, las nuevas leyes sobre protección del consumidor, la defensa de la libre competencia, la prueba documental, etcétera, han dejado atrás la concepción tradicional consignada en nuestros códigos.<sup>16</sup> El consentimiento, en el día de hoy, se forma sobre supuestos y bases distintos de aquellos que se contienen en las leyes tradicionales (como ocurre con las disposiciones del Código de Comercio Título I Párrafo 1). En este momento imperan, por lo general, otras normas que son propias de un mercado masificado y tecnológico. Desde otro punto de vista, todo hace prever que en el futuro inmediato seguirán evolucionando los principios que informan la contratación, imponiéndose nuevos sistemas que no guardan relación con aquellos que regían en el siglo XX.

Nadie –se afirma– puede negar que la forma de manifestar la voluntad excede largamente las disposiciones de nuestro Código de Comercio, que muchos contratos se perfeccionan mediante dispositivos electrónicos y que los efectos de los mismos (lo más importante) no siguen tampoco los principios tradicionales enunciados en nuestras leyes. Para formarse una idea cabal de lo que señalamos, basta con atender a los “derechos derivados de la contratación masiva” a que se refiere el párrafo sobre “la ley y la conmutatividad” del presente trabajo.

A lo anterior debe agregarse, aún, que han surgido renovadas formas de contratación comercial, que obedecen a las nuevas necesidades de un mercado globalizado, todas las cuales van haciendo desaparecer las otrora cerradas

<sup>16</sup> Sobre esta materia nos parece de especial importancia la obra de Ruperto Pinochet Olave *De-recho Civil y nuevas tecnologías. La formación del consentimiento electrónico*. LexisNexis. Año 2007.

fronteras nacionales. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con el “corretaje internacional”, “la representación comercial”, “la agencia”, “la concesión, distribución o *franchising*”, el contrato de “suministro”, el contrato de “*leasing*”, el contrato de “traspaso de tecnología” (licencia o *royalty* sobre *know how*), el contrato de “apertura de crédito”, los contratos de “*underwriting*”, “*factoring*”, “*forfeiting*”, “*engineering*”, “*outsourcing* informático”, etcétera.<sup>17</sup> Todo hace presumir que éstas y otras formas de contratación se incorporarán a nuestras leyes y nuestras prácticas comerciales en la medida que se amplíe el desarrollo informático y consolide el fenómeno de la globalización económica.

Dos cuestiones plantea esta materia: la primera consiste en determinar si los principios incorporados a nuestra legislación cubren estas renovadas formas de contratación; la segunda, a su vez, en definir si se requiere de una nueva “teoría general del contrato” que abarque las actuales tendencias. Para quienes afirman la decadencia del contrato tradicional, los principios incorporados a los códigos decimonónicos son insuficientes, dejando al margen de una adecuada regulación muchas de las modernas manifestaciones contractuales. Asimismo, se haría urgente reformular la “teoría general del contrato” para actualizar sus elementos y sus efectos.

Lo que nadie puede negar, frente a la realidad que estamos viviendo, es la creciente injerencia del derecho anglosajón en las naciones que adoptaron el sistema jurídico romano continental. La mayor parte de las nuevas formas de contratación está ligada a aquella experiencia, lo cual no parece extraño si se considera que la “globalización”, en cierta medida, es dominada o, a lo menos, determinantemente influida por los mercados de las grandes potencias económicas del hemisferio norte, sin perjuicio de la creciente participación de las economías asiáticas. En nuestra región se ha debido adaptar el derecho contractual a las exigencias de quienes detentan un mayor grado de poder económico. Esa y no otra es la razón de lo que bien podría considerarse una penetración del derecho anglosajón en el derecho interno de nuestras naciones.

### **B. Nuestra posición**

No creemos nosotros que los principios que informan el derecho contractual se encuentren obsoletos y requieran de una urgente rectificación o sustitución. Es posible que ellos no recojan en detalle la realidad contemporánea y que el escenario en que se desarrolla la actividad contractual y productiva haya cambiado por efecto de la “globalización”. Es igualmente posible que los tra-

<sup>17</sup> Acerca de las nuevas formas de contratación comercial y la nuevas operaciones mercantiles, puede consultarse la obra de Álvaro Puelma Accorsi *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1992, y la obra de Ricardo Sandoval López *Nuevas Operaciones Mercantiles*. LexisNexis. Quinta Edición. Año 2004.

tados comerciales, materia en la cual Chile ha sido pionero, hayan incorporado al derecho interno normas diversas de aquellas contenidas en la legislación tradicional. Pero no se observa una contradicción manifiesta entre los viejos principios, contemplados de preferencia en los Códigos Civil y de Comercio, y los nuevos principios enunciados en la legislación internacional, algunas leyes internas especiales o las disposiciones contenidas en los contratos modernos.

Si, como puede demostrarse, no existen contradicciones radicales entre una y otra cosa, sólo cabe formular nuevos principios que contribuyan a enriquecer o complementar aquellos que estimamos tradicionales y que, en cierta medida, han configurado nuestra cultura jurídica. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con el principio *pacta sunt servanda* que motiva este trabajo. Este principio es recepcionado por el derecho anglosajón, aun cuando con excepciones y matices. Lo anterior por efecto del sentido pragmático y la función que cabe al juez en el derecho consuetudinario, lo cual permite, con cierta facilidad, revisar las condiciones de un contrato. El debilitamiento de este principio radica, entonces, en características ancestrales del derecho anglosajón, razón por la cual no puede hablarse con propiedad de "debilitamiento", puesto que ello supone un proceso o cambio progresivo.

No es desdeñable la circunstancia de que el futuro demande un esfuerzo por armonizar los diversos ordenamientos jurídicos, cuestión que, por lo demás, se irá produciendo en forma gradual y sin violentar sus bases de sustentación. Lo que señalamos será inducido por la inevitable presión que genera la "internacionalización" de las relaciones jurídicas (particularmente en el campo comercial), gracias, entre otros factores, al portentoso desarrollo de la tecnología moderna. Este fenómeno ya lo vivió Europa, empeñada, en la actualidad, en una unificación política, que parece ser el paso siguiente a la unificación económica. Su experiencia y los escollos que debió despejar hacen valiosos un examen y una observación cuidadosa de aquel fenómeno.

En síntesis, no advertimos un debilitamiento de los principios que informan nuestro derecho contractual. Todos ellos siguen gravitando, sin perjuicio de la incorporación de otros principios que complementan y enriquecen la normativa tradicional. No advertimos, tampoco, una decadencia del contrato, como se ha sostenido. Por el contrario, principios como el de la buena fe, la intangibilidad, la conmutatividad, el efecto relativo, la consensualidad, la prueba, etcétera, siguen perfectamente vigentes y son admitidos sin resistencia por todas las legislaciones, sin excepción, aun cuando con matices y particularidades. Por ende, mal se puede impugnar el principio *pacta sunt servanda* bajo la premisa de que la noción de contrato está en decadencia. Las correcciones que introducen el "dirigismo contractual" o las "condiciones generales de contratación" o la "defensa de la conmutatividad", no son más que eso, "correcciones" que se

exigen para mantener la intangibilidad del contrato, como consecuencia de la masificación de los mercados y la globalización del comercio mundial.

Un ejemplo puede graficar con precisión nuestra opinión. Si se examina la "Convención de la Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", especialmente en lo que dice relación con la Parte II sobre "Formación del Contrato" (artículos 14 y siguientes), se llegará a la conclusión de que no existe contradicción alguna entre las normas que informan nuestro Código de Comercio y dicha convención, aun cuando, como es obvio, el instrumento internacional extiende la regulación más acuciosamente a una serie de situaciones no previstas en la ley interna. Pero nadie podría sostener una contradicción insalvable entre ambos instrumentos jurídicos. Es más, podría afirmarse que muchos de los principios que operan en dicha convención internacional corresponden a los que tradicionalmente han informado nuestra legislación. Es posible ejemplificar nuestro aserto con varias otras convenciones y leyes especiales (Por ejemplo, sobre arbitraje internacional y cumplimiento de las sentencias extranjeras en Chile). De lo afirmado se infiere, entonces, que la legislación tradicional no constituye una rémora para la renovación del derecho y que su adaptación a las nuevas exigencias es una tarea que puede y debe realizarse sin mayores tropiezos. Por lo tanto, es exagerado hablar de la decadencia del contrato. Puede hablarse de modernización, actualización o adaptación del contrato al fenómeno de la globalización y las nuevas oportunidades tecnológicas. Pero de manera alguna de una supuesta "decadencia" contractual.

## **5. Nuevas formas de vinculación jurídica**

### ***A. Doctrina jurídica***

La doctrina jurídica ha planeado la aparición y extensión de nuevas formas de vinculación jurídica que sobrepasan la relación contractual. Se trata de disposiciones legales que adscriben al sujeto a un sistema jurídico particular, sin que ello tenga origen en el consentimiento (elemento esencial en la relación contractual).

De la manera señalada, por ejemplo, es posible incorporar a un trabajador a un sistema previsional (como sucede en Chile de acuerdo al Decreto Ley N° 3.500, que se analizará más adelante, y que determina la afiliación automática del trabajador al sistema por el solo hecho de incorporarse al proceso productor o realizar las cotizaciones previsionales dispuestas en la ley), sin que sea necesaria la celebración de un contrato o la expresión de voluntad por parte del órgano obligado a administrar los recursos y beneficios subsecuentes. Lo propio puede decirse de las relaciones destinadas a la producción de prestaciones de salud

o de carácter educacional. Tradicionalmente, estas relaciones estaban reguladas desde una perspectiva contractual y se fundaban en el concurso real de voluntades de las personas o entes ligados por la relación. De alguna manera, se ha esquivado el estatuto contractual y se ha establecido una nueva forma de relación jurídica.

Se argumenta que la ventaja de esta nueva forma de vinculación radica en el énfasis social y altruista que inspira la ejecución de las prestaciones a que da lugar el sistema. Podría decirse, sin exagerar, que es este un renovado impulso por hacer realidad la pretensión de Düguít, empeñado en transformar los derechos subjetivos en "deberes sociales". Sus seguidores tienen aquí una buena trinchera desde la cual combatir por sus ideales.

No faltan quienes condenan el "afán de lucro" como la raíz causal de las obligaciones que se asumen. Parte de la doctrina, con un fuerte contenido ideológico, aspira a erradicar este interés, especialmente en lo que dice relación con ciertas actividades y servicios que se consideran esenciales para la conformación de una sociedad justa e igualitaria. No se repara, sin embargo, en que desconocer la fuerza que desencadena el "afán de lucro" conlleva, paralela e irremediamente, una pérdida de la eficiencia, lo cual se vuelve contra los acreedores de bienes y servicios. El "afán de lucro" nace de lo más profundo de la naturaleza humana. Puede sublimarse, gracias a ideologías o credos religiosos, pero, desgraciadamente, no es lo que más abunda ni puede exigirse coercitivamente su superación. Este parece ser uno de los errores que sufren a menudo nuestros gobernantes cuando se enfrentan a exigencias productivas o la regulación de ciertos servicios o actividades económicas.

No puede negarse que en este "nuevo" tipo de relaciones jurídicas, el principio *pacta sunt servanda* carece de proyección e importancia. La relación es producida automáticamente, de pleno derecho, al cumplirse determinados presupuestos consagrados en la ley; los efectos de la relación están regulados al margen de la voluntad de las partes; su extinción se halla prevista también en la ley; y no cabe a la voluntad del sujeto incorporado a dicha relación intervención significativa, sino en cuestiones muy secundarias que no inciden en las prestaciones principales (así, por ejemplo, el trabajador podrá escoger una Administradora de Fondos de Pensiones, o un determinado fondo de inversión para sus recursos previsionales).

De lo señalado podría deducirse, reafirmando lo sostenido con antelación, que efectivamente el principio de la "autonomía privada", fundamento y sustento último del principio *pacta sunt servanda*, se encuentra en decadencia y que irá siendo sustituido por otro tipo de relaciones jurídicas. Lo anterior cobra mayor importancia si se considera que este tipo de vinculación jurídica se ha concebido para las prestaciones socialmente más relevantes (por ahora previsión social y

salud), lo que sería claramente indicativo de que se trata de dar a las relaciones más importantes una nueva estructura jurídica, en desmedro de la voluntad de los usuarios y de los principios que rigen nuestro derecho contractual. La mayor parte de las reformas programadas, particularmente en el campo laboral y político, tienden a imponer al sujeto ciertas relaciones, aun contra su voluntad. Así ocurre con la pertenencia del trabajador a una organización sindical (hasta hoy voluntaria) y con la incorporación de un ciudadano al padrón electoral (hasta este momento también voluntaria). La tendencia es clara. No se busca el consentimiento, sino que se opta por la imposición.

### **B. Nuestra posición**

Creemos que las afirmaciones que preceden constituyen una falacia o, más precisamente, se basan en un espejismo. Lo que se descubre como una nueva forma de relación jurídica no es más que la manifestación o creación de obligaciones “legales”, esto es, dispuestas directamente por el legislador a través de la ley. Existen algunas materias que revisten especial importancia social. Tal sucede con los ejemplos antes invocados (sistemas previsionales, de salud, de educación y vivienda básica). Atendida su naturaleza e importancia y en el entendido de que ellas no podían quedar al solo arbitrio de la voluntad individual, se optó por encuadrarlas en un régimen legal más o menos riguroso. Sin embargo, de estas relaciones nacen “derecho subjetivos”, amparados constitucionalmente. Por lo mismo, no puede el prestatario del servicio negarlo arbitrariamente, ni desafiliar al beneficiario, ni introducir modificaciones que afecten derechos adquiridos con efecto retroactivo, etcétera. No hay, entonces, más que una regulación legal que no excluye los principios fundamentales del derecho contractual, pero que se basa en la ley, en resguardo de intereses sociales de especial significación.

Incluso más, en algunos aspectos –secundarios es cierto– prevalece la “autonomía privada”, como ocurre con la elección de una Isapre (Institución de Salud Previsional) o una AFP (Administradora de Fondos de Pensiones). Nótese que tampoco son estos sistemas excluyentes, ya que, en ciertos casos, puede libremente escogerse otro alternativo (Fondo Nacional de Salud –Fonasa– o Instituto de Normalización Provisional –INP). Es más, en el ámbito orgánico interno del sistema prevalecen plenamente los principios del contractualismo clásico (contratos con establecimientos médicos, inversiones de fondos en los mercados bursátiles, contratación de seguros de vida, etcétera).

En consecuencia, no nos hallamos ante una nueva modalidad invasiva de relaciones jurídicas, destinada a sustituir la “autonomía privada” y el principio *pacta sunt servanda*, sino ante la imposición de “sistemas jurídicos particulares” relativos a materias de especial sensibilidad social. Pudo haberse optado por el “dirigismo contractual” y el “contrato forzoso”, ya reconocido y aplicado en

nuestro Código Civil, pero se prefirió un régimen de incorporación automática al sistema para evitar marginaciones arbitrarias, por prestaciones legales descritas pormenorizadamente en la norma jurídica, y por una regulación legal más estricta de los derechos y obligaciones de los sujetos vinculados. Es dable sostener, por consiguiente, que en esta modalidad no hay nada diferente, al menos en cuanto a sus principales efectos, de aquellas situaciones que se generan al amparo de tendencias tan tradicionales como el “dirigismo contractual” o el “contrato forzoso”.

Descartamos, por las razones indicadas, que haya aparecido una nueva forma de relacionarse jurídicamente, llamada a sustituir la de carácter contractual, y que ello revele una decadencia de los principios contractuales tradicionales. Por el contrario, creemos ver una reafirmación de aquellos principios en la medida que los sistemas aludidos mantienen, tanto en la administración interna de la relación, como en sus efectos, rasgos propios del contractualismo clásico.

Hasta aquí el análisis de las razones invocadas con mayor frecuencia para debilitar el principio *pacta sunt servanda*, que sigue siendo, a juicio nuestro, uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico.

## **V. Fortalecimiento del principio *pacta sunt servanda***

Para examinar el fortalecimiento del principio *pacta sunt servanda*, basta con remitirse sumariamente a cinco razones jurídicas que constituyen, por así decirlo, pilares del sistema jurídico chileno. Ninguno de ellos podrá ser removido, sino a través del desconocimiento de normas e instituciones fundamentales. Cada una de estas razones neutraliza, a lo menos, las cinco críticas que se invocan en lo precedente. La fuerza de este principio es tal que, a partir de la Carta Política de 1980, tiene un reconocimiento especial de carácter constitucional, lo cual, sin duda, es la máxima garantía que puede brindar el ordenamiento a una institución jurídica. Asimismo, se asimilan los efectos del contrato, sin perder de vista su carácter relativo, con los efectos de la ley; una serie de correctivos (que se analizarán más adelante) se encargan de velar por la conmutatividad de las relaciones contractuales, excluyendo situaciones que pudieran considerarse injustas; se exige para la celebración y perfeccionamiento del contrato el cumplimiento de requisitos que aseguren su transparencia y validez; finalmente, el principio *pacta sunt servanda* es presupuesto necesario de la seguridad jurídica, sin la cual el “estado de derecho” perdería uno de sus más significativos atributos. No resulta difícil, ante este esquema, comprender de qué manera la intangibilidad del contrato gravita en los rasgos esenciales del derecho contractual.

## 1. Reconocimiento y protección constitucional de los derechos subjetivos

Sin duda, es la Constitución Política de la República la que brinda mayor protección a los derechos subjetivos. Entre los derechos garantizados en la Carta Política Fundamental se encuentra el “dominio o propiedad” (un derecho subjetivo real). Interesa destacar, muy especialmente, el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce la existencia de “derechos sobre derechos”, vale decir, el titular de un derecho subjetivo es “propietario” de sus derechos, quedando éste resguardado por la garantía constitucional. Lo que se señala no tiene nada de nuevo, si se considera que el propio Andrés Bello lo reconoce en el artículo 583 del Código Civil, cuando dice que: “Sobre las cosas incorpóreas (los meros derechos) hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario (titular del derecho real de usufructo) tiene la propiedad de derecho de usufructo”.

El artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980 dispone que *“La Constitución asegura a todas las personas: 24° El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorpóreas”*.

Como puede comprobarse, queda resguardado el dominio sobre toda suerte de objetos (muebles e inmuebles) y de derechos (reales y personales). El titular de un derecho subjetivo es “dueño” de su derecho y, como tal, está amparado por el mandato constitucional. Nuestra Carta Política agrega: *“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”*. Consecuencia de lo anterior es el mandato de que *“nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”*.

Esta garantía constitucional, como todas las otras enumeradas en el artículo 19, debe interpretarse en conformidad al mismo artículo 19 N° 26 (que ha establecido la llamada “garantía de las garantías”). De acuerdo a él, se asegura a todas las personas: *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrá afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*. Es evidente el extremo cuidado que puso nuestro constituyente a la hora de limitar las potestades de los poderes colegisladores. Luego de una larga tradición que alentaba el uso de los llamados “resquicios legales”, era necesario

poner atajo a aquellos abusos, razón por la cual fue necesario consagrar una garantía excepcional que frenara la burla de los derechos fundamentales con diversos pretextos o ingeniosos recursos. La solución no es sólo útil, sino de la más alta jerarquía jurídica y una forma efectiva de evitar abusos y formalismos empleados con torcidos propósitos.

De la manera indicada, queda establecido el "estatuto constitucional del dominio" y amparada de la misma manera la propiedad sobre las cosas corporales y los meros derechos.

Nuestra jurisprudencia ha sancionado, incluso, la limitación impuesta en la ley a los atributos o facultades esenciales del dominio en cualquier tiempo y circunstancia. A este respecto, cabe observar lo prevenido en el artículo 45 de la Constitución, que, refiriéndose a las restricciones que los "estados de excepción" (de asamblea, de sitio, de catástrofe o de emergencia) imponen al derecho de dominio, prescribe: *"Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño"*. Como es lógico, si estas reparaciones indemnizatorias son procedentes durante el tiempo que cubre un "estado de excepción", que, por su naturaleza, requiere de mayores sacrificios a la población, con mayor razón proceden en tiempos de normalidad constitucional.

Por consiguiente, ninguna ley puede privar a su titular de un derecho subjetivo, ni afectar los atributos y facultades de su titular, ni tampoco imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su ejercicio, ni afectar este derecho en su esencia, todo ello por expreso mandato del constituyente.

Como puede observarse, una garantía de esta naturaleza deja a salvo el derecho subjetivo y lo preserva de cualquier atentado, desconocimiento o limitación que pudiere afectarlo, incluso durante los estados de emergencia. Ningún derecho subjetivo puede interpretarse (aplicarse) al margen del mandato constitucional, porque, como se ha reconocido uniformemente, estas disposiciones prevalecen e impregnan todo el sistema jurídico. Lo que se ha dado en llamar "constitucionalización del derecho privado" no es más que el influjo que provoca una correcta hermenéutica jurídica sobre quienes están llamados a aplicar la norma jurídica, lo que se consigue a través del proceso interpretativo. Recordemos que la "interpretación" no es más que un mecanismo instituido en el sistema jurídico para aplicar una norma general y abstracta por medio de una regla particular y concreta.

No cabe, entonces, concebir un mayor resguardo a los derechos subjetivos que aquel que se funda en un mandato constitucional expreso. Cualquier teoría que

se formule, por ingeniosa que sea, chocará frontalmente con esta protección, impidiendo con ello sobrepasar esta protección.

Ahora bien, si los derechos subjetivos están amparados por una garantía constitucional, dicha protección se proyecta a la fuerza obligatoria e intangibilidad del contrato (fuente de derechos subjetivos). De aquí que no podría un contrato legalmente celebrado dejarse sin efecto por la sola disposición de la ley, puesto que con ello se afectarían los derechos subjetivos que de él surgen, ni podría privarse de aquellos derechos a sus titulares, ni alterarse los términos del contrato, ni sus efectos pasados, presentes o futuros. Los derechos de cada contratante se incorporan a sus respectivos patrimonios e instantáneamente quedan resguardados por el mandato constitucional. Nuestro sistema jurídico no admite discusión a este respecto, tanto más si se tiene en consideración que la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, fundada en la protección de los derechos adquiridos, en su artículo 22 establece que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. De este modo, al perfeccionarse el contrato, queda establecido su “estatuto jurídico”, el cual no puede alterarse si con ello se desconoce o lesiona un derecho adquirido.

En suma, el principio *pacta sunt servanda* encuentra su máxima protección y reconocimiento en la Constitución Política de la República y, específicamente, en la garantía que esta brinda al dominio o propiedad.

No sería lo suficientemente ilustrativo este comentario si no evocásemos los factores que llevaron a nuestro constituyente a reforzar los derechos subjetivos. En un largo proceso legislativo, iniciado al promediar el siglo pasado, especialmente como consecuencia de lo que se llamó “grandes trasformaciones sociales” (tales como la reforma agraria), se fueron desdibujando los derechos subjetivos y debilitando su ejercicio con diversos pretextos. El desorden que ello provocó, particularmente en el área productiva, motivó una reacción ciudadana que agitó de manera considerable el ambiente político y social, preparando el terreno para una innovación profunda sobre la materia. De aquí que no sea exagerado afirmar que con el deterioro de los derechos subjetivos se desencadena una reacción social rectificadora, que es la fuente material más importante de las innovaciones introducidas a partir de 1974.

## 2. Fuerza legal del contrato

La segunda protección de los derechos subjetivos dice relación con la “intangibilidad del contrato” y su fuerza de ley. Es cierto que esta garantía se halla limitada a los derechos subjetivos que tienen como fuente el contrato (artículos 1437 y 2284 del Código Civil), quedando excluidos los derechos subjetivos que nacen del delito, el cuasidelito, el cuasicontrato y la ley. Pero no es menos

cierto que la inmensa mayoría de los derechos subjetivos tienen como fuente el contrato.

El artículo 1545 del Código Civil dispone que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Esta norma constituye una de las bases del derecho contractual y la expresión quizás más categórica del principio *pacta sunt servanda*.

Comencemos por reconocer que nuestro Código Civil alude a los contratos “legalmente celebrados”. Ello equivale a decir que los efectos que atribuye esta disposición a la voluntad de las partes suponen el acatamiento de todas las disposiciones que permiten a los particulares darse válidamente una regla de conducta (contrato). Por consiguiente, carecen de intangibilidad los contratos que adolecen de una causal de nulidad. Como se señaló en lo precedente, la “autonomía privada” sólo puede ser reconocida como potestad creadora de derecho cuando se ajusta a la legalidad vigente, puesto que de la ley extrae su poder vinculante (validez). Dicho en otros términos, el contrato es obligatorio porque la ley así lo dispone y, como es natural, ello ocurre sólo cuando el concurso real de voluntades que da nacimiento al contrato respeta todas y cada una de las exigencias y requisitos establecidos.

El legislador asimiló el contrato a la ley, con la salvedad de que la ley tiene efecto *erga omnes* (absoluto), en tanto el contrato tiene efecto “relativo” (sólo alcanza a quienes son parte del mismo y a sus causahabientes). El contrato, entonces, es una ley particular que debe ser cumplida de la misma manera que el mandato legislativo. Si tal no ocurre, el infractor deberá desplegar una “conducta de reemplazo” (sanción) que equivale al cumplimiento íntegro y cabal de la obligación. Lo señalado no importa desconocer el “efecto reflejo” o expansivo del contrato, especialmente reconocido por la jurisprudencia y la dogmática jurídica.

¿Qué alcance tiene la identificación entre contrato y ley?

Desde luego, su **intangibilidad** (no puede dejarse sin efecto ni modificarse sino por voluntad de quienes concurren a gestarlo o por causas legales anteriores a su perfeccionamiento), su **continuidad** (el contrato regirá ininterrumpidamente de acuerdo a sus estipulaciones sin que pueda una parte o un tercero suspender su vigencia), su **estabilidad** (no se alteran sus disposiciones por hechos sobrevinientes, por imprevistos e importantes que ellos puedan ser, mientras subsista el deber de cumplimiento), su poder **coercitivo** (el incumplimiento del contrato dará derecho a exigir al deudor el cumplimiento forzoso o el cumplimiento por equivalencia). En síntesis, el contrato, reiteramos, es una ley para los contratantes, que deben acatarlo de acuerdo a los términos en que fue celebrado.

El contrato tiene su propio "estatuto jurídico", el cual queda establecido al momento de perfeccionarse. Para estos efectos, como ya se dijo, el artículo 22 inciso 1° de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, establece un principio básico: *"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"*. Por su parte, el artículo 23 de la misma ley agrega: *"Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere"*. Por lo tanto, al momento de perfeccionarse el contrato, queda establecido su estatuto jurídico, el cual no varía en caso de que las leyes vigentes en ese momento se deroguen o modifiquen con posterioridad. (En este último caso opera la llamada "ultractividad de la ley", lo cual implica que una ley derogada sigue, sin embargo, rigiendo, pero sólo respecto de las partes ligadas por el contrato y en relación con él).

No menos importante es el hecho de que el artículo 1545 del Código Civil reconozca sólo dos causas de extinción del contrato: el consentimiento mutuo y las causas legales. Lo primero, como ya se dijo, porque las cosas en derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen, y si la voluntad de los contratantes fue suficiente para generar esta convención, ella será igualmente suficiente para dejarla sin efecto. Este principio está desarrollado en el artículo 1567 inciso primero del Código Civil, que alude a la resciliación o mutuo disenso en los siguientes términos: *"Toda obligación (la obligación es el efecto principal del contrato) puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula"*. Se ha criticado a Bello por haberse remitido a la nulidad. Sin embargo, el sentido de la norma es claro, lo que se quiso decir y se dijo fue que las partes contratantes podían privar al contrato de sus efectos civiles, situación semejante a lo que ocurre en la nulidad.

Tan estricta ha sido la identidad del contrato con la ley que nuestros tribunales, dando una interpretación amplia al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, han declarado que es procedente el recurso de casación en el fondo por infracción a la ley del contrato. Concordamos con esta interpretación por dos razones: porque la letra de la ley no pugna con esta conclusión, y porque, además, el contrato es una "ley particular" cuya infracción puede ser corregida por la Corte Suprema.

Tenemos la impresión de que para nuestro legislador lo óptimo, en lo que dice relación con la regulación de las relaciones jurídicas, está representado por el acuerdo de voluntades, siempre que éste se adopte, como se dijo, respetando las disposiciones que garantizan la legitimidad, rectitud y pureza del acuerdo. A estos fines está orientada la reglamentación de la capacidad (unida a la protección de los incapaces) y su manifestación (que excluye los vicios del

consentimiento), el objeto y la causa (que velan porque los derechos y obligaciones que emanan del contrato no contravengan la ley, el orden público y las buenas costumbres). Esto explica que la mayor parte de las normas legales que reglamentan los contratos sean supletorias de la voluntad de las partes, dejando a éstas un amplio margen para darse la regulación que estimen conveniente a sus intereses. Con esta visión, resulta explicable la asimilación del contrato con la ley, porque de esta manera se fortalece el primero (el contrato) dándole el mismo poder vinculante atribuido a la segunda (la ley). Más claramente, este principio constituye un estímulo para que cada sujeto se dé su propio derecho, o sea, eleve su voluntad a la categoría de potestad legislativa en aquellos actos y situaciones que concierne sólo a él.

El artículo 1545 del Código Civil refuerza el principio de la intangibilidad del contrato y la protección de los derechos subjetivos. Por lo mismo, constituye una piedra angular en el reconocimiento y aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Precisamente por eso, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han rechazado todo intento por introducir entre nosotros la llamada "teoría de la imprevisión". La barrera inamovible ha sido, en forma casi invariable, el sentido y alcance del artículo 1545 del Código Civil. En el último tiempo, ha comenzado a abrirse paso nuestra posición, que, como quedó explicado, concibe la obligación como un "deber de conducta típica", lo cual, junto con afianzar la intangibilidad del contrato, permite aplicarlo sin exceder el nivel de diligencia y cuidado asumido por el deudor.

Con todo, lo expresado en el artículo 1545 del Código Civil, siendo trascendental, no puede presentarse como el único enunciado del principio *pacta sunt servanda*. Este se halla reconocido a lo largo de toda nuestra legislación común, en una serie innumerable de disposiciones a propósito de todo cuanto se refiere a la relación contractual. Pero es en esta disposición en donde se reafirma y define con mayor vigor su vigencia, al fijarse dos efectos paralelos y complementarios: el contrato es ley para las partes contratantes; y no puede dejarse sin efecto sino por causas legales o por mutuo consentimiento. Por otra parte, debe ponerse énfasis en el hecho de que el contrato es esencialmente concurrencia de "voluntades", dotadas por la ley de la capacidad de generar una "regla" (norma particular), que se inserta en el ordenamiento jurídico y pasa a formar parte del mismo. Lo que señalamos queda en evidencia si se tiene en consideración lo que previene el artículo 1560 del Código Civil, de cuyo texto se desprende que es la "intención" de las partes lo que determina el contenido y alcance del contrato. No menos significativa es la circunstancia de que la gran mayoría de las disposiciones legales consagradas en relación a la reglamentación y efecto de los contratos, tienen el carácter de "supletorias o supletivas" de la voluntad de las partes, dejando a ellas (las partes) un amplio margen para fijar el contenido, alcance y regulación de la respectiva situación jurídica intersubjetiva. De lo que señalamos se sigue que el principio *pacta sunt*

*servanda* es un reconocimiento explícito a la voluntad de los particulares como fuente generadora de derecho, razón por la cual la intangibilidad del contrato constituye una de las bases de un sistema fundado en la autonomía privada.

De cuanto hemos manifestado se infiere que lo prevenido en la Constitución y en el Código Civil conforman una defensa inexpugnable a la intangibilidad del contrato y la estabilidad y seguridad de los derechos subjetivos que surgen del mismo.

### 3. La ley y la conmutatividad

Desde otra perspectiva, el principio *pacta sunt servanda* se ve fortalecido por la importancia que la ley reconoce a la conmutatividad. De este modo, los derechos subjetivos que emanan de la ley o del contrato tienen un fundamento de justicia y equidad, atendido el cuidado que el legislador pone en la equivalencia de las prestaciones que se deben quienes están ligados por una relación jurídica. Por ende, lo que se ha dado en llamar la "lucha por la conmutatividad" (por medio de la cual se procura preservar siempre el equilibrio de las prestaciones convenidas entre las partes que intervienen en el contrato) no puede invocarse como una debilidad del principio *pacta sunt servanda*, sino que, a la inversa, como una fortaleza, desde el momento en que se busca la manera de mantener el contenido equitativo del contrato para dotarlo de intangibilidad y estabilidad.

De conformidad al artículo 1440 del Código Civil, los contratos pueden ser **gratuitos o de beneficencia** (cuando sólo tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen) y **onerosos** (cuando tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro). Por su parte, el artículo 1441 agrega que los contratos onerosos son **conmutativos** (cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que "se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez") y **aleatorios** (cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida).

Nuestras leyes velan por la conmutatividad de las convenciones a través de la imposición de ciertos principios y de ciertas instituciones. Entre los primeros (los principios) cabe mencionar especialmente el "enriquecimiento injusto", la "buena fe", la "teoría de la causa", la "fuerza obligatoria del contrato", la "intención" como elemento rector de la interpretación de los contratos, los "vicios del consentimiento", la "*exceptio non adimpleti contractus*", el alcance del "caso fortuito", el "abuso del derecho" (en el sentido antes comentado), etcétera. A estos principios debería agregarse, aún, como fundamento de varios institutos jurídicos, las llamadas "condiciones objetivas de contratación", basadas en el principio de "subsistencia y preservación de las convenciones".

Existe en nuestra ley un propósito constante por cuidar de la equivalencia de las prestaciones, pero, en lo posible, dejando a salvo la subsistencia del contrato. De aquí que las “condiciones objetivas de contratación” no puedan ser consideradas como “vicios del consentimiento”.

Sobre el principio de “subsistencia de las convenciones” cabe observar que muchas leyes modernas consagran su aplicación. Así ocurre, por ejemplo, con la Ley N° 19.499, que establece “normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades”. (Esta ley está destinada a mantener en vigencia las sociedades colectivas mercantiles de responsabilidad limitada, en comandita simples mercantiles, en comanditas por acciones y sociedades anónimas que adolecen de vicios de nulidad). Para estos efectos, como se comprobará en las páginas siguientes, se recurre, incluso, al “rescate de la nulidad”, cuestión que fue incorporada en nuestro Código Civil en su texto original y que ha servido de fuente inspiradora a alguna legislación especial en diversas materias.

Analizaremos, a continuación, algunos de los numerosos institutos que velan por la conmutatividad, dando mayor consistencia al principio *pacta sunt servanda*, como quedó explicado en lo precedente.

### **i. La lesión enorme o lesión grave**

Es ésta, sin duda, la más importante de las condiciones objetivas de contratación. Los casos en que ella procede son excepcionales, pero cubren, sin embargo, numerosas situaciones. La lesión enorme tiene cabida en el contrato de compraventa de bienes raíces (artículo 1888 del Código Civil); en el contrato de permuta (artículo 1900); en la aceptación de una asignación hereditaria (artículo 1234 incisos 1° y 3°); en la cláusula penal (artículo 1544); y en las operaciones de crédito por pago de intereses excesivos (artículo 8° de la Ley N° 18.010). En la mayor parte de estos casos, la ley prevé de qué modo puede hacerse subsistir el contrato y el derecho subjetivo en general, por medio del ejercicio de un “derecho de rescate”. Se trata, fuerza reconocerlo, de una invasión de la norma jurídica en un contrato legalmente celebrado que cumple con todos los presupuestos de validez, a pretexto de que se ha incurrido en un desequilibrio desproporcionado al estipularse las prestaciones esenciales convenidas en él. Pero, en la casi totalidad de estos casos, es posible salvar el contrato (principio de “conservación de las convenciones”), reajustando las prestaciones y disponiendo la restitución o el pago de los alcances a fin de restaurar una relación equilibrada en que las prestaciones sean equitativas (“derecho de rescate”). De este modo, se atenúan los efectos de la intervención del contrato por la ley.

### i.1. Lesión enorme en la compraventa de bienes raíces

El legislador admite una diferencia entre el “justo precio” y el “precio pactado” en el contrato, pero aquella (la diferencia) no puede ser superior o inferior, en su caso, al 50% del “justo precio”, porque en tal caso se produce una lesión enorme. El artículo 1889 describe esta lesión, tanto cuando la sufre el vendedor como cuando la sufre el comprador, en los siguientes términos: “El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato”. Como puede observarse, este instituto gira en torno a un concepto matriz –el “justo precio”– de carácter objetivo que debe dilucidarse en el juicio respectivo (cuestión de hecho que no es susceptible de revisarse por medio del recurso de casación). La Corte Suprema, repetidamente, ha declarado que si la sentencia respectiva no establece el “justo precio”, ella adolece de nulidad. No podría ser de otra manera, puesto que este factor permite medir la lesión en los términos referidos en la ley.

Para mantener el principio de la “conservación de las convenciones”, el artículo 1890 establece una modalidad bien curiosa que sobrepasa, incluso, el instituto de la cosa juzgada, la cual, como es sabido, representa una barrera, casi siempre infranqueable, para alterar una situación ya resuelta por tribunal competente. Una vez pronunciada la nulidad (vale decir, ejecutoriada la sentencia definitiva que acoge la acción de rescisión por causa de lesión enorme), puede el comprador contra quien se pronunció la rescisión, “a su arbitrio, consentir en ella y completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”. Este es el llamado “derecho de rescate” que no tiene otro fundamento que hacer subsistir el contrato a pesar de haberse pronunciado sentencia definitiva ejecutoriada que declara su nulidad. Para comprender esta disposición, es útil recordar que a la fecha de promulgación del Código Civil, la riqueza era de naturaleza inmobiliaria, razón por la cual la compraventa de bienes raíces representaba el contrato económicamente más importante en nuestra sociedad. Las cosas hoy son diferentes, puesto que la riqueza se manifiesta en la propiedad de bienes y derechos mobiliarios, sin que exista un resguardo para operaciones de esta especie.

Dos cosas llaman la atención al tratar de esta materia. La rescisión por causa de lesión enorme sobreviene cuando la diferencia entre el “justo precio” y el “precio convenido” es superior o inferior, en su caso, al 50%. Hasta una diferencia del 49,9%, nada objeta la ley. Sin embargo, pronunciada la rescisión, el legislador sólo admite una diferencia del 10% del “justo precio”, a favor o

en contra de cada parte, para dejar subsistir el contrato. Hemos investigado cuál es la razón de este porcentaje (décima parte) y, al parecer, se trata de una materia introducida por el autor del Código sin apoyo de precedente anterior. Por otro lado, la decisión de preservar la convención no se adopta durante el juicio, ni siquiera es necesario formular una reserva o una petición subsidiaria. El "derecho de rescate" surge una vez que la sentencia de nulidad se encuentra ejecutoriada, lo que, a todas luces, es excepcionalísimo. Se visualiza, claramente, la intención de la ley de mantener el contrato, lo cual, a nuestro juicio, es otra manifestación del respeto por el principio *pacta sunt servanda*. No podemos sino convenir en que este instituto rompe los moldes tradicionales en función del restablecimiento de la conmutatividad afectada. Para los efectos de no generar un ambiente de inseguridad jurídica, la ley se encargó ya sea de extinguir la acción de rescisión por causa de lesión enorme o sustituir su objeto, en el evento de que el inmueble pase a manos de un tercero (ya sea antes del juicio o durante el juicio si el tribunal competente no prohíbe celebrar actos y contratos a su respecto). El artículo 1893 del Código Civil dispone que *"Perdida la cosa en poder del comprador no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato"*. En el supuesto de que el adquirente hubiere enajenado el inmueble y obtenido por él un precio superior al consignado en el contrato cuya nulidad se solicita, la misma disposición agrega: *"Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella; pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar ese exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte"*. (En otros términos se subroga el objeto de la acción en el exceso del precio recibido). Finalmente, la ley excepciona de esta normativa "las ventas que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia". Como puede comprobarse, prevalece la conmutatividad, incluso por encima de instituciones de tan alto rango jurídico como la "cosa juzgada".

### i.2. Permuta de bienes raíces

De acuerdo a lo previsto en el artículo 1900 del Código Civil, se aplican a la permuta los mismos principios que a la compraventa. Esta norma dice que *"Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe"*. Por consiguiente, en la regulación de este contrato tiene plena vigencia lo señalado a propósito de la lesión enorme cuando la permuta comprende bienes raíces.

### i.3. Partición de bienes

El artículo 1348 del Código Civil señala que *"Las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La*

rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota". El principio, por lo tanto, es el mismo. Para que la lesión sea considerada "enorme" debe el asignatario recibir menos de la mitad de lo que le correspondía. Atendida la circunstancia de que la partición tiene una naturaleza mixta, en parte es una convención y en parte es un proceso judicial, el artículo 1350 consagra el "derecho de rescate" en los siguientes términos: "Podrán los otros partícipes atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario". Nótese que, en este caso, no cabe deducción alguna (como ocurre en la compraventa y la permuta), debiendo, para atajar la acción por lesión enorme, pagarse al perjudicado el suplemento en efectivo (todo aquello que le falte para enterarle lo que corresponde). Tampoco la ley se ha referido a la oportunidad en que debe ejercerse este derecho, razón por la cual nosotros nos inclinamos por la aplicación analógica de lo prevenido en el artículo 1890, ya que existe una remisión expresa a "la misma regla que los contratos", lo cual implica una alusión directa a la compraventa de bienes raíces. En consecuencia, acogida la acción de rescisión, deberá impetrarse el "derecho de rescate" concedido en la norma mencionada.

#### i.4. Aceptación de una asignación hereditaria

El artículo 1234 inciso 1° del Código Civil preceptúa que "La aceptación (de una asignación), una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla". En el inciso 3° se agrega: "Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad". Cabe observar que la causa de la rescisión es una bien concreta: la existencia de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al momento de aceptación de la asignación. En consecuencia, ella procede sólo tratándose de sucesiones testamentarias. Nótese que el principio es el mismo: una disminución del valor de la asignación que supera el 50%.

En este caso, la ley no admite el "derecho de rescate", ya que sería imposible establecer una asignación distinta de aquella que dispuso el causante.

#### i.5. Cláusula penal

El artículo 1544 del Código Civil se refiere a la cláusula penal enorme en los siguientes términos: "Cuando por el acto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él" (inciso 1°). Se trata de una norma especial,

relativa sólo a las obligaciones dinerarias, cuando la pena convenida excede el doble de la obligación caucionada. Nada de especial tiene, a nuestro juicio, la frase "incluyéndose ésta en él", ya que lo que se quiere significar es que para calcular el exceso debe compararse la pena con el duplo (el doble) de la obligación contraída. La ley advierte que no es aplicable esta norma al contrato de mutuo (hoy operaciones de crédito) ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el mutuo, como se analizará enseguida, se rebaja la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular (inciso 3°). En las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, "se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme" (inciso 4°). En este último supuesto se incrementan considerablemente las atribuciones del juez, ya que se le faculta en forma expresa para "moderar" (revisar) una prestación convencional. El mismo postulado esgrimen quienes abogan por la "revisión judicial del contrato" cuando en el curso de la ejecución contractual aumentan desmesuradamente las prestaciones por hechos sobrevinientes e imprevistos.

#### i.6. Operaciones de crédito

Creemos que cabe considerar la situación del pacto sobre intereses excesivos como "lesión grave", no obstante las diferencias y especificidades que ella presenta.

Esta materia está considerada en el día de hoy en la Ley N° 18.010 sobre Operaciones de Crédito. En términos muy generales, esta figura jurídica comprende el mutuo de dinero (contrato real), pero se extiende a otro contrato que se perfecciona consensualmente (cuando una parte se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención). En el día de hoy hay dos tipos de interés: el corriente y el máximo convencional. El artículo 6° inciso 4° de dicha normativa estatuye que *"No puede estipularse un interés que exceda en más del 50% al corriente que rijja al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional"*.

¿Qué ocurre si se pactan intereses que superan el máximo convencional? El artículo 8° de la citada ley dispone que: *"Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rijja al momento de la convención"*. Se trataría, entonces, de una sanción semejante a la que afecta la cláusula penal enorme, manteniéndose en plena vigencia el respectivo contrato.

Nuestra interpretación del artículo 8° de la Ley N° 18.010 es diferente. Creemos nosotros que esta disposición contiene una "nulidad radical o inexistencia impropia" (ya que por la sola disposición de la ley se "tiene por no escrito"

el pacto de intereses, lo cual equivale a declararlo inexistente). Para preservar el contrato –de acuerdo al principio antes citado– el legislador recurre a otro principio: la *conversión del acto nulo*. De aquí que donde se leía interés superior al máximo convencional, deba leerse interés corriente. En varias otras disposiciones, nuestra ley recurre al principio de la conversión del acto nulo, como sucede por ejemplo en los artículos 1701 inciso 2° del Código Civil (*“Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviera firmado por las partes”*), y 2431 inciso 1°. Creemos que este principio complementa y reafirma el de conservación de los actos y contratos, antes comentado.

Como quiera que se analice esta situación (nos referimos a las condiciones objetivas de contratación), forzoso es reconocer que se trata de la intervención del legislador para “equilibrar” las prestaciones de las partes ligadas por la convención, haciendo imperar la conmutatividad.

#### i.7. Situación de la hipoteca

En la misma línea de buscar el equilibrio en las relaciones jurídicas, el artículo 2431 inciso 1° del Código Civil señala que *“La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado”*. El inciso 2° agrega que *“El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”*.

Creemos que esta disposición no afecta de manera alguna a la llamada hipoteca con cláusula de garantía general en favor de los bancos y de uso frecuente en la práctica comercial, mediante la cual el propietario de un inmueble extiende esta caución real a todas las obligaciones que el deudor tenga en el presente o pueda tener en el futuro con la respectiva institución. El artículo antes citado comienza diciendo que *“la hipoteca podrá limitarse a una determinada suma”* (norma facultativa), de lo cual se sigue que puede también ella (la hipoteca) no estar limitada a suma alguna. Sólo en el caso de que esté limitada –según expresión inequívoca del constituyente– a una suma determinada, no podrá extenderse, en ningún caso, al duplo (doble) del importe conocido o presunto de la obligación principal. Esta disposición (artículo 2431 del Código Civil) está fundada en el interés del constituyente que, como se sabe, puede ser el mismo deudor principal o un tercero que accede a una obligación ajena. Por consiguiente, si la hipoteca se limita a una determinada suma, la caución no puede sobrepasar el doble de la misma y, si tal ocurre, el deudor puede reclamar la reducción de la garantía hipotecaria a dicho importe. Avala esta interpretación

lo que preceptúa el artículo 2432 numeral 4°, que, entre los enunciados de la inscripción de la hipoteca, ordena expresar “la suma determinada a que se extiende la hipoteca en el caso del artículo precedente”. Nótese que la exigencia está referida al “artículo precedente”, esto es, el artículo 2431, que permite limitar esta caución a una “determinada suma”. Por su parte, el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, en el artículo 81, refiriéndose a estos mismos requisitos, señala en el numeral 4° que la inscripción de hipoteca contendrá: “La suma determinada a que se extienda la hipoteca en caso de haberse limitado a determinada cantidad”. Finalmente, debe considerarse el hecho de que la hipoteca puede, incluso, constituirse sobre “bienes futuros”, en circunstancias de que este elemento, como es obvio, es esencial para el perfeccionamiento de esta garantía. Si ello es posible, no se divisa qué razón puede existir para impedir que la hipoteca se extienda a una suma indeterminada que, como en la hipoteca con cláusula de garantía general, cubra obligaciones pendientes y futuras del deudor principal. Es indudable que el tráfico jurídico gana en la medida que esta clase de cauciones se hace extensiva con mayor facilidad a las diversas situaciones jurídicas intersubjetivas.

Como puede apreciarse, esta disposición a propósito de la hipoteca, una de las garantías reales más importantes en nuestro derecho, mira la conmutatividad de las prestaciones, al impedir que una hipoteca por cantidad determinada se extienda más allá del duplo de la obligación principal, reforzando con ello el principio *pacta sunt servanda*.

## ii. Derechos de resguardo

Denominamos “derechos de resguardo” a una serie de instituciones jurídicas destinadas, precisamente, a amparar los derechos comprometidos en situaciones jurídicas de riesgo. Ello se inserta en la conmutatividad, puesto que, en el fondo, se trata de brindar protección en razón del equilibrio de las prestaciones que se deben las partes ligadas por la relación jurídica. Analizaremos algunos de estos institutos.

### ii.1. Obligación de entregar en la compraventa

El artículo 1826 del Código Civil sobrepasa la intangibilidad del contrato de compraventa cuando la insolvencia del comprador pone en grave riesgo los derechos del vendedor. Esta norma reza como sigue: “El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o en la época prefijada en él. Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio preservar en el contrato o desistirse de él, y en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales”. Hasta aquí no existe sino la aplicación de los principios generales relativos a la

condición resolutoria tácita del artículo 1489 del mismo Código. Los incisos siguientes prescriben: *“Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”*.

Como puede comprobarse, la ley modifica las estipulaciones contractuales, sobrepasando el principio *pacta sunt servanda*, al alterar la forma en que debe cumplirse una de las obligaciones esenciales del contrato de compraventa, en aras de mantener la conmutatividad o evitar el despojo de que puede ser objeto el vendedor. Es evidente, entonces, que la ley sale en auxilio del vendedor que, atendida una circunstancia extraordinaria (disminución considerable de la fortuna del comprador), se ve expuesto a perder el precio estipulado en el contrato.

Conviene anticiparnos y precisar que no podría argüirse una posible inconstitucionalidad de esta norma, atendido el hecho de que trata de una disposición supletoria de la voluntad de las partes (nada impide que se convenga que cualquiera que sea la situación del comprador, el vendedor estará obligado a entregar la cosa objeto del contrato). En consecuencia, en el silencio de los contratantes, debe entenderse que esta norma forma parte del contrato mismo y que se ha consentido voluntariamente en ella. Se armoniza, de esta manera, el contrato con la norma constitucional que ampara el derecho de dominio sobre las cosas incorporales (meros derechos).

## ii.2. Caducidad del plazo

Si las partes han estipulado un plazo, la obligación deberá cumplirse extinguido que éste sea. El plazo no afecta la existencia de la obligación, sino su exigibilidad. Ahora bien, la ley establece la llamada caducidad del plazo, caso en el cual puede la obligación hacerse exigible no obstante el hecho de hallarse pendiente el término acordado. Se altera, de este modo, el principio *pacta sunt servanda*, al prescindirse de lo estipulado por las partes e imponerse una situación diversa a aquella acordada por los contratantes.

El artículo 1496 del Código Civil establece, a este respecto, que: *“El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1°. Al deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia; 2°. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”*.

Nuevamente el legislador sale en defensa de la conmutatividad, esta vez en provecho del acreedor afectado por un peligro inminente y grave que puede hacerlo perder su crédito. El peligro al que aludimos se manifiesta no sólo por efecto de la quiebra o notoria insolvencia del deudor, sino que se extiende a la desvalorización o extinción de las cauciones, siempre que esto último se haya producido por hecho o culpa del deudor.

### ii.3. Situación del fiador

Esta caución personal está definida en el artículo 2335 del Código Civil, según el cual *“La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”*. Como puede constatarse, se trata de comprometer en el cumplimiento de la obligación no sólo el derecho de prenda general (artículo 2465) del deudor, sino de quienes acceden a la obligación con el carácter de fiadores.

De lo señalado se sigue que el fiador asume el riesgo de la insolvencia del deudor principal. Se trata, por lo mismo, de un deudor subsidiario. De aquí que el fiador goce de tres beneficios especiales: el beneficio de *excusión*, para que se proceda primero contra los bienes del deudor principal (artículo 2357); el beneficio de *división*, cuando son varios los fiadores que acceden a la obligación, entendiéndose dividida la deuda entre todos ellos por partes iguales (artículo 2367); y el beneficio de *subrogación*, cuando el acreedor ha puesto al fiador en caso de no poder subrogarse en las acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores (artículo 2355).

Ahora bien, no obstante lo estipulado entre el deudor principal, los cofiadores y el acreedor, el artículo 2356 del Código Civil, velando por la conmutatividad y para evitar situaciones de inequidad, dispone que *“Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; si el acreedor después de este requerimiento lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevinida durante el retardo”*. Se altera, de este modo, lo convenido y se atribuye a la inactividad del acreedor un efecto extintivo de la obligación contraída por el fiador.

### ii.4. Situación del comodatario

En el contrato de comodato (préstamo de uso), la restitución de la cosa objeto del mismo debe realizarse en el tiempo convenido. Sólo en el evento de que no se haya estipulado este término, la ley presume que debe hacerse la restitución *“después del uso para que ha sido prestada”* (artículo 2180 inciso 1°).

Sin embargo, el inciso 2° del mismo artículo 2180 dispone: *“Pero podrá exigirse la restitución aun antes del tiempo estipulado, en tres casos: 1°. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse; 2°. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa; 3°. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa”*.

Una vez más, la ley prescinde de lo establecido en el contrato, sobrepasando la intangibilidad de las convenciones, en función de la conmutatividad de las prestaciones. Recordemos que el contrato de comodato es real, unilateral y gratuito. Por lo mismo, razones de equidad aconsejan introducir estas excepciones, aun a costa de sacrificar el principio *pacta sunt servanda*. La primera excepción –muerte del comodatario– es consecuencia del carácter *intuitus personae* del contrato. La segunda excepción –necesidad imprevista y urgente de la cosa– se funda en la gratuidad del contrato y los intereses preferentes del comodante. La tercera excepción –fin del servicio o inexistencia del mismo– importa la desaparición de la causa que motivó la celebración del contrato. Se constata, de esta manera, que la trasgresión de lo convenido tiene como base un principio mínimo de equidad.

#### ii.5. Situación del depositario

El depósito es también un contrato real, unilateral y gratuito por naturaleza. En principio la restitución del depósito debe hacerse a voluntad del depositante (así se encarga de señalarlo el artículo 2215 al definir el depósito propiamente dicho, y lo reitera el artículo 2226). Pueden las partes, sin embargo, estipular un plazo para la restitución. El tal supuesto el inciso 2° del artículo 2226 del Código Civil dispone que *“Si se fija tiempo para la restitución, esta cláusula será sólo obligatoria para el depositario, que en virtud de ella no podrá devolver el depósito antes del tiempo estipulado; salvo en los casos determinados que la leyes expresan”*. La ley en esta norma limita los efectos de lo convenido contractualmente, dándole una extensión restringida y haciéndola obligatoria para una sola parte (el depositario).

Otro tanto puede decirse de lo prevenido en el artículo 2216, en relación a la restitución. Cualquiera que sea el tiempo estipulado, el depositario puede restituir de inmediato la cosa dada en depósito si ha *“padecido un error acerca de la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro”*. En relación con lo primero (error en cuanto a la persona del depositante), es necesario observar que se trata de un contrato gratuito, *intuitus personae* (celebrado en consideración a la persona del depositante y cuya causa es la mera liberalidad). En consecuencia, creemos que en este supuesto nos hallamos ante lo que hemos denominado una “nulidad expresa” (porque la ley anticipa el efecto, sin que sea necesaria previamente la declaración judicial de

la nulidad, como podría deducirse del artículo 1455 del Código Civil). El texto de la norma no admite error. Si bien ella no alude a la “nulidad”, sí que alude a los efectos de la nulidad, puesto que autoriza al depositario para a “restituir inmediatamente el depósito”. En otros términos, la relación contractual, en sus efectos principales, queda modificada por mandato de la ley. En relación a lo segundo (cuando el depositario descubre que la cosa le acarrea un peligro), hay que tener en consideración que se trata de un hecho sobreviniente del que no se tuvo conocimiento al momento de perfeccionarse el depósito, y que el “peligro” que menciona la ley envuelve toda suerte de riesgos, sea éste jurídico (como si se tiene conocimiento que la cosa dada en depósito es robada) o de hecho (como si se descubre que se trata de un explosivo o de material corrosivo o contaminante). En ambos casos, el depositario, así se haya fijado un tiempo para restituir, puede proceder a la devolución inmediata, sobrepasando con ello el contrato y lo convenido en cuanto al tiempo de restitución.

Los que hemos llamado “derechos de resguardo” son numerosísimos. Estos se hallan diseminados en la nuestra ley y tienen por objeto, contrariamente a lo que se podría pensar, fortalecer el principio *pacta sunt servanda*, porque son correctivos de situaciones claramente injustas o inicuas que no pueden ser amparadas por la ley ni por medio del contrato. No hay duda que el legislador debe ocuparse de ellas y desconocer su fuerza vinculante.

Estos “derechos de resguardo” generan dos tipos diversos de protecciones. Las inspiradas en el orden público, por lo mismo irrenunciables y que conforman la excepción; y las inspiradas en el interés privado, que se expresan en leyes supletorias de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el artículo 2180 del Código Civil (ya comentado a propósito del comodato) configura una norma supletoria de la voluntad de las partes que éstas pueden alterar a su arbitrio en virtud de la autonomía privada y la libertad contractual. A la inversa el artículo 2216 inciso 2° del Código Civil (también comentado a propósito del depósito) es de orden público y otorga al depositario un derecho irrenunciable. La cuestión no es pacífica, pero puede deducirse de los principios y valores en juego.

Estimamos nosotros que todas las normas encaminadas a corregir situaciones de extrema injusticia –que generan por lo mismo desequilibrios y la ruptura de la conmutatividad– lejos de debilitar el principio *pacta sunt servanda*, lo fortalecen al impedir que él sirva para consagrar inequidades.

### **iii. Derechos derivados de la contratación masiva**

El principio *pacta sunt servanda*, finalmente, se ve fortalecido por los derechos derivados de la contratación masiva, contemplados en leyes especiales y que mencionaremos en lo que sigue.

### iii.1. Protección del consumidor

La Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, contiene disposiciones encaminadas a mantener la conmutatividad de las prestaciones. Así, por vía de ejemplo, el derecho del consumidor de poner término unilateral al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los casos enumerados en la misma disposición (artículo 3° bis), representa un esfuerzo por hacer prevalecer la conmutatividad (especialmente atendido el hecho del desequilibrio de las partes al contratar). Lo propio puede decirse del “derecho de retracto” consagrado en el artículo 3° ter y relativo a la contratación de servicios educacionales de nivel superior, proporcionados por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades. Otro tanto ocurre tratándose de contratos de adhesión respecto de las estipulaciones consignadas en el artículo 16 de la Ley N° 19.496.

Las numerosas normas sobre protección del consumidor revelan una clara predisposición del legislador de regular de manera distinta lo que se ha dado en llamar la contratación masiva. Una serie de nuevas instituciones, tales como “la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores” (artículos 51 y siguientes de la ley), es una manifestación elocuente de que se aspira a brindar protección y amparo a la parte más débil en el nuevo escenario contractual. Nadie podría negar que las condiciones en que se celebra un contrato –en lo que dice relación con el consumidor de los grandes centros comerciales– han experimentado cambios sustanciales y requieren, por lo mismo, de un tratamiento especial. La Ley sobre “Protección de los Derechos de los Consumidores” es expresión de esta nueva tendencia, que, lejos de debilitar la conmutatividad, la fortalece. Lo propio ocurre con el principio *pacta sunt servanda*, en la medida que se corrigen situaciones extremas que no deben quedar amparadas por la fuerza obligatoria del contrato.

### iii.2. Contratos sobre salud previsual

El Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2006 establece el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 y de las leyes N° 18.933, N° 18.469 y N° 20.015 sobre Instituciones de Salud Previsual. Dicha normativa obedece a las nuevas necesidades de un mercado masificado de salud. Comentaremos algunas disposiciones que se refieren a la materia que nos interesa destacar.

El artículo 189, con el cual comienza el Párrafo 4° “De las Prestaciones”, señala que “Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 deberán suscribir un contrato

*de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan. En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidades y condiciones de su otorgamiento". Sin embargo, acto seguido, la misma disposición agrega: "Con todo, los referidos contratos deberán comprender, como mínimo lo siguiente..."*, enunciándose numerosas prestaciones. Parece obvio que, en esta parte, el legislador optó por el llamado "dirigismo contractual", disponiéndose, mediante una norma imperativa, el contenido mínimo del contrato.

El N° 5 del artículo antes citado (189) dispone que *"El término del convenio entre la Institución de Salud Previsional y el prestador institucional cerrado o preferente, o cualquier modificación que éstos le introduzcan, no afectará el monto que, en virtud del plan contratado, corresponde copagar a los beneficiarios por las atenciones recibidas, hasta el cumplimiento de la respectiva anualidad"*. El inciso final agrega: *"Al cumplirse dicha anualidad la Institución de Salud Previsional podrá adecuar el contrato, debiendo informar al cotizante, en la carta respectiva, la circunstancia de haberse puesto término o de haberse modificado el referido convenio. Además, la Institución pondrá en conocimiento del afiliado las adecuaciones propuestas al plan vigente y los planes de salud alternativos de condiciones equivalentes a aquél. Tanto la adecuación del plan como los planes alternativos que la Institución ofrezca al cotizante podrán contemplar el otorgamiento de beneficios por un prestador distinto de aquel identificado en el plan vigente antes de la adecuación"*. Como puede comprobarse, la Institución de Salud Previsional es la llamada a poner término, ofrecer planes alternativos o adecuar el contrato en las condiciones antes referidas.

El artículo 190 inciso 2° da derecho al cotizante a desahuciar el contrato: *"El cotizante podrá, una vez transcurrido un año de vigencia de beneficios contractuales, desahuciar el contrato, para lo cual bastará una comunicación escrita a la Institución..."*. El inciso 3° del mismo artículo confiere a la Institución el derecho a revisar el contrato, en los siguientes términos: *"Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan..."*.

De las disposiciones que hemos transcrito se desprende que, en esta materia, se escogió el "dirigismo contractual" para regular las diversas alternativas que se presentan a los afiliados de las Instituciones de Salud Previsional. De ello no se sigue, necesariamente, un debilitamiento del principio *pacta sunt servanda*, como pudiere aparecer a primera vista. En verdad, ambos principios no chocan, sin perjuicio de que se restringe sustancialmente la libertad contractual en materia tan sensible como la relativa la salud pública. La tendencia en materia

de salud, previsión social, protección del consumidor y educación, pareciera ser la misma. Pero todo ello marca una cierta orientación política bien definida. El contrato, debilitado por los mandatos legales, sigue siendo intangible y fuente privilegiada de derechos subjetivos.

### iii.3. Afiliación al sistema de previsión social

Finalmente, dada su importancia, comentaremos algunas disposiciones sobre la afiliación de los trabajadores al sistema de previsión social. En esta materia, indudablemente, se ha dejado de lado todo vestigio de contractualismo, dando a la relación del trabajador con el "Sistema" una regulación de carácter reglamentario, consagrada, sin embargo, por medio de la ley. Probablemente sea este el mejor ejemplo de que la ley, en muchas instituciones del derecho moderno, se ha transformado en un instrumento administrativo, perdiendo sus características propias.

El Decreto Ley N° 3.500 de 1980, que establece un Nuevo Sistema de Pensiones, y las numerosas modificaciones que ha sufrido desde su entrada en vigencia, constituye el arquetipo de una reglamentación administrativa elevada a la categoría legal. De esta manera, ciertamente, se consolidan sus disposiciones y se evitan nuevas innovaciones al margen de las potestades legislativas tradicionales. No obstante, creemos que esta técnica, cada día más utilizada por la autoridad, desvirtúa lo que es esencial en el ámbito jurídico. La ley, en tanto norma jurídica, no puede descender al detalle reglamentario, porque ello, junto con invadir el ámbito de otras potestades, impide su aplicación por quien corresponde a través de la interpretación. No hay duda que la ley, en esta perspectiva, no es sólo expresión de una norma, sino de un reglamento que enclaustra al destinatario, pasando por encima de las potestades llamadas a interpretar y aplicar la ley. Bien poco cabe decir a la potestad reglamentaria y a la potestad jurisdiccional, cuando la ley-reglamento consulta en detalle todas las materias que se regulan.

No puede negarse que esta técnica es fruto de nuevas realidades que probablemente no puedan normarse con el instrumental jurídico tradicional. Faltan, por lo tanto, recursos y medios para darles una correcta y adecuada sustentación. Es probable que entre la norma (mandato general y abstracto) y la regla (mandato particular y concreto) falten categorías jurídicas intermedias y que la realidad que comentamos no sea más que una consecuencia inevitable de aquello. Recordemos que en la Constitución de 1980 se introduce una categorización de las leyes, atendiendo a la materia que ellas regulan y a la necesidad de darles mayor estabilidad en el tiempo para evitar trastornos circunstanciales. De la misma manera, es posible generar nuevos instrumentos en el futuro, capaces de suplir las insuficiencias que destacamos.

Más allá de estas reflexiones, conviene analizar, muy superficialmente, porque excede en mucho los objetivos de este trabajo, algunas normas relativas a la relación entre el trabajador y el Sistema de Previsión Social que opera en Chile desde 1980.

Desde luego, el artículo 2° del Decreto Ley N° 3.500 no establece una vinculación contractual entre el trabajador y el Sistema, sino una afiliación automática, que opera por solo ministerio de la ley. Dicha disposición señala: *“El inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los independientes”*. Nótese que se ha excluido una relación contractual y se ha optado por un sistema de vinculación legal automática que opera por el solo hecho de iniciarse las tareas laborales. El inciso 2° del mismo artículo agrega: *“La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización”*. La relación jurídica aludida nace directamente de la ley y no de un contrato. El inciso siguiente señala: *“La afiliación al Sistema es única y permanente. Subsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad, que ejerza una o varias actividades simultáneas o sucesivas, o que cambie de Institución dentro del Sistema”*. Como puede constatar, se trata de una relación jurídica impuesta y regulada en la ley, en la cual al afiliado se reservan relativamente pocas opciones (seleccionar una Administradora de Fondos de Pensiones, realizar ahorros voluntarios, escoger alguno de los fondos opcionales, etcétera). El artículo 32 del Decreto Ley N° 3.500 reconoce el derecho del afiliado a cambiar de Administradora, pero lo hace sin siquiera invocar el contrato respectivo: *“Todo afiliado podrá transferir el valor de sus cuotas a otra Administradora del Fondos de Pensiones, previo aviso dado a la que se encuentra cotizando y a su empleador, cuando correspondiere, con treinta días de anticipación, a lo menos, a la fecha en que deban enterarse las cotizaciones del mes en que se dé el aviso”*.

La afiliación del trabajador independiente sigue la misma pauta. Tampoco aquí se invoca una relación contractual. El artículo 89 del Decreto Ley N° 3.500 se limita a decir: *“Toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerce una actividad mediante la cual obtiene un ingreso, podrá afiliarse al Sistema que establece esta ley. La primera cotización efectuada a una Administradora por un independiente produce su afiliación al Sistema y su adscripción al Fondo por el que éste opte”*. Como puede comprobarse, la afiliación opera por el solo ministerio de la ley, en virtud de un hecho: la cotización efectuada a una Administradora.

En suma, no admite discusión el hecho de que en nuestro sistema de previsión social, el derecho contractual no está presente sino muy remotamente.

Se trata de otro tipo de relación jurídica, en el cual es la ley la encargada de regular reglamentariamente todos los detalles de esta vinculación y en que el principio *pacta sunt servanda* no tiene mayor incidencia ni importancia. Por lo mismo, no podría sostenerse que un área de estas características afecta o debilita este principio o juega un rol importante en lo que hemos llamado la “lucha por la conmutatividad”. En el mundo moderno, especialmente en el plano de la prestaciones de salud, previsionales, habitacionales o educacionales, el Estado ha asumido un papel preponderante respecto de grandes sectores largamente marginados. La asistencia estatal toma formas diversas de aquellas consagradas en nuestra legislación tradicional. Nada de excepcional tiene esta política, porque se trata de vínculos jurídicos inspirados y orientados por finalidades muy diversas de aquellas reconocidas y reglamentadas en nuestros Códigos. En otros términos, esta vinculación forma parte de políticas públicas que se desarrollan en función de objetivos sociales y con carácter asistencial. Así y todo, muchos principios contractuales de carácter tradicional informan algunos de estos institutos sin perjuicio de sus especificidades. No puede dejar de destacarse el hecho de que la estabilidad e intangibilidad de los derechos consagrados en las leyes especiales que hemos invocado, sustituyen, en cierta medida, el principio *pacta sunt servanda*. A su respecto es plenamente aplicable la garantía constitucional del dominio, de suerte que no podrían afectarse aquellos derechos por causa sobreviniente. Lo anterior justifica la conclusión de que los derechos subjetivos se hallan fortalecidos, aun en el supuesto de que ellos tengan origen en leyes meramente reglamentarias.

#### **4. Las exigencias de un contrato “legalmente” celebrado**

Como se señaló en lo precedente, el artículo 1545 del Código Civil enuncia el principio *pacta sunt servanda*, alude al contrato “legalmente celebrado”. Ello implica que éste se haya perfeccionado cumpliendo todos y cada uno de los requisitos instituidos en la ley. Ahora bien, si quien ejerce la llamada “autonomía privada” –potestad regulatoria que faculta al sujeto para celebrar toda suerte de contratos no prohibidos en la ley respetando su regulación jurídica, y fijar las condiciones en que deben realizarse las prestaciones convenidas– asume determinados compromisos, por mandato de la misma ley, debe acatarlos y darles cumplimiento en los términos acordados.

La fuerza obligatoria del contrato radica, entonces, en la voluntad de quien lo celebra y en el mandato del legislador, puesto que se ha reconocido a cada persona el derecho de darse a sí mismo una determinada regla de conducta. La fuente inmediata de esta regulación es la voluntad de quienes contratan, unida al mandato legal que le atribuye a esta última plenos poderes vinculantes.

La ley ha sido exigente a la hora de fijar las condiciones que deben concurrir para que los contratos tengan fuerza obligatoria. Analícense los llamados elementos

de existencia del acto jurídico (el contrato es un acto jurídico bilateral) y los elementos de validez, y se llegará a la conclusión de que los fundamentos del principio *pacta sunt servanda* son muy profundos. El artículo 1445 del Código Civil, señala: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1°. que sea legalmente capaz; 2°. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3°. que recaiga sobre un objeto lícito; 4°. que tenga una causa lícita”. Es la misma ley la que, detalladamente, establece normas sobre la capacidad y las consecuencias que se siguen de los actos celebrados por personas incapaces; la que establece la formación del consentimiento y reglamenta cada uno de los vicios de que éste puede adolecer (error, fuerza y dolo); la que define el objeto y reglamenta los casos en que es ilícito; la que define la causa y determina cuándo ella es ilícita (prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbre o al orden público). En suma, la ley fija un marco exigente, dentro de cuyos límites es dable a los particulares darse una regla de conducta (contrato), creando derechos y obligaciones. Dicho de otro modo, la generación de un contrato (por tanto de derechos subjetivos y de obligaciones), implica el ejercicio de una libertad perfectamente delimitada por el legislador a través de normas de carácter imperativo.

No llega hasta aquí la función de la ley respecto del contrato. Ella se extiende a la ejecución de las obligaciones, a su cumplimiento e incumplimiento, a las circunstancias que acarrear su extinción, a las consecuencias que de ello se siguen, a la interpretación (extensión y sentido del contrato), a la prueba de las obligaciones, etcétera.

Como puede apreciarse, si bien es cierto que la voluntad es el eje principal del contrato (lo cual se expresa en el principio de la “autonomía privada”), es la ley la que consagra, reconoce y dispone los efectos jurídicos que se le atribuyen.

Lo que señalamos tiene, a nuestro juicio, una importancia determinante para los efectos de calificar la importancia del principio *pacta sunt servanda*, ya que se trata de una expresión de voluntad regulada y amparada por la ley, que es, en definitiva, quien le asigna validez (poder para obligar) y la que hace posible, incluso, su ejecución forzosa (por medio del poder coercitivo del Estado).

En síntesis, la sola circunstancia de que sea la ley la que reconozca el poder de la voluntad para la gestación de una regla (norma particular), importa transferir al contrato el mismo alcance que un mandato legal. De aquí que pueda afirmar el artículo 1545 del Código Civil que el contrato es “una ley para los contratantes”. Nadie, ante esta realidad, podría negar o desconocer la legitimidad del contrato como norma particular entre las partes y, por lo mismo, sólo susceptible de dejarse sin efecto o modificarse por mutuo consentimiento o causa legal.

## 5. La seguridad jurídica

Finalmente, sostenemos la plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*, sobre la base de la necesidad de ampliar y profundizar el grado de seguridad que el derecho dispensa a los imperados.

Fue Jorge Millas, el insigne filósofo chileno, quien sostuvo que la “seguridad jurídica” (la íntima convicción de cada sujeto de que las normas se cumplirán, sea espontánea o forzosamente) era el único valor propiamente jurídico, puesto que sólo puede darse en el marco del sistema normativo. Como es obvio, la seguridad jurídica implica el respeto a las normas (mandatos generales y abstractos) y las reglas (mandatos particulares y concretos). Por lo mismo, la seguridad jurídica implica el respeto a la ley y al contrato. Cualquier debilidad a este respecto determinará la pérdida de aquella convicción generalizada que le da sentido al derecho como instrumento de convivencia social. Desde otro punto de vista, debe considerarse que en la medida que los imperados perciban que se da cumplimiento a los diversos mandatos jurídicos, aumentará el “cumplimiento espontáneo del derecho”, circunstancia que, como se ha demostrado reiteradamente, constituye uno de los presupuestos del “estado de derecho”. Lo anterior como consecuencia de que los órganos sancionadores del Estado están concebidos para castigar infracciones excepcionales y no generalizadas.

No puede omitirse el hecho de que el contrato es el instrumento fundamental y más sensible de las economías libres. Sin él resultaría imposible articular los intereses en juego. De la estabilidad contractual depende, en gran parte, los niveles de inversión y los proyectos de desarrollo. Esta constatación se acentúa en un proceso de “globalización” como el que experimentamos en la actualidad. Los mercados funcionan sobre la base del cumplimiento y el respeto de los contratos. Debilitar el contrato o hacerlo desaparecer por medio de artificios como el “dirigismo contractual” en sustitución de la “autonomía privada”, es una forma de amagar la libertad individual e incursionar en una nueva experiencia de “ingeniería social” que tanto daño causó en el pasado reciente.

Como creemos haberlo demostrado en lo que precede, muchas leyes de excepción no atentan contra el principio *pacta sunt servanda* en la medida que evitan ciertas disfunciones de que adolece el mercado como instrumento de asignación de recursos. Tal ocurre con las leyes sobre protección del consumidor (porque corrigen el desequilibrio que puede producirse en el mercado atendido el poder de negociación de los contratantes). Lo propio puede decirse de las normas sobre libre competencia, sobre supervisión y control de la actividad financiera, sobre contratos de salud, previsión social, educación, medio ambiente, etcétera. Todas ellas, en el fondo, son consecuencia de la

“contratación masiva” en una sociedad de consumo. Para que el mercado funcione adecuadamente se requiere transparencia, equilibrio negocial, información compartida, conocimiento de la reglas del juego, etcétera. Si las leyes mencionadas apuntan en esa dirección, lejos de debilitar la intangibilidad del contrato, la fortalecen.

El principio *pacta sunt servanda*, con esta visión y esta perspectiva, se erige en la piedra fundamental de la libertad contractual y la autonomía privada.

Los juristas, en general, enfrentan en el día de hoy un gran desafío, que consiste en adecuar el derecho y sus grandes principios, que han perdurado durante miles de años, a las nuevas realidades de una sociedad masificada, globalizada y en constante innovación tecnológica. Creemos nosotros que no es difícil recurrir a fórmulas imperativas, depositando en la ley la plenitud del poder regulatorio y ahogando la iniciativa y la libertad de los imperados. Muy probablemente, esta estrategia frenaría súbitamente el desarrollo y los avances prodigiosos de la ciencia y de la técnica. Lo que interesa, entonces, es introducir las reformas que exige la realidad actual, pero dando una renovada aplicación a los principios que la humanidad ha ido elaborando en el curso de los siglos. Entre aquellos principios debe considerarse el *pacta sunt servanda*, porque se encuentra arraigado a la libertad, la seguridad y la autodeterminación.

No podríamos cerrar este trabajo sin referirnos, aun cuando sea someramente, a una concepción jurídica de la justicia. Creemos nosotros que no se ha puesto suficiente atención en el hecho de que una de las manifestaciones más elocuentes de la justicia consiste, precisamente, en el cumplimiento de los mandatos jurídicos. En la medida que ellos son anteriores a la conducta que se califica, debidamente conocidos por los imperados, y expresión de los valores predominantes en un momento histórico determinado, su cumplimiento se nos aparece como una condición esencial de la justicia. No puede sino atentarse en contra de la justicia toda vez que se elude el mandato jurídico si éste forma parte del escenario social en que se despliega la conducta. Puede el mandato jurídico no ser expresión de la justicia legal, distributiva o conmutativa, pero si existe como tal, debe ser cumplido porque es la base en que se desenvuelven las relaciones en la comunidad.

Quien celebra un contrato y asume el deber de desplegar una determinada conducta en función de los intereses del otro contratante, no puede desconocer sus compromisos ni alterarlos unilateralmente ni buscar formalismos para esquivar el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley o la voluntad compartida de los interesados podría alterar este compromiso, y la primera (la ley) únicamente si existía como tal antes del contrato, de modo que los derechos y obligaciones que surgieron de él quedarán condicionados en su ejercicio

por el mandato legal. Lo que destacamos excluye toda posibilidad de aplicar una ley que extinga, modifique o altere los efectos de un contrato, afectando derechos adquiridos, con efecto retroactivo.

Así entendemos el principio *pacta sunt servanda*, que, no obstante todas las vicisitudes propias de nuestro tiempo, sigue gravitando poderosamente como eje de las relaciones intersubjetivas en el ámbito contractual.

Nos resulta especialmente oportuno abordar, en este momento, sus debilidades y fortalezas, porque nos hallamos ante cambios muy radicales, en todo orden de cosas, los mismos que el derecho no puede esquivar o desconocer. Aspiramos a que estas reflexiones sean útiles para medir la importancia del desafío.

