

Hacia una nueva concepción del contrato (Cinco ideas para su renovación)

Pablo Rodríguez Grez

Decano
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto destacar algunos rasgos del contrato que no han sido suficientemente abordados por la doctrina jurídica. Se trata de precisar la influencia que cabe al contrato en la organización de la libertad de quienes participan en él. Para medir, en una perspectiva estrictamente jurídica, este fenómeno, se estudian los nuevos horizontes del contrato, poniendo énfasis en que se trata de una regla de validez jurídica derivada, analizándose a propósito de ello la autonomía privada como potestad regulatoria, la importancia de la distinción entre derecho público y derecho privado, el derecho como disciplina esencialmente "participativa", y el contrato como "ley particular". Se examina, en seguida, el contrato como autolimitación de la libertad, definiéndose la obligación como deber de conducta típica y denunciando el desequilibrio negocial existente, y la circunstancia de ser el contrato un recurso óptimo para organizar la libertad individual. Sobre este punto se propone una fórmula capaz de superar el desequilibrio negocial. Se revisa, asimismo, el contrato en relación a los derechos fundamentales y la integración del mismo. Se destaca, a continuación, el rol que cabe al contrato en lo relativo a la creación, circulación y distribución de los bienes, enfatizándose la causa del mismo, su función como composición de intereses opuestos y su proyección en otras ramas del derecho (en particular en el campo administrativo). Especial atención se pone en la sistematización de la función interdependiente del contrato, sobre los grados de culpa de que responde el acreedor, y su deber de cooperación para el cumplimiento de la obligación. Se examina la obstrucción activa del acreedor en relación a la conducta desplegada por el deudor, la expansión externa del poder vinculante del contrato, su efecto respecto de terceros, la implicancia causal de dos conductas sucesivas, y el incumplimiento provocado por un tercero. Concluye este trabajo con tres cuestiones ligadas al contrato: la limitación de la responsabilidad contractual, las dificultades probatorias que plantea el consensualismo, y los desafíos que genera el avance científico tecnológico en el ámbito del derecho.

I. Contrato y libertad

La actual concepción doctrinaria del contrato nos parece insuficiente en consideración al desarrollo de la ciencia jurídica. Creemos que ella debe insertarse en los renovados planteamientos de la teoría general del derecho. Probablemente la crítica más justificada a la civilística moderna consista en representar el divorcio que se observa entre los grandes principios e instituciones jurídicas y los textos tradicionales del derecho común. No se requiere de mucha sagacidad para descubrir que el derecho privado es objeto de un proceso descodificación, razón por la cual muchas de sus normas aparecen disgregadas, haciéndose cada vez más difícil mantener un enfoque unitario y coherente.

Para superar las deficiencias indicadas debe partirse de varias premisas hasta hoy prácticamente ignoradas por la dogmática civil. No podemos seguir enfatizando, para hacer comprensible la importancia y proyección del contrato, el hecho de que se trata de una "fuente de obligaciones y derechos personales" (artículos 1437 y 2284 del Código Civil), que "quien contrata lo hace para sí y para sus sucesores" (artículo 1097 del Código Civil), que el contrato produce "efectos relativos", e importa "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (artículo 1438 del Código Civil). Todo esto es efectivo y corresponde a lo que ordena la ley. Pero el contrato es mucho más en el universo jurídico y una institución que cada día cobra mayor importancia en el funcionamiento de la organización social.

Desde luego, debe destacarse el hecho de que por su intermedio el sujeto se **integra a la comunidad**, precisando y configurando sus derechos y sus obligaciones y ejerciendo en plenitud su libertad. En la medida que se resguarda la facultad de contratar se amplía el ámbito de disposición de los bienes y se permite al imperado la asunción de conductas fundadas en la realización y ejecución de sus intereses patrimoniales y extrapatrimoniales. Desde esta perspectiva, el contrato es el instrumento que mejor se aviene con el sueño de una sociedad libre en la cual cada individuo administra su libertad en función de los intereses que le resultan preponderantes. En la medida que el Estado, por medio de la ley, asuma la función de programador y controlador de las conductas sociales, paralelamente, se contrae el campo de acción que el individuo reivindica para su soberana determinación. Lo que señalamos obliga a analizar, detallada y minuciosamente, de qué manera pueden despejarse los obstáculos que impiden el reconocimiento de un campo contractual más amplio, en el cual el contrato no aparezca desvirtuado por efecto de fenómenos sociales, culturales y económicos propios de las sociedades modernas, todos los cuales conspiran o hacen imposible el "**equilibrio**" que supone la sana y justa constitución de una relación contractual. Piénsese sólo en el hecho de que, en este momento, un sujeto que se negare a contratar no podría subsistir y que, en una inmensa proporción,

cuanto hace en el ámbito intersubjetivo está condicionado por mandatos de carácter contractual.

De lo dicho se sigue que el contrato es, a no dudarlo, el instrumento que integra e incorpora al imperado en el núcleo de la sociedad moderna, lo que le permite regular por sí mismo, como se explicará, su conducta en ella. Toda tendencia anticontractualista es una manifestación propia de reminiscencias estatistas que procuran transferir la libertad individual al campo de la regulación legal, depositando en el legislador, cada vez en mayor medida, la potestad de regular la conducta de los imperados. El reproche que con mayor frecuencia se formula está directamente relacionado con el sentido y alcance que se atribuye a los derechos subjetivos que, según se afirma, permiten a un sujeto subordinar a su contraparte, puesto que se le confiere un poder sobre ella (exigir que se despliegue una determinada conducta). Tan conocidos como fracasados son los esfuerzos desplegados por algunos doctrinadores, destinados a transformar el derecho subjetivo en deber social (León Dugui), o en un instrumento formal susceptible de ser superado más adelante por la doctrina jurídica. Lo cierto e inamovible, hasta el día de hoy, es que el contrato, fuente principal de los derechos subjetivos, es el medio que hace posible que cada persona pueda organizar, regular y programar su vida social, en aquellas materias que, atendida su importancia, requieran de un imperativo jurídico de naturaleza coercitiva fundado en su propia voluntad.

De lo señalado puede inferirse, entonces, que es indispensable repensar la concepción y el rol del contrato en la sociedad moderna, fortaleciendo su importancia y fijando las fronteras que permitan ampliar el campo de acción de la voluntad como instrumento de articulación de la libertad.

Con sobrada razón Luis Díez-Picazo, al referirse a la concepción moderna del contrato, escribe: *"Contrato es todo acuerdo de voluntad por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en una institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdiembre de los contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como 'atentados a la libertad de la persona'. Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista.*

*"El primero de estos presupuestos es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del **laissez faire** y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y la prosperidad de las naciones.*

"El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de los contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales.

"El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto, como ya hemos señalado, a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto."¹

La cita trascrita en nada impide que, en la misma obra, el autor reconozca las características de lo que llama "*contratos de masas*", particularmente referidos a los servicios públicos, reconociendo que "*De hecho la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar – o en su caso rechazar – el único contrato posible... De esta suerte, los fenómenos de estandarización de la materia contractual dan lugar a dos tipos de fenómenos, que habrán de ser objeto de estudio especial: los contratos de adhesión o contratos tipo, con un contenido preformulado, denominado condiciones generales de contratación, y lo que puede denominarse relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica*".²

A esta materia nos abocaremos más adelante.

II. Nuevos horizontes

1. El contrato como regla de validez jurídica derivada

Para reenfocar el contrato en la temática que proponemos, debemos comenzar por establecer que éste (el contrato) es una "**regla**", vale decir, un mandato particular y concreto de efecto "*relativo*" (cuyas consecuencias sólo alcanzan a las partes contratantes), y que nace al exteriorizarse la voluntad de quienes intervienen en él (consentimiento). Los particulares, como creadores de reglas, deben ajustarse a la ley, esto es, a una "**norma**" (mandato general y abstracto)

¹ Luis Díez-Picazo. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Ediciones Civitas. Madrid. Año 1996. Pág.121.

² Luis Díez-Picazo. Obra citada. Pág. 131.

que fija los requisitos y exigencias para que el acuerdo de voluntades tenga efectos jurídicos vinculantes. En otras palabras, es la ley la que confiere **validez** al contrato (fuerza obligatoria), tanto respecto de su gestación, su perfeccionamiento y sus efectos.

Si nos preguntamos por qué vale un contrato, la respuesta sería: porque en él concurren los "elementos normativos" (tanto formales como materiales) que determinan su incorporación al sistema jurídico. En otros términos, el contrato **vale** porque ha sido creado de la manera señalada en la norma (ley) y reproduce los elementos esenciales de la misma o, al menos, no los contradice.

El autor recién citado asume esta característica del contrato diciendo: *"Corresponde a Kelsen el mérito de haber establecido la distinción entre contrato como acto y contrato como norma (para nosotros "regla", para una mejor comprensión). La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan (v.gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes (v.gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato). Desde el primero de los puntos de vista mencionados, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, es decir, una acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos. Desde el segundo de los puntos de vista apuntados, el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (**lex contractus**; la regla contractual). El contrato es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta".³*

Para constatar lo que decimos basta citar el artículo 1445 del Código Civil, conforme al cual *"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 vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita"*. Cada una de estas exigencias está reglamentada en la ley (capacidad, consentimiento, objeto y causa), de suerte que para generar un vínculo contractual válido es menester dar cumplimiento a los requisitos indicados. Sólo de este modo el sujeto puede "gravar su libertad" (limitarla), asumiendo una obligación civil o incrementar su patrimonio adquiriendo un derecho subjetivo de carácter patrimonial.

No cabe duda, entonces, que la génesis y validez del contrato se desprende de una norma jurídica (mandato general y abstracto), y que la *"libertad contractual"* está delimitada por ella, pero reconociendo que se extiende a toda área que no se encuentre expresamente vedada al imperado (en el campo del derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté prohibido en la ley).

³ Luis Díez-Picazo. Obra citada. Pág. 123.

Lo que indicamos se deduce, inequívocamente, de las normas jurídicas que reglamentan el objeto ilícito y la causa ilícita (artículos 1460 y siguientes del Código Civil).

1.1. Potestad regulatoria y autonomía de la voluntad

El sujeto que contrata ejerce una "*potestad regulatoria*" (facultad para crear reglas que comprometen su conducta futura), denominada "*autonomía privada*", la cual le permitirá incorporar al sistema jurídico un mandato particular y concreto de efecto relativo, pero de naturaleza coercitiva, que se activará como tal (coacción), en el evento de que dicho mandato no se cumpla espontáneamente de la manera convenida (ejecución forzosa, cumplimiento por equivalencia, prestaciones sustitutivas). En esta fase de la relación jurídica –creada esta vez por el contrato– el "*efecto relativo*" del mismo se atenúa, porque la coacción (fuerza) es suministrada por el Estado (que detenta su monopolio), poniéndola al servicio del cumplimiento de la ley (por ende del contrato). No puede perderse de vista que el contrato no es más que la extensión de la ley (porque se celebró, produce los efectos y se ajusta al marco prefijado en ella), y la forma más perfecta de singularizar el mandato normativo y, por este medio, ampliar, restringir u organizar la libertad individual.

De la manera indicada, el sistema normativo transfiere a los imperados la facultad de regular su conducta, vedando sí ciertas estipulaciones que contraían los intereses de la comunidad toda (lo que se manifiesta vulnerando la moral, el orden público, las buenas costumbres, la seguridad nacional, etcétera). Lo anterior justifica el principio rector ya citado y cada día peor interpretado, conforme al cual en el ámbito del derecho privado "*puede hacerse todo aquello que no esté prohibido expresamente en la ley*". No ha sido difícil restringir la "*libertad contractual*" y la "*autonomía privada*", ya que los conceptos citados permiten extender lo vedado (prohibido) en forma ilimitada por la vía interpretativa. Con todo, paralelamente, hay que reconocer que ellos hacen posible integrar al derecho elementos renovadores, que emergen del seno más profundo de la sociedad, destinados a actualizar el mandato normativo, puesto que la "*moral*", el "*orden público*", las "*buenas costumbres*" la "*seguridad nacional*", la "*utilidad y salubridad públicas*", etcétera, son conceptos abiertos que van evolucionando en la medida que evoluciona la sociedad. En otras palabras, si bien ellos sirven para restringir la "*libertad contractual*" y la "*autonomía privada*", son un medio de actualización y renovación del contenido de las normas jurídicas, que opera en virtud de un proceso social evolutivo y espontáneo que el derecho recoge sin fricciones.

Creemos nosotros que no se ha puesto la debida atención a estos factores que determinan, por una parte, el alcance de la facultad de los particulares para autoregular su conducta y, por la otra, renovar (sin necesidad de refor-

mas legislativas), el mandato normativo. No se conocen estudios sobre cómo ha evolucionado el contenido de la moral y el orden público, por ejemplo, a pesar de que tropezamos a cada instante con ellos, ni sobre el significado de nuevos conceptos, tales como la utilidad y salubridad públicas o la seguridad nacional. En este aspecto hay vacíos e insuficiencias que se hacen patentes con sólo replantearse el alcance del contrato. Lo curioso, sin embargo, es que se les da frecuente aplicación, pero al margen de un contexto doctrinario bien asentado y con las vacilaciones y contradicciones que son fruto inevitable de un cierto grado de espontaneidad.

No se nos escapa la necesidad de poner acento en dos otras materias relacionadas íntimamente con lo señalado.

1.2. Derecho público y derecho privado

A la vaguedad que acompaña la precisa determinación de los conceptos invocados (que cumplen una función semejante a un lubricante entre la norma y la realidad social que aquélla reglamenta), deben unirse las crecientes dificultades que presenta la distinción entre "*derecho público*" y "*derecho privado*" que, como se sabe, resulta fundamental para que opere la llamada *plenitud del orden jurídico* (en el primero la ausencia de disposición que faculte a la autoridad para obrar implica la existencia de una "*prohibición*" y la consiguiente nulidad de lo obrado; en el segundo, la ausencia de disposición importa una "*permisión*" que habilita al particular para actuar válidamente). No resulta exagerado sostener que los principios fundamentales del derecho civil parecen hallarse debilitados por la expansión constante del derecho público (especialmente en el campo constitucional y administrativo), lo cual ha generado áreas en las cuales es difícil determinar si nos hallamos ante una norma de derecho público o de derecho privado y, por lo mismo, precisar las facultades de la autoridad y de los particulares. Los llamados criterios de distinción, para precisar los límites del *derecho público* y el *derecho privado*, no han logrado una aceptación unánime, razón por la cual una frontera de tanta importancia para la aplicación del derecho sigue siendo cada vez más difusa e indeterminada. No puede ignorarse que existen ramas del sistema normativo sensiblemente afectadas por esta confusión que requiere con máxima premura una respuesta de la doctrina que zanje las diferencias y permita distinguir ambos campos.

1.3. El derecho como disciplina "participativa"

Como hemos sostenido en varias otras publicaciones, ha faltado a los juristas destacar que el derecho es una disciplina esencialmente participativa, puesto que el derecho se construye "*por todos*" (autoridades e imperados), constantemente, día a día, ya que a cada persona le está asignado el ejercicio de una potestad (a las autoridades de carácter normativo y a los particulares de carácter

regulatorio).⁴ En cierta medida, cada cual va determinando las obligaciones que debe cumplir, por medio de la inserción en el sistema normativo de los actos y contratos en que interviene. Este proceso enriquece notablemente el ordenamiento jurídico, porque el sujeto participa en él activa y pasivamente, configurando aquellos mandatos que más directamente le afectan. Nótese que lo anterior sería imposible sin el contrato que, desde esta perspectiva, resulta ser instrumento insustituible para el funcionamiento del sistema.

No puede ignorarse que una de las aspiraciones más sentidas de la sociedad contemporánea, en todo orden de actividades, es la "*participación*", lo cual se traduce en la exigencia de una mayor intervención del imperado en los hechos que le conciernen. Esta parece ser una de las manifestaciones más frecuentes de los movimientos sociales que han emergido al amparo de los nuevos recursos tecnológicos. Desde esta perspectiva, el derecho no sólo hace posible la realización de esta aspiración; ella (la participación) es condición esencial de su funcionamiento y eficacia (*realización espontánea del derecho*). Por lo mismo, no es aventurado ni irreal sostener que el derecho es una "*creación colectiva*", puesto que todos somos titulares de una potestad. Del mismo modo, puede advertirse que el derecho es dinámico, ya que se va adaptando a los cambios que experimentan los hábitos, costumbres y preferencias sociales. Este fenómeno se explica porque el cumplimiento de una norma (mandato general y abstracto), opera a través de la elaboración de una regla (mandato particular y concreto) que construye el intérprete y mediante la cual los elementos normativos de la primera se traspasan a la segunda dándole validez jurídica. Así, por ejemplo, la norma representa una abstracción que no puede cumplirse como tal. Para lograr el cumplimiento debe el mandato general y abstracto **singularizarse o concretizarse**, lo que se consigue dictándose una sentencia judicial, una resolución administrativa, un acto o contrato o una regla que se da a sí mismo aquel que cumple la norma de manera espontánea (singulariza lo general sin intervención de otro sujeto).⁵ Es correcto, entonces, afirmar que las normas se cumplen por medio de las reglas, y que estas últimas se construyen por el intérprete, transfiriendo a la regla los elementos normativos que permiten insertarla en el ordenamiento jurídico y dotarla de validez. Ahora bien, en este proceso de concreción o singularización del mandato normativo se da la posibilidad de ir avanzando hacia la adaptación y actualización del derecho, recurso que flexibiliza su aplicación y lo mantiene en constante evolución. Lamentablemente

⁴ Entendemos por potestad "normativa" la facultad de dictar normas, esto es, mandatos generales y abstractos que alcanzan a todos quienes se hallen en la misma situación; y por potestad "regulatoria", la facultad de dictar o elaborar "reglas", esto es, mandatos particulares y concretos (como sentencias judiciales, resoluciones administrativas, actos y contratos).

⁵ A esta regla la llamamos "regla persona, tácita y autocompuesta", porque se la da el sujeto que queriendo cumplir espontáneamente la norma no dispone de un mandato particular exógeno que lo singularice. Para facilitar el lenguaje hemos propuesto asignarle el nombre de "parraregla". Pueden verse a este respecto *Estructura Funcional del Derecho y Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho*, Ediciones Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Años 2001 y 2006.

esta materia no ha sido profundizada por la doctrina jurídica. Por lo tanto, al carácter participativo del derecho debe adicionarse su flexibilidad para acomodarse a las transformaciones que experimenta el cuerpo social.

1.4. El contrato como *ley particular* (*pacta sunt servanda*)

Finalmente, el contrato como regla de validez jurídica derivada tiene como máxima representación y reconocimiento lo previsto en 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 su consentimiento mutuo o por causas legales"*. Dicha disposición incorpora a nuestro Código Civil el principio *"pacta sunt servanda"*, que da consistencia, estabilidad y certeza jurídica al contrato. En consecuencia, el contrato es una *ley particular*, elaborada por los contratantes ajustándose a las exigencias contenidas en la ley, inmutable, de efecto relativo, que describe una relación jurídica que se resuelve generando derechos y correlativamente obligaciones. La causa eficiente del contrato no puede ser sino la ley. Del hecho de celebrarse legalmente, vale decir, de reunir los requisitos impuestos en las leyes, arranca el poder vinculante del contrato y su estabilidad. Es por ello que la regla jurídica creada no puede dejarse sin efecto, sino por mutuo consentimiento (en derecho las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen), o por causas legales coetáneas o posteriores a su celebración (caso de la resolución y de la caducidad). De lo anterior se sigue que el carácter de regla de validez derivada que damos al contrato está reconocido expresamente en nuestro Código Civil al consagrar, como se dijo, este principio.

2. Autolimitación de la libertad

Como se señaló en el párrafo anterior, el contrato es un instrumento mediante el cual cada sujeto **autolimita u organiza su libertad**. Todo contrato implica la asunción de obligaciones, ya sea que ellas surjan al momento de perfeccionarse o posteriormente (contratos sinalagmáticos imperfectos). Por lo tanto, el contratante asume el deber de comportarse de la manera establecida y no como podía hacerlo antes de celebrarlo. Un ejemplo proyectará en toda su dimensión lo que destacamos. Quien celebra un contrato de trabajo verá sustancialmente alterada su existencia, puesto que parte importante de su vida deberá destinarla a satisfacer los compromisos y deberes que impone el contrato. Lo propio sucede, en menor medida probablemente, como consecuencia de celebrar cualquier tipo de contrato.

Lo que destacamos nos lleva a la conclusión de que cada persona va elaborando el estatuto jurídico que regula la mayor parte de sus actividades sociales y que ello es consecuencia, principalmente, del ejercicio de la *"libertad contractual"* y la *"autonomía privada"*.

Cabe preguntarse por qué razón no se ha puesto énfasis en este aspecto cuando resulta evidente que el ejercicio de la *"autonomía privada"* es la manera más extendida y útil para los efectos de que cada uno regule parte sustancial de su vida social.

2.1. La obligación como deber de conducta típica

Creemos nosotros que esta insuficiencia incide en el erróneo concepto de lo que constituye la *"obligación"* (efecto necesario de todo contrato). Si la obligación, como lo estima la doctrina tradicional, consiste en la *"necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo en favor de otro"*, desaparece la evidencia de que el contratante actúa en función de autolimitar u organizar su libertad, quedando constreñido, exclusivamente, a la satisfacción de una curiosa *"necesidad jurídica"*. No sucede lo mismo si conceptualizamos la obligación como un *"deber de conducta típica"*, puesto que con ello resaltamos que el obligado no satisface *"necesidades jurídicas"* circunstanciales, sino que se compromete a desplegar una cierta actividad, asumiendo el *"deber"* de obrar de la manera descrita por los contratantes o establecida en la ley en subsidio. Es precisamente por ello que su libertad queda limitada, puesto que deberá comportarse como está estipulado o sufrirá las consecuencias del incumplimiento (responsabilidad), debiendo desplegar forzosamente la conducta debida u optar por un cumplimiento por equivalencia.

Si la sucesión de contratos que cada persona celebra en el curso de su existencia importa una autolimitación de la libertad individual, ello implica que, en parte nada despreciable, las restricciones que sufre la libertad individual provienen de la voluntad del afectado y, paralelamente, que su actividad está determinada por las obligaciones asumidas.

Desde esta perspectiva, el contrato es el instrumento más efectivo y habitual para la regulación moderna de la vida social, como señalamos en el apartado anterior. A través de él se entrega al propio sujeto la posibilidad de diseñar sus actividades, sea ampliando o delimitando la libertad.

2.2. El desequilibrio negocial

Teniendo en consideración las observaciones que anteceden, es posible comprender la preocupación que suscita el **desequilibrio** que existe entre los contratantes a la hora de negociar un contrato. Si, como se sostiene tan frecuentemente, es muy difícil, si no imposible, sustraerse de la necesidad de contratar (atendida la forma en que se distribuyen los bienes de subsistencia), y puede una de las partes imponer sus condiciones, la libertad de los más débiles está gravemente amenazada por el poder de negociación de los que dominan el mercado. La contratación civil pasaría, en este cuadro, a ser una especie de

arma de sometimiento y subyugación, con una mera apariencia de legitimidad. Esto explica que la reacción jurídica haya sido enérgica, en la medida de que efectivamente el desequilibrio comentado sirva para fijar condiciones injustas y desproporcionadas.

Para corregir lo indicado el derecho ha abierto camino a una serie de instituciones que, como el contrato dirigido, las condiciones generales de contratación supervisadas por organismos públicos, el contrato forzoso, la defensa de la libre competencia, el reconocimiento de los derechos del consumidor, el control administrativo de los entes que concurren al mercado, el abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, etcétera, tienen por objeto principal corregir la grosera desigualdad en la capacidad de negociación e impedir que un contratante sufra una injusta limitación de su libertad.

Por ende, todas estas figuras, muchas de ellas de muy dudosa factura, están fundadas en la protección de la libertad individual de quienes contratan y no, como suele decirse, sólo en el afán de corregir la desigualdad de la capacidad negociadora de los que intervienen en la trama contractual. A fin de cuentas quien contrata, constreñido o presionado por factores externos que le imponen las condiciones en que debe operar, no está haciendo uso de la facultad de limitar **voluntariamente** su libertad, sino doblegándose a factores ajenos que no puede superar. En suma, el contrato se transforma en un elemento de dominación y sojuzgamiento.

2.3. El contrato como forma de organizar la libertad individual

La potestad de que está investida toda persona capaz de contratar tiene, además, como finalidad, la posibilidad de que cada cual **organice su libertad, asumiendo deberes de conducta descritos en el contrato o en la ley**. Ello es fruto de una multiplicidad de relaciones jurídicas, muchas constituidas por mera liberalidad o sin un contenido patrimonial relevante. Esta descripción peca de "*idealista*", porque en la práctica las cosas se dan en términos muy diferentes. Un autor escribe sobre el particular:

"Según la doctrina del Estado providencia, corresponde a la autoridad estatal atender el bienestar de los miembros del cuerpo social y la satisfacción de sus necesidades, especialmente en el orden económico. Las voluntades de los sujetos de derecho no están en condiciones de satisfacer esas necesidades, no solo porque no pueden conseguir ese fin sino de un modo anárquico, sino porque es el más fuerte, social y económicamente, el que impone su voluntad al más débil. En estas circunstancias la doctrina del Estado providencia, que confía al Estado el cuidado de distribuir las riquezas, alcanza al proteccionismo social, en virtud del cual la libertad contractual es sólo un señuelo, debido a la desigualdad socioeconómica fundamental de los sujetos de derecho. En efecto,

si el Código Civil se basa en el principio de una igualdad jurídica de los sujetos de derecho, por cuanto a cada uno se le reconocen las mismas prerrogativas, lo cual manifiesta un cambio total en relación con el antiguo derecho francés, ya que la sociedad del antiguo régimen era esencialmente desigual, el legislador de comienzos del siglo XIX no realizó, sin embargo, una igualdad de hecho, es decir, en el orden socioeconómico, por oposición al orden jurídico. En verdad, si es fácil afirmar en la ley el principio de igualdad jurídica, lo que supone que a cada uno corresponde defender sus intereses frente a los demás, la igualdad socioeconómica exige una intervención mucho más a fondo de la ley, puesto que al legislador le corresponde hacer lo posible para que se reduzcan las desigualdades o se supriman. Así las cosas, ya no basta proclamar que los sujetos de derecho son iguales y dejar que su voluntad se exprese libremente, excepto para llenar las lagunas de la voluntad por medio de la ley supletoria, según la fórmula célebre 'entre el pobre y el rico, el débil y el fuerte, la libertad es la que oprime y la ley es la que libera'. Por consiguiente, corresponde a la ley imperativa prohibir al más fuerte que imponga su voluntad sobre el más débil, el cual no está en condiciones de defender sus intereses en la negociación del contrato, debido a su posición socioeconómica".⁶

La cita que transcribimos deja en evidencia que una cosa es el principio jurídico (*todos somos iguales ante la ley*), y otra lo que podríamos denominar un principio socioeconómico (*todos somos diferentes ante la sociedad por nuestra capacidad intelectual, laboral, eficiencia y calidad del trabajo que realizamos*). Pretender una igualdad socioeconómica impuesta en la ley, como obra magna del legislador, no sólo es una utopía, sino una pretensión antinatural ya fracasada en experiencias no lejanas.

2.4. Propuestas para superar el desequilibrio negocial

Cabe preguntarse, entonces, ¿de qué manera pueden superarse las limitaciones que presenta la contratación contemporánea? Hasta este momento sólo se ha obrado "*interviniendo el contrato*" por medio de la actividad represiva de la autoridad (defensa de la libre competencia, derechos del consumidor, dirigismo contractual, fijación de condiciones generales de contratación en materia de servicios públicos, etcétera). Este parece ser el mejor antídoto a lo que podría denominarse la contratación moderna. Aun más, podría anticiparse que esta tendencia se acentuará en el futuro inmediato, puesto que las facultades de los organismos públicos (como el Servicio Nacional del Consumidor en Chile), tienden a aumentar en desmedro de la libre contratación (sin perjuicio de los abusos que comienzan a evidenciarse, cuyos móviles escapan al análisis jurídico).

⁶ Christian Larroumet. *Teoría General del Contrato*. Volumen I. Editorial Jurídica de Chile. Año 1993. Pág. 90.

No creemos que la política descrita sea la receta más adecuada, porque –al parecer– no se advierte que el debilitamiento jurídico del contrato implique una severa restricción a la libertad de los sujetos para "organizar" su vida social. El desafío –que no se advierte– consiste en evitar los abusos que puede generar un poder de negociación desproporcionado, pero sin que ello debilite la facultad de contratación y sus efectos.

Si se atiende a las características del mercado moderno (en el cual impera la contratación masiva, impersonal y de adhesión), se concluirá que la única solución para ajustar poderes tan manifiestamente desiguales –proveedor y consumidor– radica en la organización de estos últimos y la creación de factores de presión que, en este campo, resultan irresistibles. En la medida que los consumidores se encuentren orgánicamente desintegrados y protegidos por la autoridad sólo en aquellas áreas dispuestas en la ley, se mantendrá en lo sustancial el desequilibrio y con ello seguirá debilitándose el contrato y desapareciendo las ventajas descritas en lo precedente. Lo que corresponde, entonces, para resolver esta grave anomalía es promover la organización de todos los sectores que concurren al mercado y depositar en dichas organizaciones la tarea de equilibrar las fuerzas de negociación, todo ello dentro de un marco legal que evite excesos y abusos, pero no afecte el rol que juega el contrato en el mundo económico moderno. Por vía de ejemplo, el "*contrato de adhesión*", que para la doctrina civil representa un retroceso y, en cierta medida, la negación de la dinámica contractual, es, no obstante, una herramienta sin la cual sería imposible el desarrollo de los centros comerciales masivos. El abastecimiento individual, organizado a gran escala, abarata los costos, permite el aprovechamiento de sinergias y posibilita una distribución eficiente y segura. Esta modalidad de comercialización, por desgracia, no puede implementarse sino por medio de los *contratos de adhesión*, excluyendo absolutamente el *contrato de libre discusión*. Si lo que señalamos es efectivo, no cabe otra posibilidad que alterar las modalidades del mercado y no los instrumentos de que éste se vale para funcionar.

No cabe duda que una masa de consumidores bien organizados, capaz de resistir la adquisición de ciertos productos y promover las condiciones en que se expenden otros, es el mejor antídoto para evitar abusos y distorsiones y corregirlos de raíz. Esta proposición choca frontalmente con una cierta tendencia anárquica de los chilenos, pero ello puede neutralizarse de varias maneras. Desde luego, promoviendo la organización de los consumidores; evitando desviacionismos de cualquier índole; extendiendo los beneficios que se logren; y, sobre todo, generando una atmósfera de confianza que excluya el recelo natural de quienes interactúan en el mercado. No menos importante es la extensión del provecho que todo consumidor debe advertir sobre el rol que cabe al contrato en la organización de la sociedad. Si nos hemos referido a los *contratos de adhesión o por adhesión*, es porque son éstos los que predo-

minan en mundo del comercio masivo, pero ello no implica desconocer que la cuestión abarca un espacio muchísimo mayor y que se presenta en todo el quehacer social.

Sin perjuicio de reconocer que esta materia excede largamente los fines de este trabajo, es bueno representar el hecho de que los dos factores fundamentales en la economía de la sociedad moderna —el mercado y la empresa— o no pueden funcionar o funcionan pobremente, en la medida que quienes intervienen en ellos (trabajadores y consumidores) actúen anárquicamente debilitando su poder negociador. No parece lógico promover la constitución de sindicatos y centrales laborales para negociar colectivamente, y no hacerlo respecto de los consumidores igualmente debilitados.

2.5. Contrato y derechos fundamentales

Si el contrato se concibe como un medio para organizar y planificar la libertad del imperado, limitándola en función de intereses preferentes, debemos representarnos las relaciones y vínculos del contrato con los derechos fundamentales que garantiza la Constitución Política de la República. Surge a este respecto una de las muchas aristas que han conducido al proceso de *"constitucionalización del derecho privado"*, cuyos efectos parecen extenderse permanentemente a la luz de las reformas legislativas aprobadas y que se discuten en la actualidad. Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 21 de la Carta Política asegura a todas las personas la *libertad de emprender* ("derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen"). ¿Mediante un contrato pueden las partes limitar esta libertad e impedir que una de ellas (conducta negativa) desarrolle una determinada actividad? ¿Qué prevalece en este caso, el mandato constitucional que confiere el derecho o la restricción contenida en el contrato? Creemos que especial importancia cobra en esta cuestión lo que prescribe el N° 26 del artículo 19 precitado, tratándose de un problema hermenéutico. Aun cuando dicha norma está referida a la acción del legislador, no parece errado extenderla, con mayor razón, a los contratantes (si el legislador no puede afectar un derecho en su esencia, menos podría hacerse mediante un acuerdo de voluntades).

En síntesis, podemos afirmar que el contrato es el instrumento más eficiente para proyectar y organizar la vida social, enmarcándose en los límites permitidos por el sistema jurídico, como se señaló en lo precedente. En la misma medida que se restrinja y delimite el campo de regulación contractual o se impongan condiciones y requisitos para su celebración, se afecta la libertad individual y la posibilidad de que cada cual escoja el estatuto jurídico al cual someterá su conducta en la comunidad.

2.6. La integración del contrato

No podríamos cerrar este capítulo sin referirnos, aun cuando brevemente, a la **integración** del contrato, esto es, a su complementación cuando el referido estatuto, como sucede frecuentemente, no cubre todas las situaciones que pueden generarse en el desarrollo de la relación contractual. La dogmática jurídica suele confundir esta materia con la **interpretación** del contrato sin advertir que se trata de cuestiones muy diversas.

Para resolver este problema se han clasificado los contratos en dos grandes grupos: lo *innominados o atípicos* y los *nominados o típicos*.⁷ Los primeros no se hallan reglamentados en la ley, en tanto los segundos sí se encuentran sujetos a regulación normativa de carácter supletorio. Puig Brutau acota, a este respecto: *"En nuestro Derecho y en todos los sistemas modernos, los particulares pueden perfeccionar toda clase de contratos, aunque no correspondan a los tipos contractuales previstos y regulados por la ley... Sin embargo, en parte subsiste la idea de que el Derecho contractual está constituido por una serie de figuras típicas, concretamente determinadas, lo que explica que se hable del problema de los contratos que no corresponden a un tipo conocido. En todo caso, la tipicidad no puede plantear ningún problema de obligatoriedad del contrato celebrado, sino de regulación de su contenido. La admisión de los contratos atípicos no ofrece ninguna duda en nuestro Derecho; pero, como advierte F. de CASTRO Y BRAVO, la cuestión importante es 'averiguar cuál haya de ser la regulación imperativa a la que tendría que someterse y las reglas de Derecho dispositivo que hayan de completar, en su caso, la regla negocial en sentido estricto' contenida en la declaración de voluntad".*⁸ La importancia preponderante que asignamos a los *"contratos típicos"* radica, precisamente, en el hecho de que ellos, en nuestro sistema jurídico, atendido su carácter supletorio, permiten una fácil integración contractual. No cabe duda que el legislador previó la conveniencia de regular detalladamente ciertas convenciones y contratos, atendida su importancia y la frecuencia con que se celebran. Ello queda de manifiesto, por ejemplo, en lo relativo a la compra-venta, puesto que basta que las partes convengan en el precio y la cosa para que el contrato quede perfecto (artículo 1801 del Código Civil), sin perjuicio de las excepciones contempladas en el inciso 2° de la norma invocada. Puig Brutau cita a Pérez y Alguer sobre esta materia: *"...los contratos atípicos, o sea, los no regulados en el Código Civil ni en otra ley, deben juzgarse por analogía de los tipos contractuales más afines, por los principios generales del Derecho, que dan un amplio margen al arbitrio judicial... a estos criterios sólo debe recurrirse*

⁷ Preferimos la expresión "contratos típicos" y "contratos atípicos", por cuanto lo nominado o innominado tiene un alcance menor y apunta a si el contrato está mencionado o referido en el ordenamiento y no a si está reglamentado en él.

⁸ José Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Volumen I. Tercera Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. Año 1988. Pág. 405. La referencia hecha por el autor citado se refiere a Federico de Castro, *El negocio jurídico*. Madrid, 1967. Pág. 205.

allí donde no alcance como pauta para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes".⁹

No es fácil, como se constata, fijar con precisión cuáles son los elementos a que debe recurrirse para integrar el estatuto contractual cuando las partes no han previsto con minuciosidad los efectos, consecuencias y las diversas situaciones que pueden llegar a producirse. Creemos nosotros que en este caso debe recurrirse, en primer lugar, a la **voluntad de las partes** (aquí se topa la "interpretación" con la "integración" del estatuto contractual, ya que una determina el alcance de la otra); en segundo lugar, a las **normas supletorias contenidas en los contratos típicos afines**; y, en tercer lugar, a los **principios generales de derecho**. Nótese que en este último elemento se recurre al sistema jurídico en su totalidad, ya que los principios aludidos son extraídos mediante un razonamiento inductivo que comprende, preponderantemente, todo lo concerniente al derecho contractual.

Creemos que la solución propuesta es la que mejor se aviene con nuestro sistema jurídico, ya que se da mayor significación a la voluntad (que transformada en consentimiento es la fuerza motriz que genera el contrato); en su defecto, a las normas que reglamentan contratos típicos afines (análogos) que partes han debido conocer previamente (presunción de conocimiento de la ley); y, finalmente, a la aplicación como un todo del ordenamiento jurídico (en donde se expresan los grandes lineamientos del sistema normativo).

En relación a la integración contractual se desnuda una diferencia importante entre el derecho romano continental y el derecho anglosajón. K. N. Llewellyn señala, a este respecto, que: *"La contraposición entre contratos innominados y nominados no se limita a ser un recuerdo histórico sino que una auténtica fuerza que impera en las pugnas de intereses. La distinta manera de suplir la voluntad deficientemente expresada de las partes contratantes también es un problema influido por la distinción entre las dos expresadas clases de contratos, pues los Códigos romanizados de Europa pueden contener normas supletorias de dicha voluntad agrupadas en torno a cada una de las figuras contractuales típicas, en tanto el Derecho anglosajón recurre a una interpretación constructiva o integradora de la voluntad de las partes"*.¹⁰

No está de más agregar que gran parte de los conflictos a que da lugar el derecho contractual se refiere a problemas de integración del estatuto acordado, porque, como es natural, es difícil prever todas las situaciones que pueden presentarse.

⁹ Esta cita corresponde a Pérez González y Alguer y está contenida en la obra de José Puig Brutau a que se alude en la nota precedente, página 411.

¹⁰ La cita de K. N. Llewellyn se encuentra contenida en la obra de José Puig Brutau (nota 7). Pág.35.

3. Sobre la creación, circulación y distribución de bienes

Cabe al contrato un papel preponderante en lo que concierne a la creación, circulación y distribución de los bienes entre los diversos miembros de la comunidad social. La creación de la riqueza en la economía moderna está indisolublemente ligada a las instituciones jurídicas y, particularmente, al contrato. Lo propio ocurre con la creación, funcionamiento y destino de los *"entes ficticios o personas jurídicas"*, que han permitido enriquecer el intercambio de los bienes incrementando el tráfico jurídico y con ello la productividad. No olvidemos que el motor del *"capitalismo democrático"* fue la sociedad anónima, gracias a la cual pudo aumentar explosivamente la concentración de capitales productivos.

Tanto el dominio de los bienes (uso, goce y disposición), la posesión y la mera tenencia de los mismos, están, en parte sustancial, regulados por el contrato, sirviendo como título para legitimar la respectiva situación intersubjetiva. La circulación y distribución de los bienes resultaría inconcebible sin considerar la función que en ello cabe al contrato. No puede soslayarse, tampoco, el hecho de que por medio del contrato son los particulares los que, conforme al derecho común, resuelven sobre la libre circulación de los bienes. Sin perjuicio de normas excepcionales, las entidades de derecho público deben ajustarse, en todo aquello que no sea objeto de reglamentación especial, a lo que sobre el contrato, su perfeccionamiento, sus efectos y extinción dispone el derecho común aplicable. No existe un estatuto contractual especial para la Administración, como más de alguien lo ha pretendido, ni puede eludirse la aplicación de las normas generales que rigen esta materia en ausencia de normas especiales. A las dos características indicadas debe agregarse, aún, el hecho de que la *"libre circulación de los bienes"* conforma un *"principio general de derecho"*, ligado en forma irremediable a la riqueza de las naciones. Así lo entendió Andrés Bello, que, invariablemente, sancionó todo acto que interfiriera o entrabara indebida o arbitrariamente las facultades de las personas para disponer de los bienes que integran su patrimonio. Ahora bien, cabe preguntarse cómo explicar jurídicamente el nexo que se evidencia entre contrato, por una parte, y circulación y distribución de bienes, por la otra.

3.1. Contrato y causa

Comencemos por reconocer que entre los elementos de existencia y de validez de un acto jurídico debe considerarse la *"causa"*, definida en el artículo 1467 del Código Civil como *"el motivo que induce al acto o contrato"*. Se trata, entonces, del impulso que mueve a las partes a expresar su voluntad y contratar. Como es sabido, no existe en la doctrina una concepción unánime del contenido y alcance de este elemento, puesto que es diverso su significado si adherimos a la llamada *"causa eficiente"* (fuente de la cual emana), *"causa final"* (noción de carácter jurídico e idéntica en todos los contratos de la misma especie),

o "*causa ocasional*" (impulso psicológico que mueve a contratar). Peor aún, se discute si la causa, definida en el Código de Bello, se refiere al "*acto y contrato*" o a la "*obligación*", puesto que ambos requieren un móvil en su proceso de creación. Pero, como quiera que sea, la causa, en tanto impulso para contratar, proporciona una razón que revela por qué y para qué se contrata.

Un autor, ya tradicional, explica esta materia siguiendo a Domat, en los siguientes términos: "*las personas pueden estar relacionadas por servicios de ellas o de uso de ciertas cosas y estas relaciones cristalizan en cuatro especies de convenciones. Hay casos en que los individuos se dan recíprocamente cosa por cosa, como sucede en la venta y en la permuta, o se prestan mutuamente algún servicio, como ocurre al encargarse cada uno de los asuntos del otro. Este servicio puede prestarse también por una remuneración, como en el arrendamiento de servicios, o suceder por último que sólo una de las partes dé o haga, sin contraprestación alguna, como sucede en el desempeño gratuito de negocios ajenos, o en las donaciones por pura liberalidad. En las tres primeras especie se trata de un comercio en el que nada es gratuito y la 'obligación de uno es el fundamento de la del otro'. Y aun en las convenciones en que uno solo aparece obligado, como en el préstamo, la obligación del deudor ha nacido en razón de la obligación del acreedor de entregar la cosa prestada. La obligación de uno tiene su **causa** en la del otro. Si el acto es gratuito, el solo deseo de donar, de hacer el bien, 'toma el lugar de la causa'".¹¹ El autor citado concluye lo que precisamente interesa destacar en la conceptualización del contrato, a fin de demostrar que es el medio más utilizado para los efectos de la disposición, circulación y distribución de los bienes: "*De lo expuesto aparece que Domat trata de explicar que la forma no tiene valor en sí, como originalmente aceptaron los romanos, si no hay un contenido en el contrato, una **causa**, que consiste en haber recibido, recibir o esperar recibir una contraprestación, o en el solo propósito de hacer el bien. Esta '**causa**' no viene a ser otra cosa, entonces, que el contenido de cada contrato; éste surge y es válido cuando las obligaciones que crea tienen una justificación, una causa, lo que aparece muy claro en los contratos onerosos, en oposición a los gratuitos, en que la mera liberalidad '**toma el lugar de causa**'".¹²**

De la manera señalada, el contrato aparece íntima e indisolublemente vinculado a la distribución y circulación de los bienes, entendiendo como "*bien*", además, la "*mera liberalidad*" que representa un impulso generoso que, sin duda, conlleva un beneficio de diversa índole que es, precisamente, lo que persigue la parte que se grava sin provecho patrimonial.

Por consiguiente, un contrato vacío, ajeno absolutamente a la distribución y circulación de los bienes (en su sentido más amplio), no tiene carácter de tal y

¹¹ Avelino León Hurtado. *La causa*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1961. Página 22. El autor en el párrafo transcrito cita la opinión de Domat en *Les lois civiles*. Libro I. Tít. 1, Secc. 1ª, N°s 4 y siguientes.

¹² Avelino León Hurtado. Obra citada. Página 22.

no constituye más que una declaración lírica, formal, sin consecuencias en el derecho. Lo que afirmamos implica reconocer que los bienes (comprendidos en la disposición contractual) constituyen un elemento esencial del contrato, puesto que en su ausencia no podría éste existir. En el supuesto que el contrato esté referido a obligaciones de hacer o de no hacer (un hecho positivo o negativo del hombre), dicha conducta debe concebirse en función de bienes, los cuales, por cierto, pueden ser de la más diversa naturaleza y especie. Así, un contrato de mandato para encargarse de la gestión de negocios ajenos lleva implícita la existencia de los bienes gestionables, sea que se trate de todos los bienes incorporados al patrimonio del mandante o sólo de una parte de ellos. Esta materia se oscurece considerablemente como consecuencia de que en muchos casos se denomina contrato a instituciones que no tiene esta condición. Tal ocurre, por ejemplo, con el matrimonio, antiguamente con la adopción, los esponsales o la regulación de otras relaciones de familia. La importancia del contrato, por ende, sirve para encubrir instituciones que tienen su propia fisonomía y que, en derecho estricto, no tienen tal carácter.

Para dar mayor extensión y significación al contrato, la ley ha previsto un proceso formativo del mismo, que comienza con las llamadas tratativas preliminares y culmina con su celebración (perfeccionamiento). En todos los capítulos de este proceso gravitan los bienes, a tal extremo que de la naturaleza de los mismos depende, en muchos casos, la forma en que debe expresarse la voluntad para que ella forme consentimiento (así, tratándose de bienes raíces, por lo general, el contrato se perfecciona mediante una solemnidad, atendido el hecho de que este tipo de bienes fue, a los ojos del autor del Código Civil, el que mejor representaba la riqueza). Incluso más, en ciertos contratos (reales) la entrega o tradición de la cosa (bien) determina la forma de expresar la voluntad (el elemento más importante en la teoría del contrato). Del mismo modo, el *consensualismo*, regla general en materia de perfeccionamiento de los contratos, facilita su celebración, puesto que ella se consuma por el solo hecho de que exista concurso real de voluntades (consentimiento).

3.2. *El contrato como composición de intereses opuestos*

Con razón Messineo, a propósito de la importancia del contrato en la vida económica, ha escrito: *"El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el ser el centro de la vida de los negocios, el **instrumento práctico** que realiza las más **variadas finalidades de la vida económica** que impliquen la **composición de intereses esencialmente opuestos**, o por lo menos **no coincidentes**. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad"*. Más adelante, el mismo autor agrega sobre la

importancia del contrato como hecho económico: "*De estos resulta que, como tal, el contrato lleva la vida económica y también la vida del derecho; el contrato llega a ser, por lo tanto, una **institución jurídica**; la institución más conocida y familiar de los profanos. Los cuales se sirven de él continuamente, a menudo aun sin tener conocimiento alguno de él y sin preocuparse por conocer su esencia y su disciplina, sin que esto sea, por lo demás, un inconveniente, ya que ella provee el ordenamiento jurídico*".¹³

No es el contrato, por cierto, el único instrumento destinado a la distribución y circulación de los bienes, pero, sin duda, es el más importante. Podría sostenerse que la ley y el contrato (y este último en mayor medida) son los instrumentos que determinan en cada comunidad de qué manera se distribuyen los bienes. El primero proviene del ejercicio de la "*potestad legislativa*"; el segundo, de la "*autonomía privada*". La distribución que realizan los particulares, si bien deriva de una potestad que les asiste y les está garantizada, debe ceñirse a los requisitos y exigencias impuestos en la ley, puesto que ella (como todas las otras potestades) es reglada y sólo puede ejercerse respetando el marco prefijado por las normas legales.

Dos fenómenos surgen de lo señalado.

En primer lugar, la ley sólo por excepción entra en el terreno de valorizar las prestaciones que dispone el contrato. Los casos de "*lesión enorme*" requieren de un texto legal expreso y operan en ámbitos restringidos.¹⁴ Lo propio podría decirse de las teorías destinadas a la revisión de los contratos por desigualdad sobreviniente del valor de las prestaciones convenidas ("*teoría de la imprevisión*"). Lo anterior implica, entonces, que se dejan a los particulares las más amplias facultades para los efectos de determinar la valorización de las prestaciones acordadas, dando así consistencia y sentido a la libertad contractual. El *dirigismo contractual*, tendencia acuñada para restringir el área en que los particulares organizan patrimonialmente su libertad, es limitado, aun cuando constituya la regla general en materia de servicios públicos como consecuencia del monopolio natural que representa la prestación de estas actividades. Dicho más claramente, el contrato dirigido tiene por objetivo esencial la protección de los intereses de los usuarios, obligados a someterse a la voluntad de los empresarios titulares de una concesión pública.

13 Francesco Messineo. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Año 1986. Pág. 34.

14 Los casos de "lesión enorme" en nuestro derecho se reducen a la compraventa de bienes raíces (artículo 1888 del Código Civil); a la aceptación de una asignación hereditaria (artículo 1234 del Código Civil); a la partición de bienes (artículo 1348 del Código Civil), a la cláusula penal (artículo 1544 del Código Civil); y al discutible caso de los intereses superiores a los que son permitidos estipular (artículo 8 de la Ley N°18.010). En los demás casos quedan los contratantes habilitados para convenir los valores que estimen convenientes a sus intereses.

En segundo lugar, la distribución de bienes que dispone la ley tiene fundamentos diametralmente distintos a la distribución que se hace contractualmente. Mientras el legislador se funda en la "*justicia distributiva*" (en la concepción aristotélica), los particulares se fundan en la "*justicia conmutativa*". El límite entre una y otra es consecuencia de una decisión política, propia de las ideologías que gravitan en la comunidad. Como se adelantó en lo precedente, en la medida que la distribución legal se extiende, se va limitando la distribución contractual y viceversa. No cabe duda, entonces, que en un régimen estatista predominará la distribución legal y, a la inversa, en un régimen de economía liberal, la distribución contractual.

Contrastan en esta materia, como puede constatarse, dos instrumentos de muy diversa índole: el contrato y la ley, aun cuando el primero esté subordinado al segundo en el proceso de elaboración, perfeccionamiento, efectos y extinción. No puede ignorarse, tampoco, el hecho de que la distribución legal importa un mandato general que cubre a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, en tanto la distribución contractual opera caso a caso, su influencia es considerablemente menor y, de la manera indicada, se va tejiendo una red compuesta de una infinidad de relaciones individuales.

En cierta medida el "*contenido*" del contrato, respecto de los bienes que en éste se comprenden, está relacionado con la garantía constitucional del artículo 19 N° 23, conforme a la cual "*La Constitución asegura a todas las personas: 23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes*". A esta garantía debe agregarse la del N° 26 de mismo artículo, ya comentada, que impide la imposición de condiciones, tributos o requisitos que afecten los derechos en su esencia. Decimos que esta garantía, en medida nada despreciable, sustenta la importancia del contrato, puesto que es éste la causa o medio principal para la adquisición de la propiedad.

3.3. Proyección del contrato a otras ramas del derecho

La estructura del contrato, sus requisitos y sus efectos se proyectan a todas las ramas del derecho, incluso al derecho público con sus propias especificidades, pero sin representar una sustitución o reemplazo de estas instituciones. Vaya, entonces, si el contrato es muchísimo más que lo prescrito en el artículo 1438 del Código Civil. Si bien él forma parte del género "*convención*", limitado en la especie a la creación de derechos y obligaciones, el titular de aquéllos adquiere su propiedad, puesto que el artículo 19 N° 24 de la Carta Política garantiza a todas las personas "*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda*

clase de bienes corporales e incorporales". Si las cosas incorporales en nuestro sistema jurídico son "*derechos reales y personales*" (artículo 576 del Código Civil) y estos últimos "*son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...*" (artículo 578 del mismo Código), ello significa que el titular de los derechos nacidos del contrato es paralelamente propietario de los mismos, de manera que ninguna ley puede afectarlo, salvo en aquellos casos especialmente previstos en la misma Constitución.

En síntesis, como puede observarse, el contrato es una de las instituciones fundamentales en nuestro derecho, resguardado en sus efectos por los medios más idóneos, destinado esencialmente a la creación, distribución y circulación de los bienes, y el instrumento más adecuado para ejercer la "*autonomía privada*" (potestad regulatoria). Como es natural, un instrumento de esta especie, que se identifica con una cierta filosofía política, está expuesto a sufrir críticas y limitaciones. Las restricciones al contractualismo son, desde esta perspectiva, recursos destinados a corregir las insuficiencias que se siguen del desequilibrio negocial, lo cual hace suponer que, en la medida que éste se vaya corrigiendo, paralelamente se irá ampliando el campo del contrato. En la vida moderna, gracias especialmente a los adelantos tecnológicos, comienzan a evidenciarse nuevas formas de contratar, por completo diversas de aquellas que inspiraron la reglamentación jurídica que nos rige hasta hoy. La mayor parte de estas renovadas manifestaciones jurídicas se han incorporado al sistema normativo a través de leyes especiales. Este hecho ha provocado un proceso de "*descodificación*" que deberá encararse, tarde o temprano, en provecho de la ciencia jurídica. Sin perjuicio de lo anterior, los principios generales que inspiran el derecho contractual permanecen intactos. Por lo tanto, las innovaciones que destacamos han provocado un doble efecto: de adaptación a las nuevas formas de contratación; y de relegitimación ante la adhesión de que han sido objeto. El fenómeno que describimos demuestra la capacidad del derecho común para interpretar y calibrar una nueva realidad científica tecnológica.

4. Expansión interna del poder vinculante del contrato

Uno de los aspectos menos tratados en la teoría del contrato radica en la expansión que opera en su interior respecto de quienes intervienen en él. Dicho en otras palabras, el contrato da lugar a una *relación jurídica* que se desata al momento de cumplirse una hipótesis relacional (en este caso la celebración del contrato), y que se resuelve confiriendo a una de las partes (sujeto activo o acreedor) una facultad o derecho subjetivo, y a la otra (sujeto pasivo o deudor) imponiéndole una obligación. Así las cosas, se miran los efectos del contrato como si deudor y acreedor se mantuvieran en trincheras opuestas, sin la menor interdependencia entre ambos (salvo la subordinación o sometimiento del deudor al acreedor). Probablemente sea esta visión la que ha

alimentado las mayores críticas hacia el concepto, alcance y naturaleza del derecho subjetivo.

4.1. *Función interdependiente en el contrato*

Las cosas, sin embargo, no se dan de la manera indicada, por cuanto entre las partes existe una función interdependiente que se expresa en posiciones de necesaria colaboración para lograr la realización de la prestación proyectada. Para comprender esta materia es necesario recordar que la obligación es "*un deber de conducta típica*", vale decir, un deber descrito en el contrato o en la ley en subsidio. Por su intermedio se fija el deber de diligencia y cuidado que debe emplearse, **tanto por el deudor como por el acreedor**. Lo que llamamos "*prestación*" no es más que el objetivo o fin que se proyecta alcanzar (lo que se trata de dar, hacer o no hacer) mediante el deber de conducta asumido. Lo medular de la obligación no es la "*prestación*", sino el "*deber de conducta*" descrito, puesto que es éste el medio para lograr aquélla. Por lo mismo, puede cumplirse la obligación sin alcanzarse la "*prestación*", pero la realización de esta última constituye sin más el cumplimiento de la obligación. Lo señalado queda de manifiesto con la sola lectura del artículo 1547 del Código Civil.

El acreedor está obligado a **colaborar** con el deudor para lograr la "*prestación*", lo que se expresa, en primer lugar, en el deber de no obstruir o entorpecer la actividad del obligado y, en ciertos casos, a contribuir activamente con éste para conseguir lo que se ha programado y se quiere alcanzar. El acreedor no es un tercero ajeno a la relación contractual, puesto que forma parte de la misma. Por lo tanto, está estrechamente comprometido con su suerte. Tampoco es posible independizar a las partes como si no estuvieran involucradas en la interdependencia de la relación. Desde este punto de vista, el deudor y el acreedor deben comportarse de manera coherente en función de la "*prestación*" definida en el contrato, lo cual importa la ejecución de conductas que se implican y no se contradicen. La doctrina tradicional estudia este tema bajo la premisa de la "*mora del acreedor*", lo que, a nuestro juicio, resulta claramente insuficiente. Los efectos de esta figura no permiten medir el deber de conducta que corresponde al sujeto activo de la relación, sólo algunas de sus consecuencias (en relación a la atenuación de la culpa del deudor, a la responsabilidad por costos propios del retardo, o a la pérdida de la cosa que se debe).

Los juristas han construido una teoría general sobre la *mora del acreedor* fundada en los artículos 1548, 1680 y 1827 del Código Civil, la cual, a nuestro juicio, es manifiestamente insuficiente.¹⁵ Lo que interesa es describir y precisar

¹⁵ A esta materia —la mora del acreedor o *mora accipiendi*— dedicamos un extenso análisis en nuestro libro sobre la *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Páginas 199 y siguientes. En lo sustancial nos remite a las definiciones, efectos y contenidos de la llamada mora del acreedor.

la conducta exigible al acreedor en el desarrollo de la relación jurídica que desencadena el contrato (hipótesis relacional), lo cual no se consigue con el planeamiento tradicional.

La teoría a la cual aludimos afirma que en el evento de que el acreedor incumpla los deberes que le corresponden, genera tres efectos esenciales: a) deberá reparar todos los perjuicios que se causen siempre que ellos sean consecuencia directa y necesaria de su incumplimiento; b) descargará el grado de diligencia de que responde el deudor, limitándola a la culpa grave y el dolo; y c) exonerará al deudor de responsabilidad por la mora (artículo 1552).

Si bien es cierto que no existe una disposición expresa sobre los efectos que mencionamos, ellos se desprenden con claridad de las disposiciones invocadas. Particularmente importante resulta lo previsto en el artículo 1680 del Código Civil, según el cual: *"La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste de recibirla, no hace responsable al deudor sino de culpa grave o dolo"*. Lo propio afirma en el artículo 1827 a propósito de las obligaciones del vendedor. Si relacionamos estas normas con el artículo 1548 del mismo Código (que impone al deudor de una especie o cuerpo cierto, tratándose de una obligación de dar, el deber de conservarlo hasta la entrega), y con el artículo 1549 (que ordena emplear en su custodia el *"debido cuidado"*), se llegará a la conclusión de que a partir de la *mora del acreedor*, el deudor puede obrar con el cuidado mínimo que tolera la ley (se responde de culpa grave y dolo); y el acreedor con el cuidado máximo (responde de culpa levísima). Por ende, la *mora del acreedor* opera desde una doble perspectiva: alivia la situación del deudor y agrava la del acreedor. Por consiguiente, al primero le bastará con aplicar aquella diligencia que las personas negligentes y de poca prudencia emplean en la gestión de los negocios ajenos; y el segundo deberá actuar con la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

En suma, el acreedor responderá de cualquier acto obstructivo que sea ejecutado faltando a la suma diligencia en el manejo de los negocios propios (culpa levísima); y el deudor no responderá sino cuando su incumplimiento represente una manifestación extrema de negligencia y poca prudencia referida al manejo de los negocios ajenos.

Como puede apreciarse, la teoría jurídica tradicional no ha precisado la relación que existe entre la culpa de que responde el deudor y la culpa de que responde el acreedor, el uno respecto del cumplimiento de la obligación y el otro respecto del deber de no obstruir la conducta estipulada. Falta a este respecto una visión más amplia de lo que hemos llamado interdependencia del contrato, ya que hemos atendido a la situación del sujeto pasivo u obligado, sin reparar suficientemente en la situación que corresponde al sujeto activo o pretensor.

Nótese, además, que por disposición de la ley, la obligación experimenta una alteración sustancial en lo que dice relación con el deber de conducta debida.

4.2. Grados de culpa del acreedor

Si lo señalado es efectivo, ello implica que es necesario precisar, con el mismo rigor con que se determina el grado de culpa de que responde el deudor, el grado de culpa de que responde el acreedor (obligación de no obstruir lo obrado por el deudor para lograr la "*prestación*").¹⁶ Asimismo, determinar en qué casos debe el acreedor cooperar activamente con el deudor, abandonando su posición pasiva y adoptando una conducta activa.

Respecto de lo primero, sostenemos que la solución está dada por el mismo artículo 1547 del Código Civil (que dispone de qué grado de culpa responde el deudor cuando ello no está estipulado por las partes en el contrato mismo). La respuesta, si ello no está resuelto en el contrato, consiste en invertir los términos de la indicada disposición, de manera que el acreedor responderá de *culpa levisísima* en aquellos casos en que el deudor responde de culpa lata (lo que resulta perfectamente coherente, puesto que cualquier obstáculo que ponga el acreedor al deudor permitirá a este último exonerarse de responsabilidad); de *culpa leve* cuando ambos responden del mismo grado de culpa (lo que resulta igualmente coherente, ya que ambos reportan beneficios recíprocos con ocasión del contrato); y de *culpa grave* toda vez que el deudor responda de culpa levisísima (lo anterior ya que por obstructivo que sea el comportamiento del acreedor su contraparte deberá superarlo).

Por consiguiente, la solución se desprende de lo preceptuado en el Código Civil, lo cual no es extraño, ya que la relación entre beneficio y culpa (del deudor y del acreedor) se implican y complementan. No cuesta mucho advertir que la fórmula empleada se construye sobre la base del beneficio que para cada contratante reporta la relación jurídica. Nótese que a mayor cuidado impuesto a una parte, es menor el cuidado impuesto a la otra y viceversa, lo cual, a nuestro juicio, corresponde a la posición que a cada una de ellas se asigna en la ley. Un ejemplo aclarara aun más nuestro planteamiento. Si el comodatario responde de culpa levisísima, porque el beneficio corresponde íntegramente a él, el comodante responderá de culpa grave. Lo anterior implica que puede este último, sin incurrir en responsabilidad, poner trabas, obstáculos o dificultades al comodatario, debiendo éste despejarlas aun cuando ellas provengan de actos negligentes y de poca prudencia (inciso 1° del artículo 44 del Código Civil). Fue equitativo el autor del Código al incorporar estas disposiciones, ya

¹⁶ Hay que tener en consideración que del grado de culpa de que se responde puede deducirse el nivel de diligencia y cuidado que es exigible a cada contratante. Por lo mismo, la culpa mide tanto la diligencia como la negligencia en sus diversos grados.

que unió el beneficio que cada parte obtiene en el contrato con el cuidado y la diligencia de que es responsable.

4.3. Deber de cooperación del acreedor

La otra cuestión planteada es más compleja. Se trata de precisar cuándo debe el acreedor cooperar o ejecutar actos positivos que faciliten el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En otras palabras, cuándo el acreedor está afecto a un deber de conducta activa. A nuestro juicio, ello sucede en varias hipótesis, lo cual demuestra la riqueza que encierra la figura del contrato. Sobre este particular podemos mencionar los siguientes casos:

a. Cuando en el contrato se ha convenido que para su cumplimiento se requiere de una acción positiva del acreedor. Tal ocurrirá si éste se obliga a entregar ciertos antecedentes, información o bien a facilitar contactos indispensables para ejecutar la *"prestación"*. No es infrecuente que lo estipulado sólo pueda ejecutarse contando con el concurso del acreedor, sin el cual el deudor queda impedido de desplegar la conducta debida. Así, por vía de ejemplo, si la obligación asumida dice relación con la ejecución de una obra material, comprometiéndose el acreedor a tramitar el permiso de construcción, la situación del deudor queda subordinada a la actividad de su contraparte. Lo mismo ocurre si un pintor, para retratar al acreedor, estipula que éste debe posar durante varias sesiones. Si se resiste a hacerlo, no podrá ejecutarse la obra. Nótese que en el caso propuesto fluye claramente la importancia de precisar la diligencia y cuidado que debe emplear el acreedor (deducida a propósito de la culpa de que responde). Ello porque al proporcionar el antecedente u observar la conducta acordada puede comportarse de diversas maneras (con extrema diligencia, con diligencia media o con mínima diligencia), lo cual, para efectos de la responsabilidad, dependerá de la culpa que le sea imputable. En la situación descrita existe un acuerdo que impone al acreedor una colaboración activa, pero en su propio beneficio, puesto que sin ella no se logrará la *"prestación"*.

b. Cuando la conducta activa del acreedor puede desprenderse de la naturaleza misma de la obligación. Tal sucederá si el deudor se obliga, por ejemplo, a pagar una deuda del acreedor o realizar un aporte a su nombre, pero éste no especifica la persona a quien deba hacerse válidamente la prestación. La individualización del tercero pasa a constituir un elemento esencial para desplegar el comportamiento que se debe.

c. Cuando para el cumplimiento de la obligación deba necesariamente contarse con la intervención activa del acreedor, atendida la circunstancia que éste es el único capaz de remover un obstáculo que impide la ejecución de la conducta debida. Tal ocurrirá si debiendo entregarse una especie o cuerpo cierto en un

lugar determinado, al cual tiene acceso exclusivamente el acreedor, éste niega su ingreso al deudor.

d. Cuando la participación del acreedor alivia sustancialmente el gravamen que impone la obligación del deudor. Este supuesto se presentará, por ejemplo, si debiendo darse una cierta cantidad de un género determinado al acreedor, este último tiene la posibilidad de obtenerlo en condiciones manifiestamente ventajosas para el deudor. Así, por ejemplo, si el acreedor pertenece a una organización que expende el género adeudado con rebajas significativas, deberá el acreedor allanarse a cooperar con el obligado a fin de aliviar el gravamen que le afecta. Creemos que en tal situación y siempre que dependa exclusivamente del acreedor aliviar el gravamen que pesa sobre el deudor, no puede este último negarse a cooperar. En esta materia se abre camino en el derecho la consagración del principio de *"solidaridad contractual"*, conforme al cual, sin afectarse los legítimos intereses de las partes, debe siempre primar el menor costo relativo para el obligado.

e. Cuando del cumplimiento se sigue un beneficio efectivo para el deudor, cuya obtención depende del acreedor. Lo señalado es frecuente si el pago, en provecho del deudor, por ejemplo, debe constar por escritura pública, o la anotación que no se elimina de un registro o banco de datos personales importa un perjuicio para el deudor.¹⁷

Estas y otras hipótesis posibles revelan que el acreedor no puede restarse en muchos casos a cooperar con el deudor, sea para hacer posible el cumplimiento de la obligación, o aliviar el gravamen que representa la misma, o acceder a beneficios que no importan una lesión para sus intereses. Algunos de los casos propuestos pueden resultar discutibles para quienes reclaman una especie de autonomía absoluta del pretensor respecto del obligado. No es esta nuestra posición, puesto que admitimos que existe una cada vez más estrecha interdependencia entre quienes intervienen en el contrato.

La expansión interna del poder vinculante del contrato (que liga activa y pasivamente a quienes participan en él) permite definirlo diciendo que es una *"convención destinada a crear derechos en el marco de una correlación de deberes (obligaciones) recíprocamente condicionados"*. En este marco es posible acentuar la existencia de deberes recíprocos de diversa intensidad que se complementan tanto activa como pasivamente.

¹⁷ Esta última materia ha dado lugar a numerosos juicios en los últimos meses respecto de la eliminación de los deudores morosos de los registros del llamado DICOM (Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio de Santiago). A tal punto ha llegado la preocupación pública sobre esta cuestión que, en el día de hoy, es la ley la que dispone en qué casos deben eliminarse los datos relativos a la solvencia de los consumidores (Ley N° 20.575 que modifica la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada). Creemos que el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) ha hecho un mal uso de las normas que regulan esta situación, promoviendo una serie de juicios (de interés colectivo y difuso) que, a corto o largo plazo, acarrearán graves dificultades en el comercio establecido.

La teoría general del contrato, a juicio nuestro, no ha puesto el énfasis necesario en esta característica, divorciando la conducta de las partes sin proyectarlas en un terreno común.

Particularmente interesante nos resulta lo que señalan Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey sobre "Responsabilidad por intromisiones injustificadas en derechos ajenos y tras causas de responsabilidad". Sobre este particular escriben: *"A veces se permite una intromisión en los derechos ajenos por razón de un interés privado o público de mayor importancia. Pero semejante intromisión solo puede tener lugar **contra indemnización**, cosa que, si bien no es de un modo general, está reconocida en casos tan numerosos, que tiende a aceptarse como regla allí donde no haya causas especiales que excluyan la responsabilidad. Por razón de intereses privados se permiten esas intromisiones en cierto número de casos... Pero son mucho más numerosas e importantes las intromisiones en los derechos ajenos, que se permiten por razones de bien público..."*. Se enumeran, a continuación, ocho casos en que es posible y lícita la intromisión de un tercero.¹⁸

Cabe preguntarse, entonces, partiendo del supuesto de que es lícita la intromisión de un tercero en una relación jurídica ajena, sobre la base de resguardar los intereses privados y públicos, cómo no va a ser igualmente lícita tratándose de las partes que intervienen en el contrato respecto del deber de colaboración recíproca para alcanzar la ejecución de la *"prestación"*. Adviértase, en todo caso, que no se trata en la especie de la intromisión de un tercero en una relación contractual ajena, sino de la extensión de los deberes que corresponden a una de las partes para hacer posible la ejecución de las obligaciones creadas. Sin perjuicio de lo manifestado, la cita que antecede servirá también para analizar la expansión externa del poder vinculante del contrato.

4.4. Obstrucción activa del acreedor

Párrafo especial merece el caso –no siempre extravagante– de que el acreedor contrate con el propósito de que su deudor incumpla lo estipulado. Esta figura se da casi siempre en función de un aprovechamiento ligado a la existencia de una caución o del desmejoramiento de la posición de un competidor en el mercado o persona con intereses contrapuestos.¹⁹ El problema que planteamos ofrece

¹⁸ Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Tomo I. Parte General. Segunda Parte. Volumen Segundo. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. Año 1981. Pág. 932.

¹⁹ Recuérdese, como caso emblemático, lo ocurrido con la Financiera Eurolatina. Según se ha informado profusamente, esta empresa concedía generosos créditos a personas modestas, de escasos recursos, que eran garantizados mediante la constitución de una hipoteca. En gran parte de los casos, el incumplimiento planificado por el acreedor redundaba en un juicio ejecutivo, que permitía a la misma empresa adquirir el inmueble en condiciones ventajosas. De esta manera, la utilidad proyectada se obtenía haciendo efectiva la caución como consecuencia del incumplimiento del contrato de mutuo (operación del crédito). Lamentablemente, ni los jueces ni los abogados abordaron el problema desde el punto de vista civil, desviando el problema a la arista penal.

una serie de dificultades que se centran, a nuestro parecer, en el escaso avance del derecho contractual. En otras publicaciones hemos sostenido que cuando el deber de conducta estipulado no es suficiente para alcanzar la ejecución de la "prestación", existe lo que llamamos "*error de contratación*", puesto que el medio escogido (obligación) es inidóneo para lograr el fin que se proponen las partes. En el presente caso esta definición no resulta aplicable, ya que se contrata, al menos por una de las partes, no para lograr el cumplimiento de una "prestación", sino para la obtención de otros beneficios que provienen del incumplimiento del deber de conducta estipulado (se sabe de antemano que la "prestación" no podrá ejecutarse). En otros términos, se obra dolosamente, con la intención positiva de causar un daño correlativo a un beneficio que se obtiene ilegítimamente, no obstante aparentarse la existencia de un vínculo jurídico válidamente contraído.

Por consiguiente, el acreedor contrata a ciencia y conciencia de que su deudor no cumplirá la obligación y de ello se seguirá (lo que procura) un beneficio para sus intereses. En este contexto el contrato es relativamente nulo (artículo 1458 del Código Civil), debiendo el contratante doloso reparar los perjuicios que se siguen de su comportamiento.

Desde otra perspectiva, si es el acreedor quien generó el obstáculo o escollo que impide que el deudor cumpla (inducción a contratar a sabiendas que en dichos términos ello ocurrirá), se falta a la diligencia y cuidado que la ley impone al pretensor y, por ende, se tratará de un contratante incumplidor con todas las consecuencias jurídicas que de ello se siguen.

A lo anterior debería agregarse la presencia de una causa ilícita (contraria a la ley), ya que el motivo que induce a contratar (artículo 1467 del Código Civil) no es la obligación asumida por la contraparte (causa final), ni el legítimo deseo de alcanzar los beneficios previstos en la ley para el sujeto activo de la relación (causa ocasional), sino un provecho repudiado en la ley que nace como consecuencia del incumplimiento.²⁰

Así las cosas, forzoso resulta calificar esta relación como viciosa y negarle todo poder vinculante.

Volviendo a la expansión interna del poder vinculante del contrato, creemos que ha quedado de manifiesto que éste liga a las partes (activa y pasiva) en un marco de derechos y obligaciones recíprocas e interdependientes que

²⁰ En esta materia nos remitimos a lo que hemos llamado "doble control de eticidad" y que corresponde a nuestra posición sobre la causa como elemento del acto jurídico. Esta teoría se expone en el libro *Responsabilidad Contractual* (Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Páginas 103 y ss.) A nuestro juicio, la causa en el Código Civil chileno está referida al contrato, no a la obligación y corresponde a la causa "ocasional" que califica los motivos que inducen a contratar.

condicionan la conducta de unas y otras. De aquí la necesidad de superar el reducido estatuto sobre la "*mora del acreedor*" y sustituirlo por un enfoque que profundice la interdependencia que caracteriza el lazo contractual.

5. Expansión externa del poder vinculante del contrato

Complementando este cuadro debemos reconocer que el contrato no sólo se expande en su interior (respecto de las partes que lo celebran), sino también externamente respecto de terceros.

Comencemos por recordar que se atribuye al contrato un "*efecto relativo*", lo cual sirve para delimitar sus consecuencias a las partes que intervienen en él y a sus causahabientes (lo propio ocurre con otras reglas jurídicas, como la sentencia judicial y las resoluciones administrativas). Sin embargo, este recurso didáctico ha impedido examinar el contrato como el cimiento de una "*relación intersubjetiva*" que se proyecta a todo el sistema jurídico. El contrato, si bien obliga directamente a las partes que lo celebran (imponiéndoles un deber de conducta específico), determina la existencia de un "*hecho jurídico*" que servirá de base a otras relaciones de la misma o diversa especie que la anterior. Un ejemplo aclarará lo que se señala. El arrendatario usa la cosa arrendada debiendo ser reconocido y respetado como tal (mero tenedor), tanto por el arrendador como por todos los demás miembros de su comunidad. Asimismo, podrá subarrendar la propiedad, salvo que le haya sido prohibido o no autorizado al efecto, traspasando su derecho a otro sujeto ajeno al contrato de arrendamiento. Lo propio ocurre respecto del comprador, el mutuario, el acreedor hipotecario, el fiador, etcétera.

Por lo tanto, el "*efecto relativo del contrato*" no se opone a su expansión externa, en cuanto generador de hechos jurídicos que condicionan toda suerte de nuevas relaciones contractuales.

Jorge López Santa María se refiere a este tema en los siguientes términos: "*La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de los contratos consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos constituyen una situación de hecho. Un acontecimiento jurídico del mundo exterior, que nadie puede desconocer y que, por lo tanto, tiene vigencia erga omnes. Así percibida la realidad de las cosas, es posible, en no pocas hipótesis, traer al primer plano de una controversia, como antecedente fundamental, un contrato ajeno. Sin que la correspondiente alegación pueda desestimarse sobre la base del principio del efecto relativo*".²¹ En el mismo sentido se pronuncia Ramón Domínguez Águila, cuando escribe: "...no es efectivo que el contrato sea inoponible a terceros. Muy por el contrario,

²¹ Jorge López Santa María. Obra citada. Tomo II. Pág. 361.

*el contrato es, por esencia, oponible a todos, porque nadie puede desconocer el contrato convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir, ni privar, ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato. Lo que ocurre es que el contrato no es únicamente una cuestión de creación de norma legal y de imperio de la voluntad, se inscribe en un contexto social y, por lo mismo, es también un **hecho social**. Afirmar, pues, que los contratos son inoponibles a terceros sería una afirmación inexacta que no ayuda a la claridad de las ideas, por mucho que se repita en alguna jurisprudencia...*"²² Como puede constatarse, existe acuerdo en la doctrina en esta materia, reafirmando lo que señalamos.

5.1. Efectos del contrato sobre terceros

Puede el contrato, además, producir efectos específicos y directos respecto de terceros en virtud de lo preceptuado en la ley, caso en el cual nos hallaremos ante una excepción legal al principio del efecto relativo del contrato. Lo anterior no ofrece dudas, pero lo que interesa es precisar el efecto expansivo al margen de un mandato legal expreso. Volvamos a López Santa María a propósito de la "Oponibilidad de un contrato por terceros a las partes. Reiteradamente, tribunales extranjeros han admitido que la inejecución o el incumplimiento de un contrato por una de las partes, sea invocada contra ella por un tercero como base fundamental de una demanda indemnizatoria en sede extracontractual. No se trata de hipótesis, parecida, por cierto, de la acción directa, puesto que no existe ahora un precepto legal expreso que tutele la mencionada actividad ante el órgano jurisdiccional. Además, la acción directa es de orden contractual. Así, por ejemplo, si un 'garajista' deja mal reparados los frenos o la rueda de un vehículo, la víctima del accidente del tránsito, provocado por el mal funcionamiento de los frenos o por el desprendimiento de la rueda, ha sido admitida a exigir indemnización contra el propietario del taller, oponiéndole el contrato de reparación en que la demandante no tuvo intervención alguna. La víctima del **shock** producido en virtud de una transfusión sanguínea puede accionar contra el banco de sangre que contractualmente proporcionó la sangre (en mal estado) al médico tratante. En iguales términos, también se han acogido demandas de víctimas de daños derivados del despeñamiento de un ascensor mal reparado; como asimismo, demandas de víctimas del derrumbe de una construcción, efectuada de manera deficiente. En todos los casos la legitimación pasiva ha incumbido al cocontratante del hechor directo".²³

Como puede observarse, ha sido la jurisprudencia la que ha abierto camino a la posibilidad de extender los efectos del contrato para alcanzar a terceros que sin haber provocado directamente un daño, derivado del incumplimiento de una obligación, ven comprometida su responsabilidad. En esta hipótesis se

²² Ramón Domínguez Águila. "Los terceros y el contrato". *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*. N° 174. 1983. Pág. 153. Este trabajo está citado por Jorge López Santa María en la obra ya mencionada con algunos comentarios que no es del caso agregar.

²³ Jorge López Santa María. Obra citada. Tomo II. Pág. 364.

deja de lado la aplicación del principio sobre el "*efecto relativo del contrato*" y se opta por el principio de la "*expansión externa del poder vinculante del contrato*".

¿Es posible justificar, desde una perspectiva jurídica, esta decisión que altera lo que tradicionalmente se ha sostenido sobre el alcance del poder vinculante del contrato respecto de terceros?

Nosotros estimamos que ello es posible y necesario, si se atiende a las siguientes razones: a) el contrato, como se dijo, constituye un "*hecho jurídico*" que se integra al escenario en que opera una multiplicidad de relaciones intersubjetivas, por lo mismo, se trata de un factor objetivo que condiciona los efectos y consecuencias que se siguen de una determinada relación jurídica; b) la conducta de quien incumple una obligación (sea en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual) puede hallarse determinada causalmente por el incumplimiento de un tercero que estaba ligado contractualmente a él; c) si el daño que proviene de modo directo del incumplimiento no se habría producido, en el evento de que el tercero hubiere cumplido la obligación que le correspondía, desde el punto de vista causal deben integrarse ambas conductas —la del deudor incumplidor para con la víctima y la del tercero para con el victimario—, porque no ha podido desplegarse una conducta sin la existencia de la otra; d) nada obsta a que la causa de un daño (fundado en la existencia de incumplimientos sucesivos) pueda ser imputada a dos o más personas, tanto más si un incumplimiento está determinado por el otro; e) el incumplimiento del tercero (que desencadena el incumplimiento del deudor) no es una condición del daño producido, sino causa de él, porque resulta previsible de acuerdo al orden normal de las cosas.

No nos encontramos ante el problema de las "*concausas*", sino ante la integración causal de dos conductas que se implican tan estrechamente que la primera no existiría sin la segunda. Tratándose de "*concausas*", los hechos que las constituyen operan independientemente, aun cuando puedan ser coetáneas, entrecruzándose al momento de generarse el daño y desatando entonces y como consecuencia de ello el conflicto sobre la responsabilidad. No ocurre lo mismo en la hipótesis que nos ocupa, puesto que la conducta directamente dañosa tiene como causa inmediata y necesaria el incumplimiento de una obligación asumida por un tercero.

5.2. Implicación causal sobre dos conductas sucesivas

¿Pueden implicarse causalmente dos conductas sucesivas, en el entendido que la que provoca el daño no podría haberlo producido sin la ocurrencia de la precedente? ¿Debe considerarse el primer incumplimiento (presupuesto obligado del segundo) como una "*concausa*" en la producción del daño? Creemos que aquí reside el problema que nos interesa dilucidar. Insistamos en que no

estamos en presencia de una "*concausa*" y que ello queda de manifiesto por el solo hecho de que se trata de conductas que no se dan independiente, sino sucesivamente, en términos tales que una condiciona y provoca la segunda. No cabe, a nuestro juicio, restringir la "*relación causal*" arbitrariamente a una sola conducta (segundo incumplimiento), en circunstancia que éste no pudo producirse sino en conexión con el primero. La "*causa adecuada*", como se dijo, distingue las "*condiciones*" que deben concurrir para la producción del daño, de las "*causas*" del mismo. No cabe duda que en la hipótesis que analizamos lo que hemos llamado primer incumplimiento es causa del daño que provoca el segundo incumplimiento.

De aquí que pueda decirse que todos los hechos que concurren a la generación de un daño son condiciones de él, pero no son su causa desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Sólo es posible considerar causa de un daño los acontecimientos que deberían producirlo normalmente. La relación entre el hecho y el daño que resulta debe ser "*adecuada*", no simplemente fortuita.²⁴

En suma, puede sostenerse que potencialmente el daño está contenido en el primer incumplimiento (p. ej. situación del garajista que no cumple el contrato de mantención de un vehículo, o de la persona que sufre una transfusión de sangre contaminada), en términos que, conforme el curso normal de las cosas, el daño habrá de manifestarse irremediablemente al producirse el segundo incumplimiento.

En varias otras publicaciones, a propósito de la responsabilidad contractual, hemos sostenido la necesidad de superar las rigideces de que suelen ir acompañadas las diversas teorías sobre la causalidad. Una de aquellas proposiciones, radica en la posibilidad de retroceder en la relación causal, integrando a ella, por este medio, todos aquellos actos, factores y conductas que con certidumbre han contribuido a la producción del daño. Así, por vía de ejemplo, si un laboratorio farmacéutico suministra a un establecimiento comercial un medicamento defectuoso, el daño –tratándose de la responsabilidad contractual– causalmente lo provocará la farmacia al vender el producto, debiendo el laboratorio responder a la farmacia y ésta al consumidor. Si admitimos la tesis de que es posible retroceder en la cadena causal, el consumidor podrá accionar contra el laboratorio, contra la farmacia, incluso contra los proveedores del primero, todos los cuales pueden haber tenido una participación evidente en la causación del daño. No se trata de volver a la teoría de la "*equivalencia de las condiciones*" (*conditio sine qua non*), sino de permitir al juez reconstruir la cadena causal incorporando a

²⁴ Lo señalado no implica desatender nuestra teoría sobre la "causa necesaria en materia contractual", expuesta latamente en el libro *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Págs. 275 y ss. A juicio nuestro, la teoría de la causa admite una distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, radicándose la primera en el "incumplimiento" de las obligaciones definidas y tipificadas en el contrato.

ella todos los factores, actos y conductas que con certidumbre han contribuido a provocar el daño. Lo indicado, ciertamente, amplía las facultades de los jueces, al permitirles, en el ámbito contractual, determinar en qué medida han contribuido a la producción del daño las conductas que condicionan su existencia.²⁵

Cabe tener en consideración el hecho de que la relación causal en la responsabilidad contractual ha sido poco estudiada entre nosotros. Se ha puesto acento a esta materia en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual, sin advertir las diferencias que presenta esta última con aquélla. Muy probablemente las dificultades que presenta esta materia sean consecuencia de lo señalado.

5.3. Incumplimiento causado por un tercero

Cabe todavía analizar la situación que se produce cuando el incumplimiento de un contrato es consecuencia de la acción de un tercero, cuya conducta obstruye la posibilidad de que el deudor despliegue la conducta debida.²⁶

Sobre este punto pueden observarse dos escenarios diametralmente distintos: aquellos casos en que la ley permite expresamente la intervención de un tercero (acción directa), como sucede, por ejemplo, tratándose de la impugnación de un contrato simulado; y aquellos casos en que la intervención del tercero no se encuentra regulada en la ley.²⁷

Si un tercero interfiere en el cumplimiento de un contrato, sin hallarse facultado expresamente en la ley para hacerlo, sólo podrá demandarse su responsabilidad extracontractual (puesto que no es parte de la relación jurídica). Si, a la inversa, se encuentra facultado en la ley al efecto, se someterá a las normas de la responsabilidad contractual, porque en dicho supuesto se lo ha integrado a la relación contractual.

²⁵ En nuestro libro sobre la *Responsabilidad contractual*, ya citado, postulamos, respecto de la causalidad, una doctrina que denominamos "teoría de la causa necesaria". Esta teoría pone acento en el incumplimiento como fuente necesaria de la responsabilidad contractual. Sostenemos que todo daño contractual ha de estar fundado en el hecho de no haberse desplegado la conducta asumida por el deudor en el contrato. En consecuencia, hay una "causa necesaria" sin la cual no puede reclamarse responsabilidad alguna. Esta teoría enfatiza la diferencia que se observa respecto de la responsabilidad extracontractual. En la publicación que invocamos se analiza, también, la concurrencia de otras causas (concausas), distinguiendo dos tipos distintos de concausas: las que operan después del incumplimiento determinando el aumento o la atenuación del daño producido; y las que aparecen coetáneamente con el incumplimiento y que contribuyen a que éste se produzca. Los conceptos mencionados son perfectamente aplicables junto con la proposición de retroceder en la relación causal para integrar en ella aquellas conductas que condicionan el incumplimiento contractual.

²⁶ Sobre esta materia puede presentarse una serie de situaciones que escapan a nuestro análisis. La doctrina –entre ellos Francesco Messineo ya citado– distingue un contrato en perjuicio de terceros, un contrato sobre el patrimonio de un tercero, un contrato a favor de un tercero, un contrato a cargo de un tercero (promesa del hecho de un tercero), y un contrato que incida sobre la situación del tercero. A nosotros sólo nos interesa, para efectos de este trabajo, el impedimento del tercero que obstruye el cumplimiento de un contrato.

²⁷ A este respecto ver a Jorge López Santa María. *Los contratos*. Parte General. Tomo II. Pág. 362.

Conviene preguntarse cuál es el efecto que genera la intervención obstructiva del tercero respecto de la responsabilidad del deudor en el incumplimiento. Esta hipótesis descarta toda posible complicidad, connivencia o entendimiento entre el tercero y el obligado. En el evento de que exista este vínculo, el tercero no será más que un instrumento de que se vale el deudor para eludir el cumplimiento de la obligación. Lo mismo puede sostenerse en lo relativo a las personas de cuya conducta fuere responsable el deudor (artículo 1679 del Código Civil).

En el entendido que el tercero sea absolutamente ajeno al deudor, caben al acreedor dos recursos posibles: perseguir la responsabilidad extracontractual del tercero (sometiéndose a todas las exigencias impuestas en la ley), o exigir al obligado la cesión de las acciones que a éste correspondan contra el tercero (aplicación del artículo 1677 del Código Civil). En todo caso, la obligación del deudor se extingue por "*caso fortuito*", ya que el hecho del tercero que impide el cumplimiento, en la medida que sea imprevisto y el deudor no pueda superarlo con la diligencia y el cuidado debidos, coloca a éste en la imposibilidad de desplegar la conducta que impone la obligación. Un autor ha señalado sobre este punto: "**Hecho de tercero.** Es el acto emanado de una persona extraña al deudor que constituye un caso fortuito o fuerza mayor cuando reúne los requisitos estudiados (hecho imprevisible, inevitable, ajeno al deudor, actual, sobreviniente a la constitución de la obligación, obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación). Si el acto proviene de un tercero por el que debe responder el deudor no hay 'casus', ya que estaría en juego la culpa de éste que la ley presume sin admitir prueba en contrario. El tercero autor del hecho puede estar identificado o ser ignorado. Para que pueda hablarse de **hecho de tercero** 'no es necesario —dicen Mazeaud y Tunc— que ese tercero sea conocido. Basta que se tenga la certidumbre que el daño es debido al hecho de una persona. Sin duda tal certidumbre será establecida más fácilmente si es posible individualizar al tercero; pero ella puede existir sin esto: así, cuando el tercero se ha fugado y no se ha podido encontrar'".²⁸

Estos son, a nuestro juicio, los efectos principales que conlleva el efecto expansivo externo del poder vinculante del contrato. La doctrina jurídica ha denominado también a este fenómeno "*efecto reflejo del contrato*". Aun cuando se trata de una cuestión meramente terminológica, creemos es preferible hablar de "*efecto expansivo interno y externo*", refiriéndolo al poder vinculante de la relación. Barbero alude a este concepto en los siguientes términos: "**La eficacia directa** es aquella que se despliega en efectos esenciales o naturales, dirigidos a **realizar la intención contractual**, o en general, **negocial**. **La eficacia refleja** es aquella que, por efecto de dicha realización, se refleja también en el patrimonio de

²⁸ Jorge Joaquín Llambías. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Cuarta Edición actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires. Año 1983. Pág. 244.

terceras personas. Y ésta no es propia solamente de los contratos". (Cita al efecto, la remisión de la deuda, la novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios si no ha sido expresamente limitada, etcétera).²⁹

Como puede constatarse, el contrato ofrece fronteras aún vírgenes que deben encararse. La institución mencionada es de tal importancia en el desarrollo de las sociedades modernas que estará permanentemente en revisión para adaptarla a las nuevas exigencias de la comunidad jurídica.

III. Tres cuestiones ligadas al contrato

En el análisis que nos hemos propuesto no pueden eludirse tres cuestiones íntimamente vinculadas al contrato. Me refiero a la limitación de la responsabilidad civil, a las consecuencias probatorias del "consensualismo", y a los desafíos que diariamente plantea el avance científico tecnológico que, bien o mal, van siendo obligadamente recepcionados por el derecho.

1. Limitación de la responsabilidad contractual

La larga trayectoria histórica del contrato revela que la responsabilidad que emana de su incumplimiento se ha ido atenuando, pasando de un extremo (como ocurría con la pérdida de la libertad y las consecuencias corporales que se seguían de su quebrantamiento) a la actual situación. Hay, en esta perspectiva, dos factores importantes que son fruto de la creciente humanización del derecho.

Por un lado, la abolición de la "*prisión por deuda*" (incumplimiento de una obligación y entre ellas las emanadas del contrato) y, por el otro, la limitación o reducción del "*derecho de prenda general*".

La eliminación de la "*prisión por deuda*" se fue abriendo camino especialmente a través de tratados internacionales en los cuales los países se comprometían a desterrar esta sanción de su legislación. Así, por ejemplo, el "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*" adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, de 16 de diciembre de 1966, y suscrito por Chile en esa misma fecha, posteriormente ratificado, promulgado y publicado en el Diario Oficial del día 29 de abril de 1989, dispone en su artículo 11: "*Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*". La "*Convención Americana Sobre Derechos Humanos*", denominada "*Pacto de San José de Costa Rica*", ratificada

²⁹ Doménico Barbero. *Sistema de Derecho Privado*. I. Introducción. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Año 1967. Pág. 613.

por Chile y publicada en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991, prescribe en su artículo 7, sobre libertad personal, N° 7: *"Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimenticios"*. Recordemos que en ambos tratados el Estado de Chile se obliga a respetar los derechos y libertades contemplados en ellos, comprometiéndose, en este último, a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de los mismos tratados, *"las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades"*. En consecuencia, la legislación chilena no admite la llamada *"prisión por deuda"*, que ha pasado a ser un resabio de otra época.

El *"derecho de prenda general"* constituye la afectación de todo el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación. El artículo 2465 del Código Civil dice que *"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618"*. Como resulta obvio, lo señalado implica que puede el acreedor perseguir los bienes o cuerpos ciertos que se le deben cuando ellos se encuentran en poder del deudor, o bien, tratándose de un cumplimiento por equivalencia (indemnización de perjuicios), obtener la realización de los demás bienes para la obtención de los recursos destinados al pago que corresponde. Ocurre, sin embargo, que se ha ido limitando el *"derecho de prenda general"* aumentando los bienes inembargables, de suerte que van disminuyendo los bienes sobre los cuales puede hacerse efectivo el derecho del acreedor. Para comprobarlo basta analizar comparativamente el artículo 1618 del Código Civil, aludido en la definición del *"derecho de prenda general"*, con el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, que amplía considerablemente los bienes no susceptibles de quedar afectos al cumplimiento de las obligaciones. Más aún, el N°18 de esta última disposición agrega, genéricamente, *"Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar"*. Entre estas última deben incluirse los recursos de los afiliados de las Administradoras de Fondos de Pensiones o ahorro previsional y numerosos otros bienes que se estiman provenientes de medidas asistenciales.³⁰

En suma, predomina una tendencia a ampliar los bienes inembargables y, paralelamente, reducir el patrimonio sobre el cual puede el acreedor hacer valer sus derechos. Lo que señalamos cobra mayor importancia en la medida que se desconoce el principio fundamental del mecanismo instituido en el artículo 2465 del Código Civil. Si bien es cierto que teóricamente el deudor afecta todos sus bienes embargables al cumplimiento de la obligación contraída, no pierde, sin embargo, ni la propiedad, ni el goce, ni el uso de los mismos. Lo anterior

³⁰ Sobre los fondos de pensiones el artículo 35 del Decreto Ley N° 3.500, señala que *"El valor de cada uno de los Fondos de Pensiones se expresará en cuotas. Todas las cuotas de un Fondo de Pensiones serán de igual monto y características, y serán, además, inembargables"*.

queda neutralizado por el hecho de que los bienes que salen de su patrimonio son subrogados por los bienes que ingresan a él, concediéndose al acreedor las acciones para el caso de que, en estado de insolvencia, el deudor pretenda desprenderse maliciosamente de sus bienes, disminuyendo su patrimonio en desmedro de los derechos del acreedor (acción pauliana del artículo 2468 del Código Civil y, eventualmente, acción por simulación). No admite discusión el hecho de que, en la medida que le sea permitido al deudor reducir u ocultar sus bienes, se debilitará el derecho contractual y aumentará la incertidumbre de las relaciones que nacen del contrato.

Por último, aun cuando desde otra perspectiva no pueden dejar de mencionarse las dificultades con que tropieza el acreedor por el retardo de los "*juicios ejecutivos*", y el predominio de lo que hemos llamado "*cultura del incumplimiento*", la cual se expresa nítidamente en las excepciones que puede el deudor (en general) oponer a la ejecución (19 en total). Y qué decir de los "*juicios declarativos*", como ocurre al demandarse la resolución de un contrato por incumplimiento de lo estipulado.

De lo dicho se desprende que no corren buenos tiempos para el contrato y el esplendor que supone su existencia y funcionamiento en una sociedad económicamente desarrollada.

2. Dificultades probatorias que plantea el consensualismo

Dijimos en lo precedente que en materia contractual el consensualismo es la regla general. Desde el punto de vista de su perfeccionamiento, el contrato puede revestir tres tipos: consensual, real y solemne. Los primeros se perfeccionan por la formación del consentimiento (concurso real de voluntades sin que sea necesaria formalidad alguna). Los segundos se perfeccionan por la entrega o tradición de la cosa. Los últimos mediante una formalidad instituida en la ley. Atendida esta naturaleza, la prueba de los contratos consensuales se hace más difícil, puesto que no reviste demasiada complejidad probar la entrega o tradición de la cosa (lo cual supone siempre un desplazamiento material de la especie sobre que se contrata), en tanto los contratos solemnes se prueban por sí mismos a través de la formalidad establecida en la ley.

Nuestro Código Civil ha establecido una exigencia general respecto de los contratos consensuales y reales, de acuerdo a la cual "*Deberán constar por escrito los actos y contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias*". (Artículo 1709 inciso 1°). A su vez el artículo 1708 complementa esta regla diciendo que "*No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito*". El alcance de esta "*sanción civil*" se halla descrito en el mismo artículo 1709 inciso 2°, para el caso de que por medio de testigos se pretenda alterar lo que reza la letra del

acto o contrato. La indicada disposición señala que *"No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance la referida suma"*.

Como puede comprobarse, el legislador revela una manifiesta desconfianza hacia la prueba testimonial, la cual ha demostrado –entre nosotros– carecer de consistencia y seriedad, no obstante lo cual sigue siendo invocada en la mayor parte de los juicios civiles. Paralelamente, se establecen excepciones para casos calificados. Así por vía de ejemplo: i) cuando existe un principio de prueba por escrito, vale decir, un *"acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso"* (artículo 1711); ii) en el contrato de comodato (artículo 2175); iii) en el contrato de depósito *necesario* (artículo 2237). En todas estas hipótesis es posible invocar la prueba testimonial, atendiendo, sin duda, a las especiales características de estos contratos y las circunstancias en que se celebran.

Más aún, el artículo 2217 del mismo Código Civil, a propósito del contrato de depósito, se pone en una situación bien especial: *"Cuando según las reglas generales deba otorgarse este contrato por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución"*. Cabe preguntarse: ¿de qué tipo de presunción se trata? No cabe duda que nos hallamos ante una presunción ***simplemente legal***, ya que la remisión alude a las *"reglas generales"* que consagran la exigencia de otorgar el contrato por escrito y a los efectos que se siguen de su infracción. No puede perderse de vista el hecho de que la *sanción para el caso de que el acto o contrato no conste por escrito, no obstante tratarse de una cosa cuyo valor excede dos unidades tributarias*, es la inadmisibilidad de la prueba testimonial, no la inadmisibilidad de los demás medios probatorios (confesión, informe de peritos, presunciones, inspección personal del tribunal). Se ha discutido respecto de este artículo, además, si es procedente, para acreditar el depósito mediante la prueba de testigos, la existencia de un principio de prueba por escrito. A nuestro juicio, la excepción contemplada en el artículo 1711 es plenamente aplicable en la especie, a pesar de algunos fallos que han sostenido lo contrario.

No puede desconocerse el hecho de que en la actualidad, gracias a los avances tecnológicos que tanto han enriquecido los medios de comunicación, se fortalece el consensualismo, ya que muchas de las tratativas preliminares quedan registradas en documentos electrónicos, lo cual facilita la reconstitución de una negociación y posterior celebración de un acto o contrato.

En este contexto no es fácil predecir cuál será la suerte del consensualismo, ya que, por un lado, se mantiene la desconfianza en la prueba testimonial y, por

el otro, se fortalece el registro de conversaciones, negociaciones y acuerdos, todo lo cual queda registrado en instrumentos electrónicos que suplen las insuficiencias que inspiraron nuestro Código Civil. Por consiguiente, hay factores que permiten mirar con optimismo el futuro del consensualismo y factores que siguen obstruyendo su expansión.

3. El avance científico tecnológico

El mundo se encuentra inmerso en un proceso cuyas dimensiones no alcanzamos a medir. No se trata de un descubrimiento (como la máquina a vapor o la producción en serie) que conmovió a muchas naciones, abriendo paso a la "*revolución industrial*", con todas sus consecuencias políticas, ideológicas, económicas, sociales, etcétera. La "*revolución tecnológica*" se caracteriza por su continuidad, permanencia y perfeccionamiento de sus muchos aportes. Día a día, se ofrecen nuevas creaciones, se corrigen y extienden las existentes, se abarcan otros campos todavía ignotos. Nadie puede anticipar a dónde llegaremos por este camino. Lo cierto e indiscutible es que el fenómeno implica un cambio cultural que deberá introducirnos en una sociedad de contornos distintos de los conocidos hasta hoy. Desde luego, podemos anticipar un cambio profundo en los métodos y sistemas de enseñanza, en los programas de escuelas, colegios, institutos y universidades. Ha nacido una nueva generación, cuyas valoraciones son muy distintas de aquellas que inspiraron nuestra formación. La cultura, concebida por José Ortega y Gasset como el conjunto vital de ideas de cada tiempo, ha cambiado su eje, confrontando, cada vez con más fuerza, el pasado con el presente.

Esta transformación, que abarca todos los sectores y a todos los grupos, influirá tanto en el contenido como en la aplicación del derecho, imponiéndole la necesidad no sólo de actualizarse a la luz de las nuevas valoraciones, sino de descubrir la manera de ir adaptándose a una realidad en constante cambio. La tarea excede en mucho nuestras modestas capacidades y, por qué no decirlo, el peso del tradicionalismo constituye un escollo para proponer y lograr soluciones que, tarde o temprano, deberán alcanzarse.

Afirmo que el contrato, en este nuevo contexto, seguirá siendo herramienta fundamental y un instrumento que facilitará las relaciones reguladas por el derecho. El desarrollo económico, la necesidad de unificar voluntades en torno a tareas complejas que se implican, las oportunidades que brindan los medios de comunicación y transporte, la extensión de los descubrimientos científicos, el mejoramiento de la calidad de vida y la detección de problemas que durante siglos permanecieron ocultos, en fin, el nuevo mundo que comienza a insinuarse, requerirá un diseño jurídico distinto. Para dimensionar lo que señalamos basta con representarnos los desafíos que surgen de la llamada "*globalización*". Este fenómeno ha extendido el comercio internacional y el

intercambio económico y cultural de modo nunca imaginado, demandando nuevas estructuras cuya construcción no admite dilaciones. Las fronteras se han desdibujado y comienzan a emerger grandes bloques que demandan con urgencia una regulación jurídica proporcional.

Es a propósito de esta constatación que el contrato, con su capacidad para regular y autolimitar la libertad, organizar la creación, distribución, goce e intercambio de bienes y conformar un estatuto jurídico propio para cada uno de los imperados, se nos aparece como una contribución insustituible, tratándose del anhelo de ampliar las fronteras de la persona humana.

Nos aguarda, creo yo, el nacimiento de un derecho más perfecto, que se irá perfilando gradualmente y que exigirá instrumentos que aseguren y afiancen la libertad. La experiencia europea, incluso considerando la crisis que la afecta, da cuenta de la evolución que sufrió el derecho interno, para dar cabida e incorporar las normas del derecho comunitario.

Los grandes pensadores, incluyendo entre ellos en el campo jurídico a Hans Kelsen, anticiparon la existencia de una especie de *"Estado Universal"*, regido por el Derecho Internacional. Si se observa de qué manera ha cobrado fuerza en los últimos años el antiguo "Derecho de Gentes", se podrá medir la importancia que cabe asignarle en esta nueva realidad. La función económica, social, política e institucional del contrato puede ser un aporte significativo para el futuro que avizoramos.

