

Esteban Pereira Fredes (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*. Santiago: Thompson Reuters.

La pregunta que se hace el Esteban Pereira es un paso obligado en el curso de Derecho de los Contratos o, al menos, debiera serlo. Una interrogante que atraviesa la Filosofía, la Teoría Legal y, por cierto, el Derecho Civil. Interrogarse acerca de por qué los contratos obligan, constituye una cuestión central del Derecho de los Contratos.

El intento que se propuso no es descriptivo, sino prescriptivo, por eso afirma que el Derecho de los Contratos no responde a juicios meramente descriptivos sino de índole normativos.

Su propósito fue reflexionar acerca de la justificación de la obligatoriedad de la regla contractual. Cuál es el fundamento para que los contratos obliguen. Y propone a partir de los desarrollos de Kimel una explicación normativa sobre la base de la autonomía individual de la obligatoriedad de los contratos.

La tarea, ardua tarea, del autor, parte por un esquema entre aproximaciones normativistas y no normativistas de las teorías que explican la obligatoriedad del contrato. Según las primeras es pertinente una observación evaluativa y no solo descriptiva, se trata de una genuina justificación; en cambio las segundas, prescinden de la justificación moral o evaluativos, y se vinculan más bien a criterios de eficiencia.

El primer capítulo alude a las distintas teorías a través de las cuales podría explicarse la obligatoriedad de

los contratos, desde el utilitarismo, el pretendido principio de la autonomía de la voluntad, Aristóteles, Aquino, hasta Fried, en quien se detiene con exhaustividad, desentrañando la teoría y también explicando las críticas de que ha sido objeto entender el contrato como promesa, no solo en cuanto palabra empeñada y sincera sino como un compromiso de acto hacia el futuro. Aunque, ya en el término del libro, circunscribe la tesis de Fried al sistema anglosajón

“donde existe una relación conceptual entre las nociones de contrato y promesa”,

lo que excluye la promesa moral, afirma el autor, como fundamento, siendo necesario

“dotarlo de una mayor dimensión de compatibilidad con el escenario contractual formalmente caracterizado por la paulatina intervención del órgano legislativo en el derecho de contratos”.

Fried, solo aportaría un cierto marco necesario para debatir el genuino fundamento de la obligatoriedad del contrato.

Hasta acá, en el primer capítulo, se cumple con una función descriptiva de las teorías normativas. Sigue el estudio de las teorías no normativas, en que expone la teoría de Kelsen, que prescinde de respuesta a lo interrogado y se centra en las consecuencias del quebrantamiento. Lo definitorio es la ley, se funda la fuerza obligatoria en la ley, porque la ley lo prevé. Si bien la afirmación es exacta está desprovista de

interés. No hay rastro del fundamento. Por lo mismo Kelsen se interrogaba acerca de cuáles son las razones que han llevado al legislador a instaurar el contrato como un hecho creador de Derecho, en su artículo acerca de la teoría jurídica de la convención. Termina el catálogo de teorías con el análisis económico, aunque más bien centrado en el problema del incumplimiento eficiente que fragiliza en gran medida la fuerza obligatoria del contrato. Esto plantea dos problemas, al menos. Uno relativo a si es posible determinar la eficiencia en el incumplimiento ante una mejor oferta, si el incumplimiento será voluntario y, susceptible de calificarse como doloso, abriendo la compuerta a la indemnización de perjuicios imprevistos, sin el límite del art. 1558 del *CC*. Lo otro refiere a la aproximación más horizontal de los remedios en que el incumplimiento no debiera siempre traducirse o no en forma preferente en cumplimiento de la pretensión, al menos no cuando sea posible obtener el propósito práctico por otros remedios, en particular la indemnización, lo que trae a colación el deber de minimizar el daño como un límite al cumplimiento específico.

De hecho, a propósito del análisis económico del Derecho, se plantean problemas de incumplimiento, en el ámbito de la ejecución del contrato, más que el fundamento de por qué obliga. Así también ocurre en la explicación a propósito del contrato y su tradición aristotélica y en no pocos pasajes de la explicación del contrato como promesa de Fried y en *excursus* relativo a la imprevisión o revisión del contrato.

Una pregunta que me hice al término del libro acerca del primer capí-

tulo fue que tan necesario era describir las diversas teorías y si no habría sido mejor delimitar el problema en un fundamento normativo y optar, en forma crítica, por la opción de la autonomía individual desde el inicio, rescatando solo las explicaciones que orientaran el debate hacia el fundamento moral, desechando la promesa y centrándose en la autonomía individual.

La segunda parte que me resultó más familiar, alude a la evolución del contrato, según indica el Esteban Pereira se trataba de:

“mostrar la pertinencia de admitir la influencia de la voluntad en la práctica contractual, que aún existe espacio para la voluntad y las consideraciones valorativas a pesar del incremento de las consideraciones de forma en la regulación de los contratos”.

Y ahí se va delineando una opción por la autonomía privada como justificación de la obligatoriedad, y a propósito del declive de ese fundamento para ciertas categorías contractuales, se revisa el contrato de adhesión, el contrato dirigido y el contrato forzoso.

Sin embargo, en esta parte discrepo en alguna medida del análisis efectuado. No solo porque constituye un mito que la autonomía de la voluntad fue un fundamento para los redactores del *Código Civil* francés o que el contrato era un recipiente que transpiraba libertad contractual. Ambas afirmaciones hoy han sido con argumentos contundentes desvirtuadas.

La afirmación de Tapia que hace suya Esteban Pereira, que señala:

“la visión del hombre del Código Civil se funda esencialmente en la voluntad”,

parece no ser tan exacta si consideramos los planteamientos en los trabajos preparatorios del *Code Civil*, al que se refiere Mauricio Tapia Rodríguez.

O esta otra afirmación: los principios del consensualismo, la libertad contractual y la fuerza obligatoria pueden reconducirse

“a la fuente central del derecho privado, esto es, la autonomía de la voluntad”.

Y agrega que la estrecha relación que existe entre la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos, será determinante al momento de evaluar las posibles estrategias de justificación de la obligatoriedad del vínculo contractual. Y se asevera que el efecto obligatorio no puede desvincularse de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, como dije, esto pareciera no ser fiel a la historia ni menos al texto de los códigos decimonónicos, ni tampoco acorde con la evolución de los contratos.

En un texto dedicado a la insensibilidad de los redactores del *Código Civil* francés, a propósito del art. 1134, fuente del art. 1545, se leía:

“Si el hombre esta condicionado por sus apetitos, si su voluntad no es más que una golondrina, los individuos que se unen en contrato deben ser, por el interés general, atados a su compromiso, y por lo mismo el legislador mantendrá en los riñones

de cada contratante la punta de este inciso para mantener socialmente ordenada esta masa de individualidades mecánicamente egoístas”.

El problema ha sido y al principio el autor en alguna medida adhiere al planteamiento de considerar la autonomía de la voluntad como una teoría, la que habría estado presente en el *Código* y explicaría en gran medida el Derecho de los Contratos y, por ende, debiéramos rescatarla, salvarla de estos fenómenos contractuales que dificultan su manifestación.

Ya es una verdad bastante compartida que la aparición de la autonomía de la voluntad en el discurso jurídico es bastante tardía. En Chile al menos no remonta más allá de Luis Claro Solar, quien por lo demás expone una comprensión muy alejada de cómo ha sido planteada la teoría desde la segunda mitad del siglo XX, a partir de la recepción tradicional de la teoría en la obra de Alessandri acerca de los contratos.

En Francia tampoco tiene una impronta más añeja y solo a fines del siglo XIX los internacionalistas comenzaron a utilizar el término con el objetivo de explicar que la ley de conflicto debiera ser aquella escogida por las partes.

Solo con la mutación de la escuela francesa clásica, mal llamada con desprecio exegética, hacia un modelo fundado en la obra de Gény y Raymond Saleilles, con el *Código* pero más allá del *Código*, atentos a la realidad social.

A esto debe sumarse la aparición de la contratación masiva, la cuestión social, el contrato de adhesión y en ese contexto surge la denominada teoría de la autonomía de la voluntad, la cual

se sistematiza, para mejor atacarla, en la tesis de Emmanuelle Gounot.

Resulta importante conocer este aspecto, pues tendrá influencia en la comprensión de la teoría en las obras que se citan en el libro comentado, en particular Somarriva, Alessandri, en alguna medida López Santa-María.

Sin embargo, Emmanuelle Gounot, el que mediante la caricatura de las ideas que supuestamente justificaban la obligatoriedad del contrato, delinea las manifestaciones tradicionales de la autonomía de la voluntad: libertad contractual, de contratar y con quien contratar. En esta tesis, bastante poco rigurosa, se entronca la “autonomía de la voluntad” con la escuela jusnaturalista, la filosofía de las luces, el pensamiento económico liberal, la doctrina del contrato social y, sobre todo, con la filosofía moral de Kant, donde se encontraría su “expresión más perfecta”. Esta aseveración desmistificada hoy, en razón que la autonomía de la voluntad del filósofo austriaco es moral y no jurídica, pues no es en su doctrina del Derecho sino que en los fundamentos de la metafísica de las costumbres y en la crítica de la razón práctica que el autor elabora dicha teoría. Aquella idea según la cual debemos actuar según la máxima que podemos querer al mismo tiempo que se transforme en ley universal está bastante lejos de la autonomía de la voluntad en cuanto teoría jurídica. Así, por lo demás, aparece explicado en el libro,

Desde otra perspectiva, esta idea según la cual nadie puede ser obligado sin haberlo querido es falsa. La obligación puede y en muchas oportunidades lo es a pesar del querer de las personas, basta recordar aquellas obligaciones

que nacen sin convención o en el ámbito de la responsabilidad aquiliana.

Tampoco la voluntad puede plantearse como el alfa y el omega del contrato. Los límites son numerosos, el orden público, el interés general y lo previsto en el art. 1545 conforme al cual la fuerza obligatoria aplica a los contratos legalmente formados. Más bien en los contratos reina la heteronomía de la voluntad, a través el derecho imperativo, los límites legales y hoy constitucionales y, por último, la técnica de contratación.

Mal podría, en consecuencia, ser la voluntad el fundamento de la obligatoriedad de los contratos.

En realidad, es la debilidad congénita de la voluntad lo que explica en el espíritu de los redactores del *Code* la intervención coercitiva del legislador para forzar el cumplimiento de los contratos.

342

Todo este mal entendido llevó a que hasta hoy no pocos profesores echando mano a la autonomía de la voluntad justifiquen del lado de la formación, el consensualismo y la libertad contractual y en el ámbito de la ejecución, la fuerza obligatoria y el efecto relativo de los contratos. Todo armoniosamente liado por la autonomía de la voluntad. Con el tiempo se agregó un capítulo siguiente dedicado a los límites e insuficiencias.

Luego de teorías que han planteado el problema recurriendo a justificar la voluntad como motor inicial, pero sometida a los límites previstos en la ley, el problema continua, y la pregunta sigue vigente, ¿por qué la ley otorga fuerza obligatoria a la norma contractual? ¿Por qué la sociedad impone el respeto de las voluntades individuales?

En la parte inicial del libro hay una declaración interesante, en que se propone disolver

“la aparente distinción entre dos órdenes de problemáticas: a saber, por un lado, preguntarse por la justificación de la existencia del contrato y, de otro, cuestionar la obligatoriedad del vínculo contractual”.

En lo relativo a la obligatoriedad del contrato, debiera también agregarse un deslizamiento desde el por qué obliga el contrato a cuándo obliga el mismo. Trasladar la pregunta del por qué a cuándo obligan los contratos.

A la luz de la norma, la respuesta es simple: cuando el contrato ha sido legalmente formado, esto es, cuando se han satisfecho las condiciones de validez, las que son compartidas, dos personas capaces han consentido en una operación determinada conforme al orden público permitiendo la satisfacción de sus intereses.

Entre las teorías normativistas expuestas, el análisis del utilitarismo reconduce a la propuesta contemporánea de Ghestin: la teoría de lo útil y de lo justo. Para este autor “lo justo y lo útil son los fundamentos de la fuerza obligatoria del contrato”, en relación a la utilidad, alude a aquella pública, es esa la más importante, más allá de la utilidad particular del contrato. Es la utilidad pública del contrato o el interés general lo que explica los límites al contrato. En relación con la justicia, apoyándose en Aristóteles y santo Tomás de Aquino, opone la justicia distributiva y la justicia conmutativa o correctiva, indicando que en materia contractual:

“es la justicia conmutativa o correctiva la que juega el rol más característico”.

Esta exigencia de justicia conmutativa impone:

“que el contrato no destruya el equilibrio que existía anteriormente entre los patrimonios; lo que implica que cada una de las partes recibe el equivalente de lo que ha dado”.

Así queda delimitado el verdadero problema acerca de la obligatoriedad del contrato.

El respeto de la utilidad pública (interés general) y la protección de la justicia contractual (intereses individuales) son efectivamente los dos imperativos que la ley, y tras ella la sociedad, opone al desarrollo pleno de las voluntades individuales.

Se debe determinar la frontera o justo límite entre estos dos extremos, entre la libertad contractual y el interés general y la justicia individual.

Existe un doble conflicto: libertad contractual versus interés general y libertad contractual y justicia contractual.

El conflicto entre libertad contractual e interés general es esencial, colocando en el tapete la problemática fundamental de vivir en sociedad, cuál es el lugar para los individuos y cuál para el Estado, libertad privada y organización social.

Incluso, en lo que respecta a la escuela solidarista del contrato, aquella que pretende un equilibrio necesario y podríamos decir obligatorio de la relación contractual, se percibe, o al menos ha sido la crítica, un abandono de la importancia del interés general o social por uno radicado en una justicia inter-individual.

La obsesión por el equilibrio contractual deja de lado en alguna medida el interés social que justificaría el carácter obligatorio del contrato.

La segunda tensión entre libertad contractual y justicia contractual es aún más intensa. Acá el enfrentamiento es entre voluntaristas que defienden la libertad contractual, ya no entendidos como defensores de la autonomía de la voluntad y, por la otra, los solidaristas que defienden la justicia contractual o conmutativa.

Las voluntaristas se asocian a la célebre frase de Fuillé, quien dice contrato dice justo y en cambio, para los solidaristas, siguiendo a Saleilles, “eso debe ser querido, por que eso es justo”.

La tensión está entre privilegiar el respeto de las voluntades reales o supuestas y una concepción conmutativa que privilegia el equilibrio del contrato.

Respeto de la voluntad o búsqueda de un equilibrio, libertad contractual o justicia conmutativa.

Inclinarse por la justicia conmutativa, como lo defiende Chénéde, lleva a un análisis de lo justo en las conmutaciones, en los intercambios de valores. Las conmutaciones voluntarias, las convenciones, deben respetar una igualdad aritmética, una equivalencia entre las prestaciones. Este sería el fin del Derecho de los Contratos: la justicia conmutativa, el mantenimiento de equilibrios patrimoniales.

A través de qué medios o instrumentos. ¿Cómo asegurar la justicia en los contratos?

¿Recurrir a la voluntad de las partes, escuela voluntarista?

¿Apreciación judicial del equilibrio contractual por el juez?

En Aristóteles la respuesta pareciera ser que corresponde a las partes, y solo a ellas determinar lo justo en las conmutaciones, la equivalencia de las prestaciones es resorte de las partes.

La razón radica en que no es posible padecer la injusticia voluntariamente. O como se indica por Aquino

“si alguien da voluntariamente a otro más de lo que le debe, no comete ni injusticia ni desigualdad”.

El contratante que se compromete en forma voluntaria no puede quejarse de desequilibrio de las prestaciones. De ahí el ejemplo de Glauco y Diomedes.

Troquemos nuestras armas: sea cosa notoria
que es la amistad paterna nuestra más alta gloria.
Bajaban de los carros, y en prueba de amistad
se estrecharon la mano. Zeus Crónida entonces
nubló el juicio de Glauco, pues por armas de bronce
cambió sus armas de oro, armas de calidad
que valían cien bueyes, mientras las del Tidida
con sólo nueve bueyes fueran retribuidas.

Lo relevante es que la teoría de la justicia conmutativa que justifica la equivalencia objetiva de las prestaciones defiende un papel esencial de la voluntad en la determinación de lo justo. El hombre es el mejor juez de su interés, él debe determinar el equivalente de su prestación.

Pero al determinar el fundamento de la regla contractual surge su límite. La presunción de libre determinación de lo justo contractual debe excluirse si podemos afirmar que la parte afectada no estuvo en condiciones de defender sus intereses, por ejemplo, si un dolo o un fraude vicia el contrato.

Uno llega a definir la teoría de la justicia conmutativa, su principio como su límite, dando cuenta del conjunto del Derecho de los Contratos. Cómo ilustrar esta idea de la conmutatividad para explicar el Derecho de los Contratos.

En relación con el efecto obligatorio del contrato, el juez no puede afectar lo que las partes han convenido en forma libre y solo podrá intervenir en el caso de que exista una parte en situación de desmedro, sin capacidad para defender sus intereses.

Es en este sentido que me parece que la obra es valiosa, pues la autonomía constituye un elemento fundamental para explicar la obligatoriedad del contrato. El respeto al sinalagma deriva de una decisión autónoma de los individuos, pues son ellos los que están en mejor posición para decidir acerca de sus intereses. La conmutatividad propia al contrato se explica por la autonomía personal y esa es la razón por la cual esa misma autonomía explica su límite, el cual deriva de la intervención del legislador o del juez. Corresponde a las partes fijar la equivalencia de sus prestaciones y solo cuando no hayan estado en condiciones de vivir el privilegio de la autonomía.

El dilema acerca de la obligatoriedad del contrato no creo que cese, pero el libro que presento constituye un aporte, inédito en Chile en la forma de abordar el problema, con intentos de

abordarlo en forma transversal desde diversas aristas del Derecho y la Teoría Legal, lo que en sí es ambicioso, sobre todo considerando que recurre al Derecho Privado, Teoría Legal, del Lenguaje, Filosofía, Argumentación y Derecho Comparado. Por lo mismo, invito a leerlo para entender que este problema que los civilistas solemos apropiarnos

en una mirada más bien restringida, tiene una apertura que es insoslayable para su necesaria comprensión.

CARLOS PIZARRO WILSON
PROFESOR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
UNIVERSIDAD DE CHILE