

# La evolución de la noción de contrato a partir de las justificaciones en torno a su obligatoriedad<sup>1</sup>

## *The evolution of the notion of contract based on the justifications regarding its obligation*

VALENTINA GUEVARA PARRA<sup>2</sup> Y MARÍA DE LOS ÁNGELES MUFDI GUERRA<sup>3</sup>

### RESUMEN

Este artículo analiza cómo los fundamentos que justifican la obligatoriedad del contrato -antecedente esencial en base al cual se estructura esta institución y que explica su protección jurídica- han incidido directamente en la evolución de noción de contrato desde la noción tradicional del *acuerdo de voluntades entre las partes generadora de obligaciones respecto del deudor a mecanismo de colaboración entre contratantes para satisfacer intereses mutuos, basado en la autonomía de la voluntad*; así como las implicancias de esta evolución en las herramientas que el ordenamiento jurídico otorga a las partes contratantes para reaccionar ante los incumplimientos.

**Palabras clave:** Obligatoriedad del contrato; noción de contrato; incumplimiento.

### ABSTRACT

This article analyzes the fundamental justifications of the concept of binding force of contract. This is the essential factor on which the notion of contract is based and explains the protection provided by the laws governing this legal institution. It further examines how the evolution of this concept has affected the notion of the contract itself. Whereas the traditional notion of contract was an agreement of wills between the parties generating obligations with respect to the debtor, the current notion is based on a mechanism of collaboration between the parties to satisfy mutual interests. Finally, the article explains the important implications of this development especially in the tools that the legal system provides to the parties in case of breach of contract.

**Keywords:** Binding force of contract; notion of contract; breach of contract.

<sup>1</sup> Este trabajo constituye una actualización y adecuación de primer capítulo de la memoria de las autoras para obtener el grado de licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, titulada "La evolución del concepto de contrato y su incidencia en los principales mecanismos de protección del acreedor insatisfecho", de 2017, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143963>

<sup>2</sup> Valentina Guevara Parra. Abogada de la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Abogada asociada en González&Riosco Abogados. Santiago, Chile. Correo de contacto: [vguevaraparra@gmail.com](mailto:vguevaraparra@gmail.com)

<sup>3</sup> María de los Ángeles Mufdi Guerra. Abogada de la Universidad de Chile. Abogada miembro de Comisión Académica de Abofem. Abogada de Fiscalía Nacional Económica. Santiago, Chile. Correo de contacto: [mariamufdi@gmail.com](mailto:mariamufdi@gmail.com)

## 1. Introducción

El contrato es una manifestación cultural inherente del ser humano en sociedad que responde a ciertas ideas insertas en un contexto histórico específico. Por ello, no es sorprendente que el concepto jurídico de contrato sea permeado por un sinnúmero de razones externas o extrajurídicas, las que influyen y modifican su contenido. El objetivo del presente artículo es fijar el contenido de ciertas nociones esenciales en materia contractual, tales como la noción de contrato, incumplimiento y remedios contractuales. Para ello, se analizará cómo y por qué la noción de contrato evolucionó desde el *acuerdo de voluntades entre las partes generadora de obligaciones respecto del deudor* (noción tradicional del contrato) a la idea de *mecanismo de colaboración entre contratantes para satisfacer intereses mutuos, basado en la autonomía de la voluntad* (evolución del concepto de contrato).

Según veremos, los fundamentos que justifican la obligatoriedad del contrato han incidido directamente en la evolución de la noción de dicha institución. Esto se explica debido a que el contrato es un mecanismo ideado para crear obligaciones, que el ordenamiento jurídico reconoce, otorgando al acreedor un conjunto de mecanismos para velar por su cumplimiento. Así, el antecedente básico a partir del cual se estructura esta institución consiste en el fundamento que justifica su obligatoriedad, pues es debido a ello que el ordenamiento otorga su protección. Sobre este punto, proponemos que la evolución de los fundamentos que justifican su obligatoriedad son determinantes a la hora de evaluar su contenido conceptual, pues si estos fundamentos cambian, lo hace también la propia institución del contrato. Este enfoque nos permitirá rastrear y proponer las razones (extrajurídicas) que a nuestro juicio han incidido en la evolución del concepto de contrato.

## 2. La noción del contrato

Desde el punto de vista antropológico, la contratación es una manifestación cultural inherente a la vida del ser humano en sociedad<sup>4</sup>. Es por ello que el contrato, institución fundamental del derecho civil, responde a ciertas ideas insertas en un contexto histórico específico, lo que debe tenerse en cuenta al momento de fijar su contenido. En efecto, una de las principales funciones que le asignamos al contrato hoy, es la de ser una herramienta para la organización y previsión de nuestro futuro. Pero en las sociedades incapaces de abstracción conceptual, los individuos no podían dissociar el presente y el futuro, por lo que el contrato, más que un vínculo de interés principalmente económico, era una alianza total y mística; un cambio de estado, análogo al parentesco<sup>5</sup>.

El contrato, como fenómeno económico, es concebido como el centro de la vida de los negocios y como una herramienta indispensable para el intercambio. Pero la aparente sencillez que envuelve a esta institución por su uso cotidiano en el tráfico económico se diluye cuando nos aproximamos a ella desde un punto de vista exclusivamente técnico y jurídico.

Así, en la teoría del contrato existe una situación paradójica entre el fundamento del contrato y su conceptualización<sup>6</sup>, donde vemos que la doctrina y la jurisprudencia tanto del *common law* como del derecho

<sup>4</sup> Simental, 2012, 353. En efecto, se encuentra documentada la existencia de antecedentes escritos de la celebración de contratos de compra-venta de fincas y esclavos tres mil años antes de Cristo. Véase: López Santa María, 1985, 123.

<sup>5</sup> López Santa María, 1985, 123.

<sup>6</sup> Benson, 2010, 29.

continental asumen un concepto de contrato ampliamente aceptado<sup>7</sup>; pero, pese a ello, los principales autores discuten y exponen una multiplicidad de aproximaciones, incluso a veces irreconciliables entre sí, en torno a las razones que explican su obligatoriedad, elemento central de esta institución. Por eso, creemos que para fijar el contenido del concepto de contrato es fundamental partir desde su noción más atomizada, esto es, como mecanismo creador de obligaciones. Así, iniciaremos nuestro análisis entendiendo que el contrato es una fuente de obligaciones y, por ello es relevante responder a la interrogante de por qué éstos obligan. Estas respuestas han variado y dependido también de contextos históricos específicos. Su análisis nos permitirá aproximarnos a los diversos enfoques que ha asumido la institución del contrato.

## 2.1. La evolución del fundamento de la obligatoriedad del contrato

El contrato es un mecanismo ideado por el ser humano para crear obligaciones. Por ello, la evolución de los fundamentos que justifican su obligatoriedad es tan relevante, pues si estos cambian, también lo hace la institución del contrato.

A continuación, se presentan tres aproximaciones que condensan las posturas de varios autores sobre los fundamentos de la obligatoriedad del contrato. La primera de ellas, que podemos llamar “aristotélica”, asume que la equivalencia objetiva de las prestaciones es constitutiva de la relación contractual. Tras ello, revisaremos la justificación “liberal”, que toma como base la voluntad de los individuos para justificar el vínculo obligatorio. Finalmente, expondremos brevemente justificaciones teleológicas que ven al contrato como un medio para la realización de un bien individual o social como sería, por ejemplo, el bienestar de las partes o la eficiencia económica<sup>8</sup>.

### 2.1.1. El fundamento basado en la justicia sustantiva o aristotélica

La justicia, entendida en términos sustantivos, fue el primer principio usado para explicar el vínculo obligatorio que supone el contrato. Aristóteles justificó la obligatoriedad del contrato sobre la base de lo que él denominó “justicia correctiva”, que tenía lugar en los tratos mutuos entre individuos. Sostuvo que la justicia sustantiva exigía una equivalencia objetiva de los bienes transados, de modo que lo justo implicaba la igualdad aritmética de lo intercambiado<sup>9</sup>.

Así, el contrato obligaba porque era justo, lo que significaba la equivalencia, determinada mediante el valor de los bienes objeto de la transacción<sup>10</sup>. La tradición aristotélica justificó la obligatoriedad de los contratos sobre la idea de justicia material; de modo que, tras una interacción entre individuos, ambos debían quedar en igual posición que aquella que tenían antes de dicha interacción.

Con todo, se puede afirmar que la noción del contrato basada en la justicia sustantiva también es concebible en el derecho romano<sup>11</sup>. Si bien en el derecho romano no se encuentran discusiones en torno

<sup>7</sup> Por ejemplo, en nuestro país es unánimemente aceptado que el contrato, en los términos del artículo 1438 Código Civil (en adelante, también, “C.C.”), es un acto jurídico bilateral que crea derechos y obligaciones.

<sup>8</sup> Como sería, por ejemplo, el bienestar de las partes o la eficiencia económica.

<sup>9</sup> Aristóteles, 1988, 245 y ss. Aristóteles asume que los bienes dados en intercambio tienen un valor intrínseco. El autor afirma que “[s]i, pues, existe en primer lugar la igualdad proporcional, y después se produce la reciprocidad, se tendrá el resultado dicho. Si no, no habrá igualdad y el acuerdo no será posible (...)” (Aristóteles, 1988, 249).

<sup>10</sup> La forma del autor para establecer y determinar la igualdad en las cosas intercambiadas se posibilita mediante la introducción de la moneda “que es de algún modo, algo intermedio, porque todo lo mide, de suerte que mide también el exceso y el defecto (...)” (Aristóteles, 1988, 249).

<sup>11</sup> Pese a que el derecho romano no haya conocido de una teoría general del contrato, existe, tanto en la época clásica como posclásica, la elaboración de conceptos fundamentales vinculados a la noción de contrato, tales como convenio, *syllagma*, declaración de voluntad (aunque, por cierto, sin los alcances que tiene hoy) y la misma denominación de contrato, donde pese a no haberse conocido ni elaborado una teoría

a la fundamentación de la obligatoriedad del contrato, la reciprocidad de las obligaciones, entendida en términos objetivos, es un elemento integrante de la noción de contrato propuesto en aquella época<sup>12</sup>.

Tomás de Aquino, en el siglo XIII, retomó la noción de justicia sustantiva para justificar la obligatoriedad del contrato bajo la influencia de la teología y filosofía cristiana<sup>13</sup>. Describió, a propósito del fraude en las compraventas, que el contrato debía establecerse con base en la igualdad del objeto, siendo la medida de las cosas útiles al hombre indicada por el precio, para lo cual se inventó la moneda. Así, si el precio excedía el valor del objeto, se sobrepasaba la igualdad propia de la justicia<sup>14</sup>.

Durante el siglo XVI, Tomás de Mercado marcó un punto intermedio dentro de esta concepción, al sostener que “el contrato para ser justo, pide igualdad, no en las personas que contratan (que esas pueden, y suelen ser muy diferentes) sino en las cosas que se contratan. Y éstas no en la naturaleza: sino solamente en el valor y estima”<sup>15</sup>. Su idea del dinero, aun cuando reconoce explícitamente una naturaleza convencional, mantiene pretensiones de una justicia sustantiva. El valor de la cosa está mediado por una serie de propiedades de carácter material, intrínseco, y es esta equivalencia la que permite la adherencia de la voluntad<sup>16</sup>.

---

sistemática sobre la institución, las discusiones y definiciones de los juristas y comentaristas son aún vigentes, encontrándose en ellas los antecedentes de la teoría general del contrato (Esborraz, 2008, 237–283; Guzmán, 2006, 73–134).

Con todo, estos conceptos carecieron totalmente de una sistematización. La doctrina es pacífica en afirmar que ni los clásicos ni los postclásicos intentaron construir un esquema lógico de denominaciones y conceptos como los que conocemos hoy, es por ello que cierta parte de la doctrina ha señalado que sería inútil recurrir al derecho romano en búsqueda de respuestas para dilucidar este concepto (Ossorio y Morales, 1965, 1072).

La verdad es que disentimos de aquella postura, pues es en el derecho romano donde encontramos los antecedentes más antiguos y directos del contrato como institución. A pesar de que no sea discutida la ausencia de una teoría sistemática de esta institución (Esborraz, 2008, 240; Guzmán, 2006, 119; López Santa María, 1985, 127), la aproximación a los comentarios de los juristas de la época de formación del sistema de derecho romano nos permite un acercamiento a las ideas que sirvieron de sustrato para la elaboración del derecho de Contratos moderno (Grosso, 2006, 1–16).

<sup>12</sup> De esta manera, vemos que Labeón (siglo I a.C.) elaboró por primera vez una categoría general de contrato, en la cual incluía todos los negocios fundados en la buena fe (típicos o atípicos), que obligaran recíprocamente a las partes (*synallagma*) en términos objetivos -esta conceptualización llegó gracias a una cita de Ulpiano conservada por los compiladores justinianos en D. 50, 16, 19: “Labeón define en el libro primero del pretor urbano que unas cosas (asuntos) se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que “lo actuado” (*actum*) es una palabra general, ya sea que alguna cosa (asunto) se haga de manera verbal (*verbis*), <ya sea con documentos escritos>, ya sea mediante la entrega de una cosa (*re*), como en la estipulación (*stipulatio*), <o en los nomina transcrita>, o en la entrega de otra parte (*ultra citroque obligatio*), lo que los griegos llaman *sinalagma* (*synallagma*), como la compraventa, la locación-conducción, la sociedad <y el mandato>; “lo gestionado” (*gestum*) significa alguna cosa (asunto) hecha sin palabras” (D. 50,16, 19). Al respecto, Esborraz señala que el fragmento descrito contiene una definición de contrato por “género próximo y diferencia específica”, en la que *definiendum* es *species* del *genus* “acto obligante” (es decir, acto lícito producto de obligaciones) y dentro de este género se distingue por el hecho de hacer nacer obligaciones recíprocas para las partes (*synallagma*) (Esborraz, 2008, 242)-. Así, en las figuras convencionales generadoras de obligaciones recíprocas los efectos a cargo de las partes se justificaban recíprocamente, y por lo tanto constituían en sí una concretización de la buena fe, materializada como elemento constitutivo de los mismos y como justificación de su tutela jurídica. Se trata de una bilateralidad objetiva del efecto obligatorio, o sea sobre el nexo sinalagmático entre las diversas obligaciones. Así, en esta concepción del contrato, las obligaciones correlativas no tienen su fundamento en el consentimiento, sino en la estructura objetiva de la relación Astuti, 1962, traducido por López Santa María, 1985, 127.

<sup>13</sup> A diferencia de Aristóteles, “Tomás de Aquino conecta conceptualmente a las buenas acciones con el origen divino de las fuentes de normatividad. Es decir, tanto las reglas morales como las jurídicas se justifican, en última instancia, por su derivación racional de las normas cuya fuente radica en Dios. Las reglas jurídicas constituyen pautas de corrección moral, porque conducen a los agentes hacia el bien, por ende, a alcanzar la contemplación de Dios. Actuar correctamente es comportarse según las normas que guían a la criatura racional hacia su Creador. Por consiguiente, una acción contraria a la razón divina es pecaminosa porque distancia a la criatura al encuentro con su Dios” (Pereira, 2014, 83–84). Véase, en el mismo sentido: Pereira, 2016, 33.

<sup>14</sup> Aquino, 1998, 233.

<sup>15</sup> Mercado, 1975, 112.

<sup>16</sup> Al respecto, el autor sostiene que “el vender, y comprar son actos de justicia conmutativa, virtud que consiste en guardar igualdad en los contratos (conviene a saber) que se dé tanto, cuanto se recibe, no en substancia (que en esto muy desiguales naturalezas son en la compra) sino en valor y precio” (Mercado, 1975, 161).

Estos autores marcan una corriente de pensamiento cuyo elemento central era un supuesto valor objetivo de las cosas intercambiadas, que, si bien es mermado con el transcurso del tiempo, nunca fue superado del todo<sup>17</sup>.

Asimismo, es relevante revisar la evolución histórica en torno a la idea del precio justo en los contratos. Al respecto, De Mercado hace alusiones a elementos propios del mercado para poder determinar el precio<sup>18</sup>. Esto fue desarrollado por Adam Smith, quien sostuvo que “el precio de mercado bajará más o menos con respecto al precio natural<sup>19</sup>, según que la abundancia o la escasez del género incrementa más o menos la competencia entre los vendedores, o según que éstos se muestren más o menos propensos a desprenderse inmediatamente de la mercancía”<sup>20</sup>. Para este autor, el precio de mercado debe tender al precio natural al que se hace referencia<sup>21</sup>, el cual se asocia a las condiciones de un mercado libre y sin monopolios. Smith se inserta en la tradición de pensamiento liberal, en el que la voluntad empieza a tomar importancia como fundamento del contrato. El precio deja de ser una muestra del valor de la cosa, pasando a ser el reflejo de la necesidad de la contraparte, siendo la aceptación de éste, lo que fundaría la obligatoriedad del contrato.

## 2.1.2. El fundamento liberal

### a. Antecedentes del fundamento liberal

Una segunda tradición intelectual justificó en la autonomía de la voluntad la obligatoriedad del contrato, desestimando que el valor de las cosas sea intrínseco y objetivamente medible.

<sup>17</sup> Un resabio actual de esta concepción lo encontramos en la lesión enorme. Los artículos 1888 C.C. y siguientes se refieren a la idea del justo precio de la cosa.

<sup>18</sup> El autor sostiene que, “puesto el precio para aumentarlo, o disminuirlo basta, o debe bastar una de tres circunstancias, o todas ellas. Conviene a saber, si hay ágora muchas más mercaderías, o muchas menos, que cuando se apreciaron, si hay muchos, o pocos compradores, o más, o menos dineros, y se suelen vender de contado. En esto parece evidentemente que cualquiera de estas razones debe bastar a los gobernadores, fieles ejecutores, para mudar la postura: que en las cosas que ellos no meten la mano, basta cualquiera dellas, sin que nadie lo ordene, ni advierta a mudar el precio (...)” (*sic*) (Mercado, 1975, 168).

<sup>19</sup> Adam Smith sostiene que el precio natural se da “cuando el precio de una cosa es ni más ni menos que el suficiente para pagar la renta de la tierra, los salarios del trabajo y los beneficios del capital empleado en obtenerla, prepararla y traerla al mercado, de acuerdo con sus precios corrientes, aquélla se vende por lo que se llama su precio natural” (Smith, 1958, 54).

<sup>20</sup> (Smith, 1958, 56). Al respecto, el autor señala que “el precio de mercado de cada mercancía en particular se regula por la proporción entre la cantidad de ésta que realmente se lleva al mercado y la demanda de quienes están dispuestos a pagar el precio natural del artículo, o sea, el valor íntegro de la renta, el trabajo y el beneficio que es preciso cubrir para presentarlo en el mercado (...). Cuando la cantidad de una mercancía que se lleva al mercado es insuficiente para cubrir la demanda efectiva, es imposible suministrar la cantidad requerida por todos cuantos se hallan dispuestos a pagar el valor íntegro de la renta, los salarios y el beneficio, que es preciso pagar para situar el artículo en el mercado. Alguno de ellos, con tal de no renunciar a la mercancía, estarán dispuestos a pagar más por ella. Por tal razón se suscitará entre ellos inmediatamente una competencia, y el precio de mercado subirá más o menos sobre el precio natural, según que la magnitud de la deficiencia, la riqueza o el afán de ostentación de los competidores, estimules más o menos la fuerza de la competencia (...). Cuando la cantidad llevada al mercado excede a la demanda efectiva, no puede venderse entonces toda ella entre quienes estarían dispuestos a pagar el valor completo de la renta, salarios y beneficio que costó la mercancía hasta situarla en el mercado. Parte de ella tiene que venderse a los que están dispuestos a pagar menos, y este precio más bajo que ofrecen por ella, reducirá el de toda la mercancía” (Smith, 1958, 55–56).

<sup>21</sup> El autor señala que “[s]i alguna vez las remesas de mercaderías exceden la demanda efectiva, alguna de las partes componentes del precio se pagará por bajo de su tasa natural. Si la porción afectada es la correspondiente a la renta de la tierra, el interés de los dueños les inducirá a destinar parte de sus fincas a producir otros artículos, y si es el salario o el beneficio, el interés de los trabajadores, en uno de los casos, y el de los patrones, en el otro, les inducirá a retirar rápidamente una parte de su trabajo o del capital de este empleo. De este modo la cantidad que se ofrece en el mercado será, en poco tiempo, insuficiente para cubrir la demanda efectiva, y todas las diferentes partes de su precio volverán a su nivel natural y el precio global a su precio también natural. Si, por el contrario, la cantidad llevada al mercado fuese, en ocasiones inferior a la demanda efectiva, alguna de las partes componentes de su precio se elevaría por encima de su nivel natural. Si es la renta, el interés de todos los demás terratenientes hará que dediquen más tierra para el cultivo de ese fruto; si es el salario o el beneficio, el interés de los otros trabajadores y negociantes les obligará pronto a emplear más trabajo y más capital en la preparación de la mercancía y en el acarreo al mercado. La cantidad de mercaderías ofrecidas a los compradores pronto será suficiente para satisfacer la demanda efectiva, todos los componentes del precio bajarán pronto a su tasa natural, y el precio global a su precio natural” (Smith, 1958, 56).

Los primeros antecedentes del contrato como fruto de la voluntad, los encontramos en el derecho romano. En efecto, paralelamente a las corrientes apegadas a la tipicidad<sup>22</sup>, se desarrolló una vertiente consensualista resaltando el elemento subjetivo como factor común de la institución contractual. Esta corriente definió el contrato como un convenio, esto es, un “acuerdo obligante” y no un “acto obligante”, como era planteado por Labeón<sup>23</sup>.

En este sentido, llegó a nosotros por intermediación de Ulpiano (D. 2,1,1,3) la opinión de Sexto Pedio (S. I y II), la que habría sido: “no hay ningún contrato que produzca (por su naturaleza) obligaciones, que no contengan en sí una convención, es decir, un acuerdo”. Posteriormente tanto Gayo<sup>24</sup> (siglo II d.C.) como Ulpiano<sup>25</sup> (siglo III d.C.) tomarían como base esta formulación para plantear sus opiniones. Pero sería Teófilo (s. VI d.C.), quien participó en la Codificación de Justiniano, el comentarista que realizó una interpretación sintetizadora de todo el material conservado de la institución del contrato. Así, en su Paráfrasis a las Instituciones de Justiniano, definió contrato como “...el acuerdo y el consentimiento de dos o más sobre la misma cosa (sobre el mismo conjunto de intereses), dirigido a crear una obligación, y a quedar el uno obligado hacia el otro”<sup>26</sup>.

Con todo, ninguno de los comentaristas asentó a partir del consentimiento su postura sobre el contrato, es decir, el consentimiento en la época de formación del sistema de derecho romano nunca fue el único elemento caracterizador de la institución<sup>27</sup>.

Sin ahondar en los fundamentos filosóficos e históricos subyacentes, la doctrina indica que habría sido H. Doneau el artífice de la primera formulación de una categoría de contrato basada en el consentimiento o acuerdo de voluntades. Esta formulación habría sido la que terminó por prevalecer en el sistema contractual de las grandes revoluciones, al ser plasmada en el Código Civil francés, de la mano de Jean Domat y Robert Joseph Pothier, quienes habrían sistematizado y traducido a reglas jurídicas, ideas filosóficas y morales de sus antecesores, poniendo el acento en la autonomía de la voluntad<sup>28</sup>. Cabe hacer presente que

<sup>22</sup> Según Esborraz, “se fue desarrollando otra corriente más consensualista, que aun cuando se mantuvo apegada a la sistematización muciana/sabiniana de los modos de obligarse contractualmente, comenzó a poner el acento –aunque con diferentes alcances– sobre el elemento subjetivo/subyacente a ellas” (Esborraz, 2008, 245).

<sup>23</sup> Esborraz, 2008, 245.

<sup>24</sup> A Gayo se le atribuye la formulación del consentimiento como elemento aglutinador del contrato, el consentimiento o por lo menos la intención de obligarse es un elemento común de *todos* los contratos. Así, en su obra *Res cottidianae* corrige su primera clasificación de las obligaciones (“toda obligación nace o de contrato o de delito Gai. 3, 88), al agregar una tercera subcategoría, en la cual ubicó a los actos lícitos en los que falta la culpabilidad y los lícitos en los que estaba ausente el consentimiento, atribuyendo, por tanto, un carácter esencial al acuerdo de voluntades en el contrato (D. 44,1,7 pr.; D. 44, 7,5). Véase: Esborraz, 2008, 246.

<sup>25</sup> Por otro lado, Ulpiano desarrolló una noción general de las convenciones, en la que el contrato formaba una subparte de ésta. Lo que hizo Ulpiano fue expandir la afirmación de Sexto Pedio (la *conventio* es un acto subjetivamente bilateral obligante) a dos subgéneros: (i) la del contrato integrada por figuras típicas y por los negocios sinalagmáticos atípicos que otorgan acción y, (ii) la del pacto, integrada por figuras atípicas no sinalagmáticos que solo reconocen una excepción. La doctrina ha señalado que a propósito de esta distinción “(...) comienza a confundirse en nuestra tradición jurídica la convención como genero al cual pertenece el contrato y como elemento del mismo, lo que se traducirá en el tropo de la sinécodque en el que incurrirán muchos Códigos Civiles modernos a definir la institución contractual por ‘género próximo y diferencia específica’ y por ‘partición’ (iniciado por los artículos 1101 y 1108 de Código civil de Francia de 1804” (Esborraz, 2008, 246–247).

<sup>26</sup> Esborraz, 2008, 247.

<sup>27</sup> Para Labeón, el acento estaba en la reciprocidad de las obligaciones, también importante para la corriente consensualista de la “escuela sabiniana/muciana” y para todos los comentaristas que tomaron estas opiniones como punto de partida. Por ejemplo, Gayo limitaba los alcances de la voluntad al indicar que las partes quedaban recíprocamente obligadas al cumplimiento de los límites del “principio de la correlatividad” (Gai. 3,137). Teófilo tampoco escapa de la presencia del carácter recíproco de las obligaciones generadas por la convención.

<sup>28</sup> Esborraz, 2008, 258.

parte de la doctrina discrepa de lo anterior, al indicar que el principio de la autonomía de la voluntad sería ajeno a la obra de dichos autores<sup>29</sup>.

En cualquier caso, hoy se afirma sin dudas que la más influyente concepción de contrato ha sido aquella que lo sustenta en el dogma de la autonomía de la voluntad<sup>30-31</sup>. El querer o intención de las partes domina la formación, génesis o nacimiento del contrato y también sus efectos o consecuencias<sup>32</sup>. Esta concepción moderna del contrato entiende que la autonomía de la voluntad es el fundamento de la obligatoriedad del contrato respecto de las partes. Las teorías fundadas en la autonomía ven al derecho contractual como una institución legal que reconoce y respeta el poder de los individuos para producir cambios en sus relaciones interpersonales, bajo ciertos límites<sup>33</sup>.

## **b. La voluntad como fundamento de la obligatoriedad del contrato**

El profesor norteamericano Charles Fried desarrolla la idea de obligación moral de la promesa para explicar la obligatoriedad del contrato<sup>34</sup>. El argumento de Fried puede ser explicado en dos pasos<sup>35</sup>. En primer lugar, el autor sostiene que existe una premisa previa o inicial, que da sentido a la fuerza del *compromiso*. Esta premisa señala que para que las promesas sean obligatorias en los casos particulares, debemos primero asumir que existe una convención general sobre la promesa<sup>36</sup> que ofrece a las personas la posibilidad de comprometerse a actuaciones futuras<sup>37</sup>. Así, cuando se invoca la convención de prometer, existe un conocimiento general, de que las promesas deben cumplirse. Esto permite a los individuos crear en otros la expectativa de realización de actuaciones futuras, sólo porque se han comprometido a hacerlo<sup>38</sup>. Pero

<sup>29</sup> En efecto, el profesor Carlos Pizarro Wilson indica que “[s]egún afirma una doctrina autorizada, el principio de la autonomía de la voluntad es extraño a la obra de Domat y Pothier. Ghestin afirma que para los inspiradores de la teoría general del contrato: ‘la fuerza obligatoria del contrato es exterior al hombre. Ella es esencialmente moral y reposa no sobre la libertad individual, concebida como un derecho natural, sino sobre un deber de conciencia: el respeto de la palabra dada. Para inspirarse en la buena fe y en la equidad, y en un sentido más general en la ley dividida’” (Pizarro, 2004, 226-227). Luego, el mismo autor agrega que “[e]l artículo 1545 del *Código Civil* es, en parte, la traducción del artículo 1134 del *Code* Napoleón. No cabe duda que este último es la fuente inspiradora del primero, a pesar que en los diversos proyectos de *Código Civil* no existe una cita explícita del precepto francés y ningún comentario de Bello al respecto. Así lo reconoce la civilística nacional. Las escasas obras jurídicas en el siglo XIX no aluden a la autonomía de la voluntad” (Pizarro, 2004, 232-233).

<sup>30</sup> Prado, 2013, 12. Asimismo, se ha sostenido que “[e]l principio de la autonomía de la voluntad es la piedra angular de la teoría general del contrato y se enlaza íntimamente con el concepto de propiedad privada y de circulación de la riqueza. Está ligado también a uno de los grandes ideales de la revolución francesa: la libertad” (En: Figueroa, 2011, 49)

<sup>31</sup> Así, el profesor López Santa María, define el contrato en su obra “*Los contratos (parte general)*” como el acuerdo de voluntades de las partes, siendo el contrato un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones, atribuyéndole a la voluntad de los contratantes un poder soberano para engendrar obligaciones. Véase: López Santa María, 2005, 3.

<sup>32</sup> López Santa María, 2005, 3. En ese sentido, la doctrina comparada sostiene que el fenómeno vinculatorio del contrato consiste en una alienación de la libertad de cada una de las partes, las cuales son unidas a través de la fuerza obligatoria del contrato. El ejercicio de la libertad contractual consistiría en la aceptación de una restricción, que se traduce en el respeto de las reglas particulares que el acuerdo de voluntades hizo nacer. Ahora bien, siempre nos encontraríamos en el ejercicio de una libertad, pues es de manera libre que cada una de las partes da su consentimiento y se compromete. Véase: Ghestin, 2015, 76.

<sup>33</sup> Benson, 2010, 37.

<sup>34</sup> De hecho, es el propio autor quien señala que: “[l]a moral del deber establece una obligación general de mantener las promesas, de la que la obligación contractual es sólo un caso particular, aquel en que ciertas promesas han obtenido obligatoriedad jurídica además de moral. Pero puesto que el contrato es una promesa antes que ninguna otra cosa, debe cumplirse del mismo modo” (Fried, 1996, 31). En ese sentido, se ha sostenido que “[l]a publicación de *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, en 1981, constituye una articulación trascendental para la legitimación moral de la obligatoriedad del contrato. De acuerdo a Fried, en sus relaciones de cooperación, los individuos suponen que el resto de los partícipes no solo respetarán sus derechos, sino que, además, participarán activamente en la materialización de sus intereses. Si dicha suposición es acompañada de la convicción según la cual los demás actuarán conforme a un estándar de corrección moral, entonces, es posible afirmar que se confía en aquel supuesto” (Pereira, 2016, 40).

<sup>35</sup> Benson, 2010, 41.

<sup>36</sup> Esta convención general de la que nos habla Fried se relaciona con las diversas estructuras convencionales que se dan en la sociedad: como los juegos, las instituciones y las prácticas, y lo más importante, el lenguaje. Véase: Fried, 1996, 25.

<sup>37</sup> Fried, 1996, 24-27.

<sup>38</sup> Benson, 2010, 42.

esta convención referida no permite explicar por qué es moralmente obligatorio cumplir la promesa si, luego de hacerla, el promitente se arrepiente de ella. Esta pregunta es respondida por Fried en el segundo paso de su argumento. Sostiene que la obligación de mantener una promesa se funda en el respeto a la autonomía individual y la confianza. Así, un individuo se encuentra moralmente obligado a mantener sus promesas porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos -morales- para que otro tenga la expectativa de que será cumplida<sup>39</sup>. Quien reniega de su promesa, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar<sup>40</sup>. De esta manera, la actuación que nos demanda una promesa no sólo hace referencia al actuar actual, sino que a la confianza respecto de una actuación futura. De ahí que la formulación de la promesa conlleva el valor de verdad de la afirmación y, a su vez, importa necesariamente el compromiso a realizar algo que excede a la veracidad de la intención manifestada<sup>41</sup>.

Siguiendo a este autor, la obligatoriedad del contrato se fundaría en el contenido moral del deber de su cumplimiento que entiende a la promesa como un instrumento generado por agentes morales libres, y cuya fuerza se sustenta en la confianza mutuamente depositada<sup>42</sup>. Así, el efecto vinculante de la relación contractual es aceptable por el respeto a la promesa moral que un contratante efectúa a favor de otro cuando contrata, resultándole su promesa de comportamiento como normativamente apremiante, al generar legítimas expectativas sobre su conducta contractual en la contraparte<sup>43</sup>.

En definitiva, el fundamento obligatorio del contrato radicaría en el dogma de la voluntad<sup>44</sup>, con énfasis en la idea de confianza que se genera en la contraparte, de que se cumplirán las promesas establecidas de manera libre y voluntaria. El dogma de la voluntad asume como presupuesto la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. En este contexto, el contrato se presenta como el mejor medio 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, siendo un arreglo “entre iguales”<sup>45</sup>.

Con todo, la autonomía de la voluntad como fundamento del vínculo obligatorio no ha estado exento de críticas<sup>46</sup>, ligados principalmente a la intervención legislativa en el contenido del contrato.

<sup>39</sup> Al respecto, se ha indicado que “[e]l valor de la confianza se encuentra asociado a la promesa. Esta brinda fuerza a la confianza y deviene en su efectiva normatividad. En la ejecución de una empresa o una actuación determinada que procura la satisfacción de intereses propios, una vez que el agente decide no efectuarla por sí mismo, sino de un modo conjunto, la promesa cobra el valor que Fried le atribuye. Al desarrollar voluntariamente una promesa de actuación, nuestras expectativas, se centran sobre la confianza en la ayuda prometida. De ahí que al prometer ‘[...] transformamos una elección moralmente neutra en moralmente apremiante’. Así, la promesa sirve de insumo moral a la confianza, proveyéndole de su fuerza normativa en la verificación de la acción o prestación prometida” (Pereira, 2016, 40-41).

<sup>40</sup> Fried, 1996, 30.

<sup>41</sup> Pereira, 2014, 90. En el mismo sentido: Pereira, 2016, 42.

<sup>42</sup> Pereira, 2014, 91.

<sup>43</sup> Pereira, 2014, 107-108.

<sup>44</sup> Los profesores Hugo Cárdenas y Ricardo Reveco indican al respecto que, la voluntad, en el ámbito contractual, está asociada a la idea de autonomía privada. Así, los seres libres, en uso de su razón, saben qué es lo que desean y, para tal efecto, pueden limitar su propia libertad mediante el compromiso de su capacidad futura. Lo esencial a este respecto, es que, con motivo de su capacidad de autodeterminación, un sujeto puede obligarse a realizar una determinada conducta futura para con otro. En nuestra tradición, ello ha spotado al contrato de una dimensión moral: actuar contra la palabra epeñada es un hecho reprochable, pues envenena la propia capacidad de autodeterminación del individuo. Véase: Cárdenas y Reveco, 2018, 34.

<sup>45</sup> López Santa María, 2005, 49.

<sup>46</sup> Sobre este tema, cabe señalar que la autonomía de la voluntad como fundamento del valor vinculante de los contratos ha sido cuestionada por la doctrina. En efecto, una de las constataciones de estos cuestionamientos se evidencia en la significativa intervención del legislador en los vínculos contractuales entre particulares, presentándose tanto en la generación de los contratos como en la determinación de su contenido. El progresivo desplazamiento de la voluntad del ámbito contractual vigente desde comienzos del siglo XX, permite evidenciar las dificultades al momento de adscribir la cuestión de fundamentación de la fuerza vinculante del contrato, sobre la idea de autonomía de la voluntad. Véase: Pereira, 2014, 99. Un reflejo de lo anterior, se evidencia en lo que nuestra doctrina ha denominado “categorías contractuales” (López Santa María, 2005, 123 y ss.), como los contratos tipo o los contratos de adhesión. Por otro lado, existen una serie de condicionamientos de



Estos cuestionamientos pueden ser superados si se analiza el fundamento vinculante del contrato desde otra perspectiva. En efecto, el profesor Dori Kimel, concilia la idea de autonomía personal como fundamento del vínculo obligatorio, con ciertos mecanismos formales de intervención legislativa dentro del contrato<sup>47</sup>.

### 2.1.3. Justificaciones teleológicas modernas: el contrato como mecanismo para la realización de bienestar

Existen fundamentos a la obligatoriedad del contrato que buscan entender y justificar esta institución como un medio para la satisfacción del bienestar individual o social<sup>48</sup>. Dentro de ellas, encontramos una postura que retoma las ideas de Aristóteles y Tomás de Aquino, para establecer que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos se explica en base a dos virtudes que se determinan según sea el objetivo que ha tenido la celebración del contrato: la liberalidad y la justicia conmutativa (o correctiva).

En efecto, J. Gordley postula que la obligatoriedad del contrato depende de cuál de estas dos virtudes prevalece al contratar<sup>49</sup>, de manera que sólo cuando el contrato cree una instancia de liberalidad o de justicia conmutativa, éste será obligatorio. Así, por ejemplo, un contrato en que una de las partes recibe una contraprestación absolutamente desproporcionada de lo que ha dado, sólo será obligatorio si en él va inmerso el valor de la liberalidad<sup>50</sup>.

---

política económica y de política social que hacen que el régimen jurídico o el contenido de determinados contratos no pueda dejarse tampoco al juego de la pura libertad contractual, porque ello supondría dejar a una de las partes, la económicamente más débil, a merced de la otra. Es por ello que se dota a través del legislador, de un contenido mínimo e irrenunciable a cierto tipo de contratos, como por ejemplo ocurre en contratos de trabajo o en contratos de arrendamiento. Véase: Díez-Picazo & Gullón, 1992, 33.

<sup>47</sup> Este autor sostiene que “la autonomía personal es un ideal de auto-creación de las personas que ejercen el control sobre sus destinos. El desarrollo de una vida autónoma consiste en el ejercicio de actividades libremente escogidas, asociadas a sus propósitos y a sus relaciones interpersonales. De este modo, reconocer el valor de la autonomía personal conlleva la preocupación por configurar las condiciones necesarias para que las personas desarrollen una vida autónoma. Así, si las personas contraen voluntariamente obligaciones por medio de un contrato, la obligatoriedad de tales disposiciones emana del respeto de la autonomía personal de los seres humanos. Incumplir un contrato significa de esta manera faltar el respeto a la propia autonomía” (Kimel, 2003, 126) [Traducción libre].

Con todo, la autonomía personal es el primer supuesto al que debemos recurrir para fundar la obligatoriedad del contrato. Sin embargo, tal y como aclara el autor, este supuesto si bien es significativamente válido, sólo constituye un punto de partida a la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos. La autonomía personal al ser el punto de partida, no exige un respeto indubitado respecto a la fuerza vinculante de cualquier tipo de promesa, con independencia del contenido o sus implicancias, por el sólo hecho de ser una expresión de la libre voluntad de un agente jurídicamente capaz. Véase: Kimel, 2003, 126 [Traducción libre]. De esta manera, es posible reconocer casos en que, ya sea por la promoción de otros valores o por la prevención de indeseables consecuencias, se justifique tomar un curso de acción que no promueva la autonomía privada. Véase: Kimel, 2003, 127 [Traducción libre].

Lo anterior permite entender que existen ciertos factores extrínsecos a la idea de autonomía privada, que permiten limitarla. Un ejemplo ello se encuentra en materia de contratos de trabajo, donde existen buenas razones para implementar fines de justicia distributiva, como por ejemplo ocurre con la fijación de un salario mínimo, cuando otras formas de realizarlos resulten menos eficaces, más costosas o más intrusivas (Accatino, 2015, 51).

A su vez, es posible establecer limitaciones intrínsecas a la autonomía privada, las que derivan de la protección del propio valor de la autonomía (Accatino, 2015, 51). Así, la regulación de ciertos tipos de contratos, tales como las categorías contractuales enunciadas o las normas de protección a consumidores y trabajadores, se justifican bajo este paradigma ya que lo que buscan es hacerse cargo de quienes no cuentan con condiciones o medios suficientes para ejercer su agencia de individuos racionales (Pereira, 2014, 112), no pudiendo por tanto desenvolverse dentro del ámbito de su autonomía personal. De esta forma, la intervención regulatoria que en la actualidad experimenta el ámbito contractual no tiene que implicar necesariamente un socavamiento de la autonomía personal del agente moral, y con ello el desprestigio de la concepción liberal del contrato, pues dicha actuación legislativa lejos de ser incompatible con el respeto a la autonomía, es ciertamente exigida por ésta o por otros valores que deben ser considerados dentro de la contratación (Pereira, 2014, 70).

Del mismo modo, las intervenciones legislativas que ha experimentado el sistema contractual tampoco implican un socavamiento de la aspiración de neutralidad liberal. De la protección de la parte contractualmente más vulnerable frente a la más fuerte de la relación, se sigue que tales políticas no son neutrales respecto a los contratantes, así como no lo son sobre las cláusulas o contratos que se estiman incorrectos. La relación entre la autonomía personal y la neutralidad en el ámbito contractual es más compleja, pues la neutralidad se fundamenta en que el concurso de voluntades de las partes sea justo, reconociéndose como deseable que así sea, pero tal marco no puede serlo si existe un desequilibrio significativo entre ellas (Pereira, 2014, 70).

<sup>48</sup> Benson, 2010, 50.

<sup>49</sup> Gordley, 1991, 12-14.

<sup>50</sup> Benson, 2010, 50-51.

Se ha criticado esta postura por las diferencias sustanciales entre estas dos virtudes, ya que mientras la liberalidad es una virtud que tiene que ver principalmente con el carácter interno de una persona en el desarrollo de ciertas actividades, la justicia conmutativa es un requisito objetivo que puede ser determinado cuantitativamente y que debe ser respetado en la interacción con otros. Ambas virtudes pertenecen a categorías diferentes, por lo que es dudoso que puedan ser consideradas como fundamento de la obligatoriedad del contrato desde la misma perspectiva y asumiendo roles similares. También se critica que la liberalidad, como virtud propia del carácter del agente, resulta en general irrelevante para el análisis legal del contrato. De modo que, *prima facie*, la invocación de virtudes distintas a la justicia parece ser incompatible con el punto de vista jurídico<sup>51</sup>.

Por otro lado, Anthony Kronman sostiene que la idea de acuerdos voluntarios, idea central de la teoría liberal de la justicia en el intercambio, no puede ser entendida sino bajo un concepto de justicia distributiva<sup>52</sup>. El punto de partida del autor es el requisito de voluntariedad, siendo uno de los aspectos centrales del derecho de los contratos que dos o más personas hayan celebrado voluntariamente un acuerdo. Luego, asume la premisa de que cualquier intercambio supone que una de las partes tome una ventaja respecto del otro. Para saber cuándo la *advantage-taking* es permitida, se recurre al principio de la justicia distributiva, introduciendo el principio de *paretianismo*, que indica que está permitido aprovecharse de otro en una interacción contractual, sólo si hacerlo beneficia a la parte desaventajada o “explotada” en el largo plazo. Sin embargo, por razones prácticas, el autor agrega que el principio exige solamente que el bienestar de la comunidad que se ve perjudicado en un caso particular se vea incrementado en el futuro<sup>53</sup>. Para Kronman, esta formulación del principio *paretiano* respeta tanto la característica individualista como la igualitaria del principio de la libertad: según esta formulación, todas y cada una de las personas tienen el mismo derecho a que no se reduzca su bienestar con el único propósito de que aumente el de otro<sup>54</sup>.

Una de las críticas que se ha formulado contra esta postura, radica en que el principio *paretiano* exige revisar más allá de la interacción inmediata entre las partes de un contrato determinado, pues la validez del contrato no va a depender de la interacción entre las partes propiamente tal, sino que se debe revisar la situación de las partes desaventajadas en toda una serie de transacciones posteriores. Lo anterior resulta de gran dificultad para la toma de decisiones por un tribunal, ya que es difícil realizar un análisis certero del futuro<sup>55</sup>.

Finalmente, encontramos la teoría *law & economics*, que aplica teorías y métodos empíricos de la economía a las instituciones centrales del sistema legal, incluyendo diversas instituciones, entre las que podemos mencionar al contrato, la propiedad, la negligencia, el procedimiento civil, penal y administrativo, etc.<sup>56</sup> Una corriente de esta teoría indica que el contrato es una herramienta que permite promover e incentivar la cooperación mutua entre los individuos, lo que es deseable en términos de eficiencia; así la obligatoriedad del contrato estimula el intercambio y la cooperación entre los individuos<sup>57</sup>. En ese sentido, se ha sostenido

<sup>51</sup> Para un mayor desarrollo de estas críticas, ver: Benson, 2010, 50–51.

<sup>52</sup> Kronman, 1980, 474.

<sup>53</sup> Benson, 2010, 52.

<sup>54</sup> Kronman, 1980, 488.

<sup>55</sup> Benson, 2010, 54.

<sup>56</sup> Posner, 1975, 759.

<sup>57</sup> Cooter & Ulen, 1999, 238. Estos autores sostienen, en referencia a un caso en que el vendedor pide al comprador que pague ahora por la entrega futura de bienes, que “las dos partes de este ejemplo desean que la promesa del vendedor sea exigible en el momento en que se hace. El comprador cauto desea el carácter exigible a fin de proveer un incentivo para el cumplimiento del vendedor y un remedio para el incumplimiento del vendedor. El vendedor desea el carácter exigible a fin de inducir al comprador a hacer la compra. Al volver exigible la promesa, el tribunal puede dar a ambas partes lo que desean. En esa forma promoverá el intercambio y estimulará la cooperación al reducir la incertidumbre y el riesgo” (Cooter & Ulen, 1999, 238).

que más allá del juicio moral que genera el no respeto de la palabra empeñada, este tipo de hechos podría resultar ineficiente desde una perspectiva económica, pues contribuyen a reducir la confianza y conducen a un decrecimiento de la actividad económica<sup>58</sup>.

Por tanto, el contrato debe ser obligatorio para incentivar la cooperación entre las partes, disminuyendo los factores de riesgo e incertidumbre que se establecen al negociar. Además de la cooperación entre los individuos, la obligatoriedad de los contratos se justifica en base a la eficiencia, siendo el primer propósito del derecho de los contratos el de permitir que los individuos conviertan los juegos de soluciones ineficientes en juegos de soluciones eficientes<sup>59</sup>. Según la teoría económica del Derecho, los contratos valen porque son una herramienta de maximización de la utilidad social, manifestando como propósitos del derecho de contratos el “obtener el compromiso óptimo de cumplir”<sup>60</sup> y “la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes”<sup>61</sup>, no siendo necesario el cumplimiento absoluto de todos los contratos, sino que respaldándolo en caso de que aumente la utilidad social<sup>62</sup>.

#### 2.1.4. Algunas conclusiones

La justificación de la obligatoriedad del contrato presenta un amplio desarrollo, cuya revisión en detalle excede el propósito de este trabajo. Con todo, a partir de lo enunciado consideramos que las justificaciones sobre su obligatoriedad inciden directamente en la construcción de la noción de contrato asumida.

El fundamento liberal, basado en la autonomía de la voluntad de los individuos, persiste actualmente como la justificación más relevante de la fuerza obligatoria de los contratos; pero no es el único. Estimamos que, a la hora de dotar de fundamento al contrato, este debe ser relacionado con otras instituciones de carácter económico y social, tales como la eficiencia económica o la justicia distributiva.

Esta evolución en torno al fundamento de la obligatoriedad del contrato permite abordar el cambio de enfoque a propósito de la noción de contrato, relacionado con el deber de colaboración entre los contratantes para satisfacer sus mutuos intereses. Pues, como veremos, el contrato hoy es entendido como un mecanismo de colaboración entre los contratantes, basado en la autonomía privada de los individuos.

## 2.2. La noción de contrato

La noción de contrato tiene como punto de partida la autonomía de la voluntad<sup>63</sup>. Este principio fundamenta el vínculo contractual que nace entre las partes, que compele al deudor a cumplir con lo

<sup>58</sup> Ghestin, Jacques, 2015, 74.

<sup>59</sup> Cooter & Ulen, 1999, 241.

<sup>60</sup> Cooter & Ulen, 1999, 243. Los autores explican la idea de cumplimiento óptimo, bajo la idea de que una de las partes celebra un contrato para hacer entrega de un bien, ignorando que surgirán negocios urgentes después de la promesa. Si sucede así, el costo del cumplimiento puede subir, pues el cumplimiento utiliza recursos escasos que se requieren en otra parte. En estas circunstancias, es posible que el costo elevado del cumplimiento supere al beneficio. En cambio, si la misma parte no tiene negocios urgentes, es posible que el costo del cumplimiento sea bajo, porque el cumplimiento utiliza recursos excedentes que no se requieren en otra parte. En este caso, el beneficio del cumplimiento puede exceder a su bajo costo. En general, las variaciones ocurridas en el costo de oportunidad de los recursos afectan el costo del cumplimiento. Véase: Cooter & Ulen, 1999, 246.

<sup>61</sup> Cooter & Ulen, 1999, 260.

<sup>62</sup> Así, según el Análisis Económico del Derecho, en ciertos casos se justifica que se incumpla el contrato, pues el incumplimiento puede ser eficiente, en la medida que se compense al acreedor en su expectativa rota. A partir del incumplimiento eficiente, todos los participantes deben encontrarse en una mejor posición en comparación a su condición anterior a la contratación. Véase: Pereira, 2014, 98.

<sup>63</sup> El profesor Enrique Barros Bourie sostiene que “[e]l contrato es el instrumento dinámico de la economía y es la expresión más fuerte de la autonomía en el ámbito estrictamente jurídico” (Barros, 2009b, 297).

obligado. Es por esto que el contrato se ha entendido como un acuerdo de voluntades entre las partes, y una fuente de obligaciones respecto del deudor.

Debido a su complejidad, cuando hablamos de noción de contrato ésta puede ser abordada desde múltiples perspectivas<sup>64</sup>. En este apartado desarrollaremos la noción tradicional del contrato, que lo concibe como fuente de obligaciones y pone énfasis en la prestación a que se encuentra obligado éste. Con todo, esta noción ha evolucionado hacia una que enfatiza en el interés de las partes y la forma en que éstas garantizan la satisfacción de este interés mediante el contrato.

Esta evolución de la noción tradicional fue plasmada, en términos normativos, por primera vez en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, celebrada en Viena en 1980, en adelante, “Convención de Viena”. Como veremos, esta evolución es relevante, ya que, al modificar el entendimiento tradicional de la noción del contrato, se altera también la noción de cumplimiento o incumplimiento del mismo, así como el sistema de remedios y acciones con que cuenta el acreedor ante el incumplimiento.

### 2.2.1. El contrato como el deber de conducta del deudor. Análisis y visión crítica

El contrato tradicionalmente fue entendido desde la perspectiva del deudor, esto es, como una fuente de obligaciones mediante la cual surgen deberes específicos de conducta para él. Esta característica también dotaba de sentido al vínculo obligatorio. En este sentido se ha manifestado la doctrina nacional<sup>65</sup>. Así, dentro de la concepción tradicional del contrato se identifican dos elementos fundamentales: el factor obligacional, y el contrato como acuerdo de voluntades.

El efecto obligacional implica que el contrato exige del deudor ciertos deberes de conducta (la prestación), que pueden consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (la prestación). Esta construcción, aunque pueda parecer bastante clara, se critica por ser limitada, pues sólo contempla los deberes de conducta específicos del deudor, sin considerar la vinculación contractual desde la perspectiva del acreedor (desde la satisfacción de su interés)<sup>66</sup>.

El segundo elemento constitutivo de la noción tradicional se relaciona con los fundamentos liberales de esta institución, expuestos *supra*, que asumen que el dogma de la autonomía de la voluntad sostiene su obligatoriedad. Así, se recalca que el contrato es el fruto o producto de un acuerdo de voluntades entre las partes. Sobre la base de la idea de acuerdo de voluntades, se subraya por una parte el carácter voluntario del

<sup>64</sup> La noción actual de contrato en la actualidad puede ser abarcada desde distintos puntos de vista. Se ha sostenido que el contrato tiene al menos tres modos de ser entendido. El primero, como un acuerdo de voluntades de que surgen obligaciones para las partes. Esta primera noción de contrato se condice con lo establecido en nuestro Código Civil, que define en el ar. 1438 C.C. al contrato como un acto por el cual una parte se obliga con otra. En este entendimiento de contrato, lo que resalta es la idea de deber, siendo una fuente de deberes y obligaciones. El segundo modo de entender el contrato lo encontramos en el *Restatement* segundo de contratos (§1), que lo entiende como una promesa para cuyo incumplimiento la ley concede remedios para satisfacer el interés de la parte acreedora. Finalmente, el contrato puede ser entendido como un instrumento de configuración de la realidad jurídica (de relaciones jurídicas). Véase: Morales, 2014, 39.

<sup>65</sup> El profesor Jorge López Santa María sostiene que el concepto habitualmente aceptado del contrato reposa en el acuerdo de voluntades de las partes, siendo el contrato un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones respecto del deudor (Véase: López Santa María, 2005, 25). René Abeliuk, indica que es la “convención generadora de derechos y obligaciones, o prescindiendo en la forma ya clásica del aspecto activo de los créditos, como la convención que da nacimiento a obligaciones” (Abeliuk, 2009, 59). Arturo Alessandri Rodríguez sostiene que “si el acuerdo o concurso de voluntades tiene por objeto crear obligaciones, recibe el nombre específico de contrato. Podemos definirlo como la convención generadora de obligaciones o bien el acuerdo de las voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones” (Alessandri, 2009, 3).

<sup>66</sup> Morales, 2014, 78.

contrato, y por otra, la posición recíproca en que se encuentran las voluntades de las partes<sup>67</sup>, en el sentido de que el contrato, en cuanto acuerdo, revela una lograda composición de intereses y la preparación de efectos de conjunto, sobre los cuales coinciden las voluntades de las partes<sup>68</sup>.

### 2.2.2. La evolución de la noción de contrato

Los críticos de esta visión han desarrollado un nuevo concepto de contrato, que se inserta en lo que la doctrina ha denominado el “Nuevo Derecho de los Contratos”<sup>69-70</sup>. Esta evolución de la noción de contrato se estructura sobre la idea del propósito práctico del negocio jurídico, desarrollada por el Federico de Castro. Antonio Morales Moreno, siguiendo al profesor Federico de Castro, sostiene que el negocio jurídico debe ser entendido, no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance, esto es, como un medio para organizar los particulares sus propios intereses<sup>71</sup>.

Adicionalmente, la evolución de la noción de contrato plantea que la idea de obligación de los sistemas continentales refleja una visión parcial del fenómeno de las relaciones obligatorias, centrado en el concepto de derecho subjetivo y en la conducta exigible al deudor. Así, el derecho de crédito es concebido como el poder del acreedor sobre ciertas manifestaciones concretas de la conducta del deudor (la prestación)<sup>72</sup>, lo que constituye un enfoque parcial de la relación obligatoria, pues excluye la postura y el rol que le cabe al interés del acreedor dentro de la obligación. En ese sentido, lo esencial de esta evolución doctrinaria radica en cambiar el lente con el cual se observan las relaciones contractuales, al situar como punto central del contrato la satisfacción del interés del acreedor, es decir, la consecución de sus fines garantizados por el contrato<sup>73</sup>.

Este nuevo planteamiento puede ser entendido siguiendo dos pasos. El primer paso consiste en asumir como premisa fundamental que el contrato es un instrumento con el que los sujetos regulan sus relaciones jurídico-económicas, con la finalidad de conseguir sus particulares propósitos. De esta manera, debe tomarse en consideración que, al obligarse una parte mediante un contrato, lo hace con el objetivo de

<sup>67</sup> Al respecto, es claro que la doctrina del contrato es construida sobre la base de que los términos son acordados por partes que son conscientes de las condiciones pactadas, lo que se aplica a un contrato negociado y no a los contratos que derivan de relaciones de consumo, los que responden a una lógica distinta. Uno de los esfuerzos más importantes de la doctrina de contratos contemporánea es precisamente hacerse cargo de las diferencias de ambos procesos de contratación. Véase, por ejemplo: Baraona, 2014; Rojas, 2014.

<sup>68</sup> Messineo, 2007, 69.

<sup>69</sup> Dentro de los elementos que integran el “Nuevo Derecho de los Contratos”, encontramos la Convención de Viena, los principios de derecho Europeo de los contratos (en adelante “PECL”), los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (en adelante “PICC”), la Directiva N° 44 de 1999 sobre ventas de consumo del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (99/44/CEE), la reforma al BGB del año 2002, entre otros. Véase: Vidal, 2007, 43–44. Cabe indicar que en la región latinoamericana se ha evidenciado este proceso de transformación en el derecho de contratos, sin embargo, los esfuerzos de codificación han sido más bien mezquinos, salvo por la reciente codificación argentina, pese a lo cual, la doctrina de la región ha impulsado diversos trabajos sobre la materia, donde cabe destacar la reciente publicación de los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, formulada por los profesores Iñigo de la Maza, Carlos Pizarro y Álvaro Vidal. Así, por ejemplo, en dicha obra, se establece una noción de incumplimiento del contrato amplia y objetiva (véanse los artículos 86 y siguientes de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos de: De la Maza, Pizarro & Vidal, 2017, 15, 51-55 y 95-102).

<sup>70</sup> El instrumento jurídico que mayor influencia ha ejercido en la discusión del estado del Derecho de Contratos es la Convención de Viena: fue uno de los modelos utilizados en la redacción de los PICC y tuvo gran influencia en los PECL. “En el marco de la Unión Europea los nuevos principios de la contratación se plasman en los *Principles of European Contract Law*, preparados por *The Commission on European Contract Law*, que ha estado presidida por LANDO. La función de estos Principios es parecida a la de los de UNIDROIT. Pero, además, pretenden sentar las bases para el desarrollo de un futuro Código civil europeo de obligaciones” (Morales, 2014, 30).

<sup>71</sup> Morales, 1983, 1530.

<sup>72</sup> Morales, 2014, 76.

<sup>73</sup> Cárdenas y Reveco, 2018, 62.

satisfacer a través de su ejecución, determinados intereses. Por tanto, la tarea del ordenamiento jurídico es privilegiarlos y poner a disposición de las partes los mecanismos para lograr su plena satisfacción.

De este modo, el contrato debe ser entendido como una ordenación de cooperación, mediante la cual las partes disciplinan una determinada situación con miras a satisfacer sus intereses, siendo su principal objetivo reglar un conjunto de expectativas, riesgos y circunstancias de acuerdo con las previsiones que han tenido en cuenta o que la ley ha establecido dispositivamente, para que con ellas se obtenga el propósito que desean<sup>74</sup>.

En este contexto, la prestación, en cuanto objeto de la obligación, es un cauce que permite la realización de fines y de intereses de tipo empírico o práctico; y la relación obligatoria un instrumento de cooperación entre individuos, donde el deudor compromete su cooperación y empeña su comportamiento para que el acreedor obtenga satisfacción en su interés<sup>75</sup>.

Sobre este punto, es necesario precisar qué se entiende por satisfacción del interés de las partes. Una manera de concebir este punto es la planteada por Federico de Castro, quien relaciona el propósito práctico con lo que las partes buscan satisfacer mediante el contrato en casos concretos. Así, lo que las impulsa normalmente a la adquisición de una cosa y a dar un precio por ella no es tanto su propia esencia o identidad sino la función o utilidad que de un modo mediato o inmediato se espera obtener de ella<sup>76</sup>.

La idea de propósito práctico que atiende a la función o utilidad que las partes quieren ver satisfechas en un caso concreto por intermedio del contrato constituye un elemento esclarecedor sobre lo que debe ser el interés de las partes. Sin embargo, dicha manera de concebir el interés contractual debe ser delimitado, en el sentido de que el propósito que los contratantes quieren ver satisfechos mediante el contrato debe atender precisamente a lo que el contrato dispone y a la forma en que éste distribuye los riesgos.

El contrato constituye, además de un mecanismo de colaboración entre las partes, un medio de distribución de riesgos<sup>77</sup>. Desde un punto puramente económico, el contrato es un instrumento que permite negociar a las partes sobre los riesgos, siendo por ejemplo relevante el precio que las partes fijen para una prestación. También permite delimitar el interés buscado por las partes, pues como veremos, estas no pueden invocar cualquier interés que desearían ver satisfecho<sup>78</sup>, sino que solamente el plasmado en el contrato y que se condice con la manera en que han distribuido los riesgos mediante éste. Asimismo, el contrato, constituye un mecanismo de distribución de riesgos ante un incumplimiento contractual, que permite dilucidar con qué acciones y remedios cuenta el acreedor ante el incumplimiento, según los presupuestos adicionales de procedencia de cada uno de éstos<sup>79</sup>.

De esta manera, el interés del contrato no tiene que ver necesariamente con el interés económico o fin último que ha llevado a las partes a celebrarlo, sino que con el interés que las partes han podido plasmar y, en virtud del cual han distribuido los riesgos económicos. Así, este enfoque supone entender la obligación no sólo desde la perspectiva del deber a la prestación, sino también desde la perspectiva del nivel de riesgo

<sup>74</sup> Alcalde, 2013, 30.

<sup>75</sup> Díez-Picazo, 2008, 703.

<sup>76</sup> Morales, 1983, 1530.

<sup>77</sup> Schopf, 2017, 438-439.

<sup>78</sup> Bajo este supuesto la noción de incumplimiento que revisaremos sería extremadamente amplia e ilimitada.

<sup>79</sup> Barros, 2009a, 156.

asumido por el deudor respecto de la efectiva realización de la finalidad económica o resultado práctico plasmado en el contrato<sup>80</sup>.

El segundo paso consiste en entender que la vinculación contractual entre deudor y acreedor deja de considerarse únicamente como un deber de conducta específico del deudor, y pasa a ser concebida como una garantía del resultado de satisfacción del interés del acreedor, en la medida que este interés se encuentre protegido en el contrato<sup>81</sup>. De este modo, el contrato traspasa los límites del mero cumplimiento del deber de prestación, pasando el deudor a estar obligado a satisfacer el interés del acreedor, en base al contenido del contrato<sup>82</sup>.

Lo anterior se condice con la forma en que Federico de Castro ha definido al negocio jurídico, esto es, como la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos<sup>83</sup>.

Esta idea, de entender el vínculo contractual como una garantía del resultado<sup>84</sup>, permite que el interés concreto del acreedor, que surge a partir de la celebración del contrato, esté garantizado por el deudor, de modo que el contrato ofrece al acreedor mecanismos para dar efectividad o para garantizar la satisfacción de su interés<sup>85</sup>.

Con todo, afirmar que el deudor garantiza un resultado -un nivel de satisfacción del interés del acreedor- supone que la vinculación contractual puede referirse al cumplimiento de deberes de conducta, como a hechos, situaciones, estados de la realidad que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor<sup>86</sup>.

Esta idea del contrato como garantía del resultado se relaciona con el modelo de contrato del *common law*, en el prevalece la idea de que la parte que incumple se expone a una sanción, cualquiera que ésta sea<sup>87</sup>. El *common law* considera que, en principio, todos los contratos se acompañan de una garantía a cargo del deudor, pues si este no honra o ejecuta su promesa, se produce responsabilidad por “incumplimiento”, con independencia de que este haya incumplido sus deberes. Si no se obtiene el resultado prometido, ello implica que no se ha observado la garantía proporcionada, lo cual produce el incumplimiento<sup>88</sup>.

<sup>80</sup> Schopf, 2017, 439.

<sup>81</sup> En este sentido, a partir de la forma en que las partes distribuyan los riesgos en el contrato y el rol que le cabe al deudor respecto del cumplimiento del resultado práctico o finalidad económica del contrato, la obligación del deudor ha sido calificada como una obligación de medio, como una obligación de resultado o como una obligación de garantía, lo que en definitiva determina los riesgos de daños por insatisfacción del interés del acreedor asumidos por el deudor y sus defensas o causales de exoneración. Véase, Schopf, 2017, 441.

<sup>82</sup> Morales, 2014, 78.

<sup>83</sup> Morales, 1983, 1533.

<sup>84</sup> Respecto a la garantía del resultado de satisfacción del interés del acreedor, Morales Moreno se ha inspirado en la tradición del *Common Law* quien ha señalado: “[c]omparando la idea continental del contrato con la del *Common Law*, Zweigert & Kötz señalaron, hace algunos años, de modo muy acertado, que la diferencia del *Common Law* se halla en que éste concibe el contrato como una promesa de garantía” (Morales, 2014, 76 y ss.).

<sup>85</sup> Morales, 2014, 82.

<sup>86</sup> Morales, 2006, 19–20.

<sup>87</sup> Alcalde, 2013, 35.

<sup>88</sup> Zweigert & Kötz, 2002, 532.

Este cambio en el enfoque respecto al entendimiento y contenido del contrato altera la manera en que se concibe la noción de incumplimiento<sup>89</sup> y el sistema de remedios<sup>90</sup>.

### 2.2.3. ¿Por qué es deseable que el contenido del contrato garantice la satisfacción del interés del acreedor?

La evolución descrita permite entender que el contrato es una ordenación de cooperación mediante la cual las partes disciplinan una determinada situación con miras a satisfacer sus intereses, cuyo objetivo primordial es reglar un conjunto de hechos, finalidades, expectativas, circunstancias, riesgos y estados de la realidad de acuerdo con las previsiones que las partes han tenido en cuenta o que la ley ha establecido dispositivamente, para que con ellas se obtenga el propósito deseado por aquéllas. La mayoría de las veces esa regulación de intereses será fruto del acuerdo consensuado de los contratantes para determinar ciertos aspectos de la relación jurídica que las une, pero la fuerza obligatoria que se reconoce al contrato no proviene de ese ejercicio de la autonomía individual; antes bien, ésta la presupone<sup>91</sup>. Las fuentes y antecedentes de la Convención de Viena<sup>92</sup>, primer estatuto jurídico en plasmar objetivamente la evolución de la noción de contrato<sup>93</sup>, emanaron de diversos sistemas legales; siguiendo, por razones prácticas, la estructura del *common law* para unificar internacionalmente la compraventa de mercaderías<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> En ese sentido, los profesores Ricardo Reveco y Hugo Cárdenas indican que “[a] ser el contrato entendido como una garantía de satisfacción, el incumplimiento será cualquier desviación del programa contractual que lleva a frustrar lo que las partes quieren (su interés). Ello hace que no sea necesario distinguir entre tipos de incumplimientos, como lo hace el ordenamiento chileno, pues cualquier forma de insatisfacción será considerada como incumplimiento y dará derecho al acreedor para utilizar una batería de remedios contractuales” (Cárdenas y Reveco, 2018, 63).

<sup>90</sup> Al respecto, se ha sostenido que “los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato son, al mismo tiempo, de satisfacción e insatisfacción del interés del acreedor (...). Que el deudor, al contratar, se obliga a realizar el contrato, garantizando la satisfacción del interés del acreedor y que cualquiera desviación respecto de lo pactado, constituye incumplimiento y pone a disposición del acreedor los remedios generales al mismo” (De la Maza & Vidal Olivares, 2018, 259). En el mismo sentido, se ha indicado que “la concepción de un contrato como garantía, que tiene como corolario una noción unitaria, neutra y amplia de incumplimiento, simplifica la articulación de los mecanismos de tutela del crédito (...) Bajo esta perspectiva, el punto de partida del sistema de remedios contractuales es el incumplimiento, es decir, la insatisfacción del acreedor respecto del resultado garantizado. Así, el sistema de remedios se debe articular en torno a proteger el interés del acreedor, brindándole diversas alternativas para enmendar, según su interés, su posición. Estas alternativas, que protegen los posibles intereses del acreedor, son los remedios contractuales” (Cárdenas y Reveco, 2018, 66-67).

<sup>91</sup> Alcalde Silva, 2013, 29.

<sup>92</sup> Esta Convención tuvo como antecedentes los trabajos realizados desde 1930 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que llevaron a la adopción en 1964 de dos Convenciones de La Haya, una relativa a la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías y otra a la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías relativa a los derechos del comprador y vendedor, pero como esas convenciones no fueron redactadas por países representantes de todas las regiones del mundo, no lograron tener una aceptación mundial, siendo objeto de críticas por reflejar principalmente las tradiciones jurídicas y realidades económicas de la Europa continental occidental. Por ello, las Naciones Unidas encargó a la CNUDMI que elaborara un documento con recepción mundial, por lo que se creó un grupo de trabajo que analizó todos esos precedentes con la colaboración de los juristas más destacados en la materia; en 1978 se produjo un proyecto de Convención unificada que se denominó proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que tuvo una aceptación más amplia por parte de los países con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos. Por tal motivo, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó una Conferencia Diplomática en Viena en abril de 1980 para examinar el proyecto de Convención, en la que los Estados presentes adoptaron por unanimidad el texto el 11 de abril, entrando en vigor el 1 de enero de 1988, con el título de Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Villalta, 2016, 35).

<sup>93</sup> Según el artículo 30 de la Convención, el vendedor está obligado a entregar y transferir la propiedad de los bienes que reúnan las características estipuladas en el contrato, junto con los documentos pertinentes, en un tipo de obligación que se expone de manera detallada en los artículos 31 a 44 de la Convención. Si el vendedor entrega bienes que no coinciden con la descripción contenida en el contrato (con independencia de que carezcan de un aspecto estipulado contractualmente, una cualidad que haya sido garantizada o una característica necesaria para el uso normal o de que, en suma se trate de bienes equivocados), si entrega en exceso o demasiado poco, de forma prematura o tardía o en el lugar incorrecto, o si la ejecución resulta defectuosa en otro sentido, tenemos un incumplimiento que permite al comprador ejercer los derechos otorgados en el artículo 45, incluido el derecho a entablar una demanda por daños y perjuicios. Solo podrá liberarse si demuestra que la falla se debió a un impedimento que escapaba a su control y el cual no podía, en términos razonables, prever a la conclusión del contrato, como tampoco prevenir o superar. Véase: Zweigert & Kötz, 2002, 543-544.

<sup>94</sup> Magnus, 2010, 74.



En esta tradición, prevalece la idea de que la parte que incumple su compromiso se expone a una sanción jurídica, cualquiera que ésta sea. Esta idea se encuentra plasmada en la primera parte del *Restatement* segundo de contratos (§1), que establece que el contrato es una promesa o un conjunto de promesas por cuyo incumplimiento el ordenamiento jurídico otorga un remedio. La atención está puesta, no en los particulares deberes que el contrato ha generado para las partes, sino en la garantía de resultado a cargo del deudor que con él se ha creado<sup>95</sup>.

Así, esta nueva comprensión se aproximó al modelo de contrato de la tradición del *common law*<sup>96</sup>; pues, a diferencia de los sistemas continentales, en ella se considera que, en principio, todos los contratos se acompañan de una garantía. Si no se cumple con el resultado prometido, no se ha observado la garantía proporcionada, siguiéndose el incumplimiento<sup>97</sup>. La pregunta es, ¿por qué la Convención de Viena optó por el enfoque del *common law* en este punto? Creemos que la respuesta se relaciona con que este modelo refleja mejor la evolución de los fundamentos del contrato, los que han incidido directamente en la gestación de la evolución de este concepto. Como vimos, se ha ido superando la idea de que el contrato se funda en un concepto objetivo de valor que justifica la contraprestación centrado en el deudor, pasando a ser un instrumento con un fin colaborativo que beneficia a ambas partes.

Durante la época de dictación del C.C., el contrato era concebido como la fuente del deber de conducta del deudor, generándose obligaciones que se justificaban por la idea de justicia sustantiva, entendida en términos objetivos<sup>98</sup>. Hoy, en cambio, la finalidad del contrato es que cada parte proporcione a la otra un beneficio o que actúe de una manera conducente a procurarle esa ventaja o beneficio<sup>99</sup>, por lo que el contrato debe ser percibido a la luz del interés positivo que persiguen recíprocamente las partes, de modo que el incumplimiento del contrato puede ser calificado a la luz de la insatisfacción del beneficio esperado<sup>100</sup>.

### 3. Algunas conclusiones sobre la noción de contrato

Consideramos que la noción de contrato que resulta deseable en el estudio de los diversos mecanismos de tutela respecto del acreedor corresponde a aquella que entiende que la relación obligatoria de las partes, involucra intereses de ambos contratantes, a los que se debe acudir para precisar la idea de cumplimiento, en razón de la satisfacción de dichos intereses.

En virtud del enfoque descrito, podemos concluir que el contrato constituye un mecanismo de colaboración entre las partes que presenta diversas finalidades:

- i. El contrato permite la transferencia de bienes y servicios, de manera eficiente, procurando su empleo o aprovechamiento óptimo, mediante su intercambio o reparto;

<sup>95</sup> Alcalde Silva, 2013, 34.

<sup>96</sup> Díez-Picazo, Roca Trías, & Morales Moreno, 2002, 128.

<sup>97</sup> Zweigert & Kötz, 2002, 532.

<sup>98</sup> Pese a la opinión común, la fuerza obligatoria que se reconoce a todo contrato válidamente celebrado no es una consecuencia de la autonomía de voluntad, pues éste es un principio de origen kantiano ajeno a la mentalidad de la temprana codificación decimonónica, introducido por los comentaristas de la escuela de la exégesis posteriormente. Su formulación fue de Jean Domat, para quien era una consecuencia de considerar que el contrato es justo. Véase: Alcalde Silva, 2013, 26–27.

<sup>99</sup> Barros, 2009b, 297.

<sup>100</sup> Barros, 2009b, 287.

- ii. El contrato al ser un mecanismo de satisfacción de intereses de las partes<sup>101</sup> permite, en términos prácticos, dar todo su alcance a la autonomía de la voluntad, pues no se busca que la autonomía quede desprovista de toda importancia, sino que más bien, se atiende de mejor manera a la verdadera voluntad de los particulares, según los intereses que se han plasmado en el contrato. Así, no se desconoce el rol de la voluntad como fundamento del valor vinculante de los contratos, pues constituye precisamente un elemento que promueve la consecución de intereses de los contratantes;
- iii. El contrato es un mecanismo de atribución de riesgos. Primero, el contrato es un instrumento para negociar sobre riesgos en un sentido puramente económico. Por ejemplo, el comprador y el vendedor convienen en prestaciones recíprocas que estiman convenientes al contratar<sup>102</sup>. Es por ello que se puede sostener que el contrato es un instrumento económico que favorece el desplazamiento de recursos desde una persona que los posee hacia quien le asigna mayor valor, de modo que cada operación contractual tiende a incrementar marginalmente el bienestar general<sup>103</sup>. Sin embargo, el intercambio puede o no tener resultados ventajosos. Precisamente porque el contrato distribuye riesgos en este sentido económico, los cambios en el valor futuro de las prestaciones no afectan su eficacia obligatoria, salvo en circunstancias por completo imprevisibles y extraordinarias<sup>104</sup>. En segundo lugar, la pregunta sobre riesgos se relaciona con la noción de incumplimiento contractual, y, un paso más allá se pregunta por las acciones y demás remedios a que da lugar ese incumplimiento<sup>105</sup>;
- iv. El contrato permite el aseguramiento de las expectativas en las relaciones interpersonales. Garantiza un resultado respecto a la satisfacción de los intereses del acreedor, siendo relevante, por tanto, no su comportamiento o los esfuerzos que pone el deudor para dicha satisfacción, sino que, la efectiva satisfacción del acreedor, de acuerdo a lo que las partes hayan plasmado efectivamente en el contrato.

## Bibliografía

- Abeliuk Manasevich, R. (2009). *Las Obligaciones. Tomo I* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- Accatino, D. (2015). La “teoría clásica” del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial. *Revista Chilena de Derecho*, vol.42, N°1, pp.35-56.
- Alcalde Silva, J. (2013). *Incumplimiento y reemplazo: Bases para una teoría general de la operación de reemplazo en derecho español* (Universidad de Valencia).
- Alessandri Rodríguez, A. (2009). *De los Contratos*, (Santiago, Chile, Editorial Jurídica Las Américas).
- Aquino, T. de. (1998). *Suma Teológica. Tratado de la Justicia* (Ciudad de México, México, Editorial Porrúa).
- Aristóteles. (1988). *Ética Nicomaquea*, (Madrid, España, Editorial Gredos).
- Astuti, G. (1962). *Contratto-Diritto intermedio*. (V. Giuffrè, Ed.) *Enciclopedia del Diritto* (Vol. IX), Milán, Italia.

<sup>101</sup> Prado, 2013, 11.

<sup>102</sup> Barros Bourie, 2009a, 154.

<sup>103</sup> Barros Bourie, 2009b, 297.

<sup>104</sup> Barros Bourie, 2009a, 154.

<sup>105</sup> Barros Bourie, 2009a, 156.

- Baraona González, J. (2014). La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y las Reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, vol 41, N°2, pp.381-408.
- Barros Bourie, E. (2009a). Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual. En E. Barros Bourie, M. P. García Rubio, & A. Morales Moreno (Eds.), *Derecho de daños* (Madrid, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo) pp. 135–192.
- Barros Bourie, E. (2009b). El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad. In *Estudios De Derecho Civil IV* (LegalPublishing Chile) pp. 297–313.
- Benson, P. (2010). Contract. En *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford, UK, Wiley-Blackwell) pp. 29–63.
- Cárdenas, H. & Reveco, R (2018). *Remedios Contractuales. Cláusulas, Acciones y otros Mecanismos de Tutela del Crédito* (Santiago, Chile, Thomson Reuters).
- Cooter, R., & Ulen, T. (1999). *Derecho y Economía* (Ciudad de México, México, Fondo de Cultura Económica).
- De La Maza Gazmuri, Í., & Vidal Olivares, Á. (2014). Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N°1, pp.15-38.
- De La Maza Gazmuri, Í., Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, Á. (2017). *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Madrid, España, Agenci Estatal Bolétin Oficial del Estado).
- De La Maza Gazmuri, Í., & Vidal Olivares, Á. (2018). *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, Incumplimiento y Remedios. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Chile, Thomson Reuters).
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Vol. II. Las relaciones obligatorias* (6a ed.) (Cizur Menor, Navarra, España, Editorial Thomson Civitas).
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil. Volumen II* (6a ed.) (Madrid, España, Editorial Tecnos).
- Díez-Picazo, L., Roca Trías, M. E., & Morales Moreno, A. M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos* (Madrid, España, Editorial Civitas).
- Díez-Picazo Giménez, G. (1994). *La mora del deudor. Tesis doctoral* (Universidad Autónoma de Madrid).
- Esborraz, D. F. (2008). La noción de contrato entre “synállagma” y “convetio” en la tradición romanista y sus proyecciones en el sistema jurídico latinoamericano. *Roma E America. Diritto Romano Comune Revista Di Dirritto Dell'integrazione E Unificazione Del Diritto in Europa E in America Latina*, 26.
- Figuroa Yáñez, G. (2011). *Curso de Derecho Civil* (1a ed.) (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- Fried, C. (1996). *La obligación contractual: el contrato como promesa* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- Ghestin, Jacques (2015). La fuerza obligatoria del Contrato. *Revista IUS ET VERITAS* N°50, julio, pp.72-84.
- Gordley, J. (1991). *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press).
- Grosso, G. (2006). La concepción del contrato en el derecho romano y su influencia en los derechos modernos. *Cuadernos Del Curso de Máster En Sistema Jurídico Romanista Y Unificación Del Derecho En América Latina: Sistema Jurídico Latinoamericano Y Derecho de Los Contratos*, pp. 1–16.
- Guzmán Brito, A. (2006). Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato. *Cuadernos Del Curso de Máster En Sistema Jurídico Romanista Y Unificación Del*

- Derecho En América Latina: Sistema Jurídico Latinoamericano Y Derecho de Los Contratos*, pp. 73–134.
- Kimel, D. (2003). *From Promise to Contract. Towards a liberal theory of contract* (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing).
- Kronman, A. T. (1980). Contract Law and Distributive Justice. *Yale Law Journal* 89, 42.
- López Santa María, J. (1985). Perspectiva histórico-comparada de la noción de contrato. *Revista Chilena de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Chile*, 12, pp. 123-146.
- López Santa María, J. (2005). *Los Contratos: Parte General* (4a ed.) (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- Magnus, U. (2010). The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds? *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 3, N°1, pp.67-97.
- Mercado, T. de. (1975). *Suma de Tratos y Contratos* (Madrid, España, Editora Nacional).
- Messineo, F. (2007). *Doctrina General del Contrato* (1a ed.) (Lima, Perú, ARA Editores).
- Morales Moreno, A. M. (1983). El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico). *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, N°4, 1983, pp.1529-1546.
- Morales Moreno, A. M. (2006). *La Modernización del Derecho de Obligaciones* (Navarra, España, Editorial Thomson Civitas).
- Morales Moreno, A. M. (2014). Claves de la Modernización del Derecho de contratos. *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, Cumplimiento E Incumplimiento*.
- Ossorio Morales, J. (1965). Notas para una teoría general del contrato. *Revista de Derecho Privado*, Diciembre, pp.1071-1113.
- Pereira Fredes, E. (2014). Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: Autonomía y derecho privado. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N°6, pp.69-136.
- Pereira Fredes, E. (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual* (Santiago, Chile, Thomson Reuters).
- Pizarro Wilson, C. (2004). Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del *Código Civil Chileno*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N°2, pp.225-237.
- Posner, R. A. (1975). The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, 757(53), pp.757-782.
- Prado López, P. (2013). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles, de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno* (Universidad de Chile).
- Rojas, Nicolás. (2014). ¿Es el consumidor un mal padre de familia? Alcance del deber de cuidado exigible a los consumidores. *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, pp. 413-431.
- Schopf Olea, A. (2017). Modelos de atribución de responsabilidad en el derecho de contratos. *Estudios de Derecho Civil XII, Ponencias presentadas en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Thomson Reuters, pp.435-452.
- Simental Franco, V. A. (2012). El contrato, elemento constante en el devenir humano, pasado, presente y futuro. *Revista de Derecho Privado Universidad Nacional Autónoma de México*, Año I, N°2, pp.353-384.
- Smith, A. (1958). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. (E. Cannan & G. Franco, Eds.) (Ciudad de México, México, Fondo de Cultura Económica).

- Vidal Olivares, Á. (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N°1, pp.41–59.
- Villalta Vizcarra, A. E. (2016). *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas* (Nueva York, Estados Unidos, Naciones Unidas).
- Zweigert, K., & Kötz, H. (2002). *Introducción al derecho comparado (traducción de Arturo Aparicio Vázquez)* (Ciudad de México, México, Oxford University Press).