

LA “TEORÍA CLÁSICA” DEL CONTRATO Y LA DISCUSIÓN SOBRE SU ADAPTACIÓN JUDICIAL*

THE “CLASSICAL THEORY” OF CONTRACT LAW AND THE DISCUSSION ABOUT JUDICIAL ADJUSTMENT OF CONTRACTS

DANIELA ACCATINO**

RESUMEN: En la discusión sobre la adaptación judicial del contrato y su admisión por vía legislada o jurisprudencial es usual la referencia a diversas teorías del contrato. El artículo analiza los argumentos que se refieren a la “teoría clásica” del contrato, reconstruyendo los postulados que la integran, para considerar luego, críticamente, la adscripción de esa teoría al Código Civil. Sin perjuicio del interés de esa crítica genealógica, se sostiene la necesidad de complementarla con el análisis crítico de la conexión justificativa que esa teoría postula entre la autonomía de la voluntad y una concepción rígida de la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad. Para ese efecto, se examinan algunas posiciones teóricas contemporáneas que a pesar de compartir una justificación de la fuerza obligatoria de los contratos fundada en la autonomía de las partes, admiten limitaciones a su intangibilidad judicial e incluso las justifican a partir de ese mismo valor.

Palabras clave: Teoría del contrato, autonomía de la voluntad, revisión judicial.

ABSTRACT: References to contract theories are usual in the discussion about judicial adjustment of contracts. The paper analyzes the arguments about “classical contract theory”, reconstructing its thesis and considering critically its adscription to the Civil Code. Although this genealogical critic is relevant, the paper argues that it need to be completed with a critical review of the justification relation between autonomy and a rigid conception of the binding force of contracts, that the classical theory asserts. To that effect, some current theoretical approaches that share a conception of the binding force of contract grounded in the autonomy of the parties but at the same time admit limitations to it, are examined.

Key words: Theory of contract law, will theories, judicial adjustment.

* Este artículo es parte de una investigación mayor sobre teoría del derecho de contratos y revisión judicial, que se desarrolla en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1120611, titulado “La revisión judicial del contrato. Análisis histórico, dogmático y de derecho comparado, con perspectivas para el derecho nacional”, del que la autora es coinvestigadora. Agradezco a Rodrigo Momberg y Álvaro Núñez sus comentarios a una versión preliminar, así como las observaciones de quienes participaron en el Seminario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral donde fue discutido. Una versión posterior fue presentada también en un Seminario del Dipartimento di Cultura Giuridica Giovanni Tarello de la Universidad de Genova, donde recibí valiosos comentarios críticos, en especial de Cristina Redondo y Paolo Comanducci, que aprovecho de agradecer también, así como las observaciones formuladas en el arbitraje al que fue sometido el artículo antes de su publicación. Libero, por cierto, a todos ellos de responsabilidad por los defectos que subsistan.

** Profesora de Teoría del Derecho, Universidad Austral de Chile. Independencia 641, Valdivia, Chile. Correo electrónico: daccatino@uach.cl. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Granada.

I. ADAPTACIÓN JUDICIAL Y ARGUMENTOS DE TEORÍA DEL CONTRATO

El reconocimiento de facultades a los jueces para modificar parcialmente, bajo ciertas hipótesis, los términos de un contrato ha tendido a afianzarse en derecho comparado, como mecanismo para responder adecuadamente a problemas como el cambio sobreviniente de circunstancias en contratos de larga duración o bien la protección de partes contratantes débiles en contextos de desequilibrio de poder de negociación.

Ya sea al amparo de la asunción de un principio general de conservación o preservación del contrato, como ha ocurrido en el caso de los Códigos Civiles de Italia (1942), Holanda (1992) y Alemania (reformado el 2002)¹, o bien a través de la admisión de potestades puntuales de revisión, la regulación expresa de la revisión judicial del contrato es la tendencia que ha prevalecido en las legislaciones comparadas y que ha sido promovida también por los modernos instrumentos internacionales no vinculantes de derecho contractual –como los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el reciente Borrador de Marco Común de Referencia para la Unión Europea–, que admiten la adaptación judicial del contrato en diversos casos, tales como, por ejemplo, nulidad por error, determinación del precio por un tercero, cambio de circunstancias, abuso de posición dominante y cumplimiento forzado².

La situación del derecho chileno de contratos contrasta con esta evolución comparada. Pues fuera de los casos especiales previstos por el Código Civil –en los que se autoriza la reducción de la cláusula penal enorme (artículo 1544) se faculta al juez para resolver sobre la variación de una servidumbre que se ha vuelto más onerosa (artículo 830) y se admite que el juez resuelva sobre el aumento del precio en un contrato de construcción cuando circunstancias desconocidas ocasionen costos que no pudieron preverse (artículo 2003 regla 3ª)– ni la legislación ni la jurisprudencia se han mostrado hasta ahora, entre nosotros, favorables a la admisión de facultades generales para la modificación judicial de los términos de un contrato³. Una situación que puede observarse, paradigmáticamente, al analizar la forma en que ha sido abordada en nuestro sistema jurídico la imprevisión contractual⁴. Así, el único proyecto de ley que ha intentado regularla, permitiendo la revisión judicial de los términos del contrato, presentado el año 1991 y aprobado por la Cámara de Diputados tras diez años de tramitación, fue finalmente archivado el año 2004. La jurisprudencia, por su parte, con algunas excepciones, especialmente en juicios arbitrales, ha rechazado explícitamente la posibilidad de intervenir en los términos de un contrato en caso de excesiva onerosidad debida a un cambio imprevisto de circunstancias, ni aun por aplicación de la exigencia de que los contratos sean ejecutados de buena fe, argumentando que los tribunales carecen de facultades para derogar, modificar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, pues cualquier afectación de esta implicaría una infracción del artículo 1545 del Código

¹ Cfr. NANNA (2010) y MOMBERG (2010a).

² Cfr. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (2004), LANDO y BEALE (2000); VON BAR *et al.* (2010).

³ Cfr. para una caracterización general y una revisión de la bibliografía relevante, DOMÍNGUEZ *et al.* (2008).

⁴ Cfr. MOMBERG (2010b).

Civil⁵. La articulación más completa del argumento toma –según explica, críticamente, R. Momberg– la siguiente forma:

“El principio de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda* es uno de los pilares básicos del derecho de contratos, reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y consagrado positivamente tanto en las codificaciones decimonónicas como en las contemporáneas. Dicho principio, lo mismo que los principios de libertad contractual y del efecto relativo de los contratos, se considera el corolario necesario del dogma de la autonomía de la voluntad. En términos generales, la fuerza obligatoria del contrato implica que las partes deben respetar las obligaciones que válidamente han contraído, teniendo estas fuerza vinculante para ellas y por tanto exigibilidad para su cumplimiento. En su concepción tradicional supone también la intangibilidad del contrato, de manera que ni las partes (con la obvia excepción del mutuo consentimiento) ni el juez pueden variar los términos de un contrato válidamente celebrado”⁶.

No se trata, por cierto, de un argumento novedoso u original, si atendemos a la evolución comparada del derecho de contratos. Argumentos análogos, fundados en *l'autonomie de la volonté et l'intangibilité du contrat*, o en *the freedom of contract and the sanctity of contract*, han sido invocados también en otros sistemas jurídicos cuando se ha discutido sobre la adaptación judicial del contrato, para impugnar tanto la asunción jurisprudencial como el reconocimiento legal de esa clase de facultades⁷.

La forma en que enfrentan este argumento quienes han asumido, en esos debates, la defensa de espacios para la admisión jurisprudencial o bien para la regulación legal de la intervención judicial en el contenido del contrato, ha solido sujetarse también a un cierto patrón, que se vislumbra igualmente en la doctrina chilena, según sugiere el texto antes citado. Ese patrón consiste en identificar el argumento en cuestión con una **concepción**

⁵ Cfr. las sentencias citadas en DOMÍNGUEZ *et al.* (2008), nota 28 y, recientemente, *South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria de Valparaíso* (2009). El mismo argumento es sostenido por ABELIUK, a quien cita la última sentencia mencionada. A su juicio la admisión jurisprudencial de la imprevisión “se estrella irremediablemente” con el artículo 1545, “el que la excluye, pues el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón modificado, si no es por voluntad de las partes, o por las causas legales. Y entre ellas no está la imprevisión, además que los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado” [ABELIUK (2001) p. 762]. Cabe señalar, sin embargo, que la mayor parte de la doctrina civil chilena es favorable a la admisión jurisprudencial o bien a la regulación legal de la revisión del contrato en caso de imprevisión: cfr. una síntesis en DOMÍNGUEZ *et al.* (2008). Por otra parte, como se ha señalado en el texto, existen algunas sentencias que excepcionalmente se han mostrado favorables a la aplicabilidad de la doctrina de la imprevisión. Así ha ocurrido en *Guillermo Larrain Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana* (2006), de la Corte de Apelaciones de Santiago [sobre la cual cfr. ALCALDE (2007)], y con algunas sentencias arbitrales, entre las que cabe mencionar a *Sociedad de Inversiones Mónaco Ltda. con ENAP* (1986), dictada por el árbitro Carlos Urenda Zegers y a *Sociedad Constructora La Aguada Ltda. con EMOS S.A.* (1994), dictada por el árbitro Claudio Illanes Ríos (ambas reseñadas en ILLANES, 2000, pp. 199ss.). Otras sentencias arbitrales, en cambio, como las dictadas por el árbitro Luis Figueroa del Río (Disponibles en http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/974.pdf), la rechazan invocando el artículo 1545 del Código Civil.

⁶ MOMBERG (2013) p. 10. En un sentido semejante, cfr. DOMÍNGUEZ *et al.* (2008) p. 514.

⁷ Cfr. MAZEAUD (2008), especialmente pp. 553-557; DAWSON (1984) pp. 18-19.

tradicional, o **clásica**, del contrato y de su fuerza obligatoria, para luego argumentar que, por diversas razones, esa concepción debe ser abandonada en favor de una **nueva**, diferente, teoría del contrato y de su fuerza obligatoria⁸. Entre estas nuevas concepciones, las que con mayor frecuencia se mencionan son el solidarismo contractual y la teoría relacional del contrato.

El recurso usual —en las discusiones doctrinales sobre la revisión judicial, aunque también de modo más general en las que se ocupan de otras tendencias contemporáneas del derecho de contratos— a este esquema argumentativo, que contrapone a una teoría clásica una nueva teoría del contrato, constituye el punto de partida de la investigación que da origen a este trabajo. En el contexto, entonces, de una investigación más amplia sobre las teorías del contrato y su invocación, en la discusión doctrinal, como una suerte de bastiones desde los que articular la resistencia frente o bien la carga a favor del reconocimiento de facultades de intervención judicial en el contenido contractual, este trabajo se concentra en el análisis de lo que se suele identificar como concepción “clásica” del contrato. Se considerará especialmente el modo en que ella es presentada y discutida por la doctrina nacional, para intentar, primero, una reconstrucción de sus postulados (2.) y para revisar, luego, críticamente, desde el punto de vista histórico, la adscripción de esa teoría al Código Civil (3.). A pesar del interés de esa crítica genealógica, se sostendrá que su alcance es limitado y se destacará la importancia de complementarla con un análisis sustantivo de las conexiones justificativas entre el concepto de autonomía, la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad. En este sentido, se sugerirá, por último (4.), que el reconocimiento de la autonomía como principio básico en la justificación del derecho de contratos no supone asumir la concepción rígida de la fuerza obligatoria y de la intangibilidad de los contratos que se asocia a la teoría clásica, de acuerdo a su versión estándar, y que, por el contrario, ella podría ser compatible con, o incluso justificar, hipótesis de adaptación judicial del contrato.

⁸ Esta estructura argumentativa se aprecia con claridad, por ejemplo, en un texto de Mazeaud que se refiere al paso paulatino desde la concepción tradicional del contrato, considerado como un producto atemporal e intangible de la libertad y la igualdad de las partes, impulsado únicamente por la energía de la palabra empeñada, a un nuevo concepto del vínculo contractual, y a su impacto en la forma de aproximarse a la revisión judicial: “*Traditionnellement, si la révision est appréhendée avec méfiance et défiance, c’est parce qu’elle heurte de plein fouet le dogme de l’immutabilité du contrat, présume librement conclu et justement conclu. Dans cette vision traditionnelle (...) la révision ne peut être appréhendée autrement que comme une entreprise liberticide et une source d’insécurité. Dans cette conception, la devise ‘je maintiendrai’ suppose l’intangibilité du contrat, suggère la rigidité du lien contractuel et s’oppose donc à sa révision: réviser, c’est trahir... Mais il est aujourd’hui une autre façon (...) d’envisager la révision, (...) en vertu de laquelle un bon contrat est un contrat raisonnablement équilibré dont l’exécution légitimement attendue doit pouvoir être obtenue en dépit des vicissitudes de sa formation ou de son exécution, l’intangibilité du contrat n’est plus la seule valeur recherchée et exploitée en matière contractuelle*” [MAZEAUD (2008) pp. 560-561]. En la doctrina chilena, P. Rodríguez, pone de relieve, en un trabajo referido precisamente al principio *pacta sunt servanda*, cómo es usual que al argumentar acerca de su alcance se establezca una contraposición entre la concepción tradicional y alguna nueva teoría del contrato: “Para quienes afirman la decadencia del contrato tradicional, los principios incorporados a los códigos decimonónicos son insuficientes, dejando al margen de una adecuada regulación muchas de las modernas manifestaciones contractuales. Asimismo, se haría urgente reformular la “teoría general del contrato” para actualizar sus elementos y sus efectos” [Rodríguez (2008) p. 155].

II. LA TEORÍA “CLÁSICA” DEL CONTRATO Y EL DOGMA DE LA VOLUNTAD

Una revisión de las referencias que se encuentran en la doctrina civilista chilena a la concepción “clásica” del contrato, permite concluir que el postulado central de la teoría a la que se atribuye esa —a veces honrosa, a veces deshonrosa— calificación es la afirmación de la autonomía de la voluntad como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato y principio básico en torno al que se estructura su regulación por el derecho.

Así, por ejemplo, al dar cuenta del “concepto tradicional” de contrato, el conocido tratado de J. López Santa María lo define como “un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones” y luego agrega que “(s)e atribuye a la voluntad de los contratantes un poder soberano para engendrarlas; ella es a la vez fuente de las obligaciones contractuales y medida de dichas obligaciones. El querer o la intención de las partes domina, así, la formación, génesis o nacimiento del contrato y también sus efectos o consecuencias”⁹. Más adelante, el mismo autor hace equivalente “el concepto hoy tradicional del contrato” con el “concepto voluntarista del contrato” y se refiere a la “doctrina de la autonomía de la voluntad” como “cimiento del enfoque tradicional de la contratación”, que “sirve de telón de fondo a la mayoría de los principios fundamentales de la contratación”, entre ellos “al principio de la fuerza obligatoria del contrato, enérgicamente reconocido por el artículo 1545 del Código Civil, al colocar las voluntades privadas de las partes en igual plano que la ley, emanación de la *potestas* de los poderes públicos”¹⁰. De modo semejante, R. Barcia afirma que “la doctrina civil tradicional o clásica sustenta la teoría general del contrato en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual descansa en la siguiente idea matriz: la voluntad, que se basta a sí misma y que no es contraria al ordenamiento jurídico, da lugar a la autonomía de la voluntad como fuente de los derechos personales que emanan de los contratos”¹¹.

También en la jurisprudencia es posible encontrar referencias que asocian la teoría tradicional del contrato con la autonomía de la voluntad y con el conjunto de principios que de ella se derivarían. Lo ilustran bien, por ejemplo, diversas sentencias de la Corte Suprema que aluden a la “doctrina clásica”, en virtud de la cual “el derecho de los contratos en materia civil se rige por el principio esencial de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, que da origen a otros principios”, entre los que menciona a la libertad contractual, entendida como libertad de conclusión y libertad de configuración interna, el consensualismo, la fuerza obligatoria del contrato y el efecto relativo de lo acordado¹².

Esta concepción voluntarista del derecho de contratos sería calificada como teoría “clásica” o “tradicional” para referir tanto a su reconocimiento usual como la teoría del contrato asumida por el Código Civil (sin perjuicio de que, como veremos más adelante, este supuesto es discutido por algunos autores críticos de la teoría clásica), como a su predomi-

⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010) p. 3.

¹⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010) pp. 13, 191 y 192.

¹¹ BARCIA (2006) p. 164. Vid. también D. PEÑAILILLO (2000) p. 213, quien se refiere a “la concepción voluntarista tradicional del acto jurídico”.

¹² Cfr., por ejemplo, *Sepúlveda Rey con Banco del Desarrollo* (2006), *Banco Bice con Inmobiliaria e Inversiones El Pellín Ltda.* (2011) e *Industrias Lifelon S.A. con Sara Lee Corporation* (2011).

nio en la doctrina civilista durante el siglo diecinueve y, al menos, la primera parte del siglo veinte. Este uso se corresponde con el que puede observarse también en la doctrina comparada, donde se designa igualmente como teoría clásica del contrato a las concepciones centradas en la voluntad, que se vinculan con las codificaciones y la doctrina decimonónicas¹³.

A pesar del papel clave que según esta versión estándar de la concepción clásica ella atribuye al concepto de “autonomía de la voluntad” como base del derecho de contratos, cuando se la caracteriza su sentido tiende o bien a darse por supuesto, o a definirse vagamente como una manifestación de la “libertad natural del hombre”, que implica que “el hombre no podría quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido y, recíprocamente, que toda obligación querida por el hombre debe producir efectos”. De este modo, se la presenta como una noción asociada a una concepción individualista y voluntarista de la organización política y jurídica, que la justifica como resultado de un acuerdo de voluntades de los hombres, y que “con mayor razón”, entonces, determinaría que “la sola voluntad puede crear las obligaciones contractuales”¹⁴. Una caracterización semejante se ofrece cuando se utiliza como equivalente el concepto de autonomía privada y se afirma, por ejemplo, que “(e)l hombre es un ser libre, dotado de voluntad y por ello mismo, en uso de esa misma voluntad, puede auto-limitarse mediante la creación de normas en un negocio jurídico”¹⁵.

Tampoco en los autores más “tradicionales” de la doctrina civilista chilena, como Claro Solar, Alessandri y Somarriva, se encuentra una elaboración del concepto de autonomía de la voluntad¹⁶. Algo parecido sugiere el análisis, desarrollado por Ranouil (1980) y Gordley (1991), de las obras de los autores que se caracterizan, en la doctrina comparada, como representantes de la concepción voluntarista, en las que la expresión ni siquiera se encuentra presente. De hecho, como veremos con mayor detenimiento al considerar el argumento que revisa críticamente la genealogía de la teoría voluntarista, el concepto de autonomía de la voluntad no se encuentra en los textos de autores “clásicos”, sino que, paradójicamente, habría sido introducido por los autores que emprendieron los primeros análisis críticos de esos planteamientos, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

El mayor esfuerzo analítico en las referencias de autores contemporáneos a la teoría clásica se desarrolla en la identificación de los principios derivados del de autonomía de voluntad, donde, sin embargo, buena parte del análisis se dedica a identificar las limitaciones

¹³ Cfr. RANOUIL (1980); ATIYAH (1986) pp. 11ss.; GORDLEY (1991) p. 7.

¹⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), p. 194. De modo semejante afirma Abeliuk que “de acuerdo a las doctrinas racionalistas, la voluntad humana es la fuente de todo el derecho, ya sea directamente a través del contrato, ya sea indirectamente por medio de la ley, expresión de la voluntad general. Si la voluntad es la generadora de todo derecho, debe permitírsele libremente su creación” (1993, p. 112).

¹⁵ DOMÍNGUEZ (1981) p. 145.

¹⁶ En un artículo dedicado especialmente al estudio del principio de autonomía de la voluntad SOMARRIVA (1934) señala, a modo de definición, que aquel “puede condensarse en el conocido aforismo según el cual en el derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no ha, expresamente, prohibido [SOMARRIVA (1934) p. 19]. En su libro *De los contratos*, ALESSANDRI lo define como “la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración” [ALESSANDRI s/f, p. 10] y lo caracteriza luego como una “aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas proclamadas por la Revolución Francesa” [ALESSANDRI s/f, p. 11].

que el derecho vigente contempla respecto de cada uno de ellos¹⁷. Desde la perspectiva de la teoría clásica esas restricciones son presentadas como **excepciones puntuales e inorgánicas** al principio general de autonomía de la voluntad, que requieren expresa disposición legal y que no afectan el reinado de la voluntad de las partes como concepto clave para la interpretación y la sistematización del derecho de contratos.

Entre el conjunto de principios distintivos del derecho de contratos, que representarían manifestaciones concretas del reconocimiento del poder de los individuos para autorregularse en el ámbito privado, se encuentra el de la fuerza obligatoria del contrato, cuya relación de derivación respecto del principio de autonomía resultaría especialmente estrecha, según lo ilustra López Santa María cuando afirma que “se ha dicho que, dado el principio general de la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria cae por su propio peso como subprincipio o corolario necesario de la misma”¹⁸. Es lo mismo que se expresa cuando se sostiene que, de acuerdo a la teoría clásica, la autonomía de la voluntad es el **fundamento** de la fuerza obligatoria de los contratos. La intensidad del vínculo entre los dos principios tiene especial importancia en la articulación de la teoría clásica pues es precisamente a partir de la consagración por el artículo 1545 del Código Civil de la fuerza obligatoria del contrato para los contratantes que se infiere, como principio implícito, el de autonomía de la voluntad. Así lo sostuvo Alessandri, para quien esa disposición “contempla en forma clara y precisa el principio de autonomía de la voluntad” y así lo sostiene todavía hoy parte significativa de la doctrina y también la jurisprudencia¹⁹.

Conforme a esta reconstrucción de la teoría clásica, esta atribuye al Código Civil una concepción de la fuerza obligatoria del contrato fundada en la autonomía y definida en su alcance tan solo por la voluntad de las partes, pero no ofrece ni una justificación de esa interpretación del Código, ni un análisis sustantivo del modo en que esa concepción se articula, más allá de algunas referencias difusas a su conexión con “las doctrinas liberales e individualistas proclamadas por la Revolución Francesa”²⁰. A esta afirmación desnuda de razones se refieren los críticos de las teorías clásicas cuando hablan del “dogma de la autonomía de la voluntad”²¹. La misma asunción dogmática se observa luego respecto del corolario que se deriva, de acuerdo a la reconstrucción estándar de la teoría clásica, del principio *pacta sunt servanda*, y que cierra el círculo de la resistencia a la intervención judicial en el contrato al afirmar la **intangibilidad** de lo pactado.

III. DEL DOGMA AL MITO DE LA VOLUNTAD

La afirmación dogmática de la voluntad de las partes como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato y axioma en torno al que se articula su regulación jurídica, constituiría, según la reconstrucción estándar de la teoría clásica que hemos examinado, la con-

¹⁷ Cfr., por ejemplo, LÓPEZ SANTA MARÍA (2010) pp. 199ss.; BARCIA (2006) pp. 174 y ss.; LEÓN (1950) pp. 530 ss.

¹⁸ LOPEZ SANTA MARÍA (2010) p. 223.

¹⁹ ALESSANDRI *et al.* (2001). Vid. LEÓN (1950) p. 530; DOMÍNGUEZ (1981) p. 146; ABELIUK (1984) p. 112; y las sentencias citadas en LÓPEZ SANTA MARÍA (2010) pp. 215 ss.

²⁰ ALESSANDRI (S/F), p. 11.

²¹ Cfr., por ejemplo, PIZARRO (2004) y MOMBERG (2013).

cepción asumida por las codificaciones decimonónicas y, en particular, por el Código Civil chileno.

Diversos trabajos historiográficos recientes han mostrado, sin embargo, que la atribución de esa comprensión del derecho de contratos a los códigos decimonónicos, y en particular al *Code Civil* y al Código Civil chileno, constituye un error, pues ni en las fuentes que sirvieron de base a esos códigos ni en los trabajos preparatorios elaborados por sus redactores hay indicios de una concepción voluntarista, sino más bien una clara continuidad con una teoría del contrato que hunde sus raíces en la escolástica tardía y en la que las nociones de virtud y justicia conmutativa tienen todavía una presencia significativa.

Así lo ha puesto de relieve Carlos Pizarro, en un trabajo en que discute la interpretación tradicional del artículo 1545 y donde, a través de un análisis de las fuentes del artículo 1134 del *Code* francés, que inspiró a su vez la disposición, prácticamente idéntica, de nuestro Código Civil, muestra cómo el concepto de autonomía de la voluntad está por completo ausente de las obras de Domat y Pothier y de los planteamientos de los redactores del Código²². Del mismo modo, niega que pueda atribuirse a esos juristas una concepción de la fuerza obligatoria del contrato fundada en la voluntad de la partes, en la medida que subsiste en su obra la conexión necesaria entre la obligatoriedad de los contratos y su justicia.

Esta revisión crítica de la genealogía de la teoría clásica del contrato resulta confirmada por las investigaciones de James Gordley sobre los orígenes filosóficos de la doctrina contractual moderna. En ellas se da cuenta de la persistencia de la doctrina contractual de la escuela escolástica española de Francisco de Suárez y, especialmente, de Luis de Molina y Leonard Lessius, en la obra de los juristas de los siglos XVII y XVIII –Grocio, Pufendorf, Barbeyrac, Domat, Pothier, Wolff– que tuvieron gran influencia en los redactores del *Code* y de otros códigos civiles de comienzos del siglo diecinueve, y en los juristas del *common law*²³. Subsistiría, de este modo, en la doctrina que sirvió de base a los códigos, una concepción del contrato articulada a partir de una síntesis entre el derecho romano y la filosofía tomista, que fundamenta su obligatoriedad en las virtudes de la fidelidad a las promesas, la justicia conmutativa (en el caso de los contratos onerosos) y la liberalidad (en el caso de los contratos gratuitos)²⁴. La ruptura fundamental entre la obra de los escolásticos y la de los juristas que inspiraron los códigos reside, según Gordley, en su método de exposición, que pretende hacer el texto accesible, a través de un estilo simple y elegante, a cualquier persona medianamente educada y no solo a un público de especialistas con formación jurídica o filosófica formal²⁵. Así, el rechazo que algunos de ellos expresaban hacia la tradición escolástica (Pufendorf y Barbeyrac, por ejemplo) no sería el reflejo de una pretensión de afirmar nuevos principios sustantivos, sino la manifestación de una nueva comprensión del método, asociado a la simplicidad y claridad de las demostraciones, y de su proyecto

²² PIZARRO (2004) pp. 225-230. Cfr. en el mismo sentido, RANOUIL (1980) y GORDLEY (1991) pp. 218-220.

²³ GORDLEY (1991), especialmente pp. 70-71, 121 ss.

²⁴ Sobre esa síntesis a través de la cual se pretende dotar a las reglas del derecho romano sobre los diversos tipos particulares de contratos, de un conjunto de principios y de conceptos generales, cfr. GORDLEY (1991) pp. 69-111.

²⁵ GORDLEY (1991) pp. 129-133.

de facilitar el conocimiento y la influencia en las sociedades del derecho natural²⁶. A pesar de la distancia que de ese modo se esperaba instaurar respecto de la tradición aristotélica y escolástica, la continuidad de la doctrina contractual se revela en el uso de conceptos como los de **causa**, o de **esencia**, **substancia** o **naturaleza** de un contrato y se proyecta del mismo modo en el lenguaje de los códigos decimonónicos.

Desde una perspectiva histórica, por consiguiente, la afirmación de una teoría voluntarista del contrato *en* los códigos no pasa de ser un mito. Solo en los comentaristas del siglo diecinueve –Duranton, Demante, Demolombe, Laurent, Larombière, Savigny, Puchta, Windscheid, Pollock– la voluntad de las partes adquiere un rol protagónico en la sistematización del derecho de contratos. Es en este momento que las teorías voluntaristas toman forma como **teorías reconstructivas**, que se proponen ofrecer una sistematización consistente del derecho vigente de contratos, de las reglas de los códigos; o directamente del derecho romano, en el caso de Savigny y los juristas alemanes; o de los precedentes judiciales, en el caso de los juristas del *common law*. La ruptura con la tradición escolástica ya no se refiere solo al método –desligado ahora de cualquier pretensión de fundarse en principios filosóficos– sino también a la concepción del contrato, que se articula ahora exclusivamente en torno al concepto de voluntad, como si los demás conceptos –esencia, substancia, naturaleza, justicia conmutativa, liberalidad–, alejados ya de su significado original por la mediación de los juristas del iusnaturalismo racionalista, se hubieran vuelto ininteligibles²⁷.

No se encuentra, sin embargo, en las doctrinas contractuales del siglo diecinueve una concepción sistemática de la autonomía como fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos. El contrato es definido por referencia a la voluntad de las partes, y su fuerza obligatoria se da por supuesta, sin que se desarrolle ninguna conexión justificativa entre esta y la voluntad o la autonomía²⁸. En este sentido, el cariz mitológico de la versión estándar de la teoría clásica va más allá de la ficción sobre sus orígenes *en* los códigos, para proyectarse también a la pretensión de una suerte de apología de la autonomía de la voluntad en la doctrina del siglo diecinueve.

El dogma de la autonomía de la voluntad, así concebido, parece haber sido instaurado, paradójicamente, por quienes comenzaron a utilizar ese concepto en el marco de una mirada crítica al moderno derecho de contratos y a su reconstrucción por las teorías voluntaristas: es el caso de Geny y Gunot, en Francia, y de Alessandri en Chile²⁹. Fue esa lectura crítica la que, al introducir en su análisis el concepto de autonomía de la voluntad y rodearlo de un aura individualista y liberal, instala la asociación entre las teorías voluntaristas del siglo diecinueve y una concepción liberal del fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, fundada en ese valor. Si bien, como afirma Gordley, puede existir una conexión cultural entre las teorías voluntaristas y las ideas filosófico políticas liberales, no se encuentran, en las primeras, alusiones expresas a las obras de los filósofos, economistas o teóricos

²⁶ Como sostiene Gordley, los principios a partir de los cuales se articula ese derecho civil natural son “una versión modernizada de los principios aristotélicos”, desligados de sus fundamentos filosóficos más profundos, y no los nuevos principios filosófico políticos de Hobbes o de Locke. [GORDLEY (1991) p. 133].

²⁷ GORDLEY (1991) pp. 161 ss.

²⁸ Cfr. RANOUIL (1980) p. 71-72; GORDLEY (1991) p. 163.

²⁹ Cfr. GORDLEY (1991) p. 224; PIZARRO (2004) pp. 232 ss.

políticos de la época, ni compromisos explícitos con los valores liberales, ni referencias a una conexión sistemática entre estos y la fuerza obligatoria reconocida por el derecho a los contratos³⁰.

Ciertamente esta crítica histórica, que ilumina, según hemos visto, la genealogía doblemente mitológica del dogma de la autonomía de la voluntad, es significativa y debilita la fuerza de la versión estándar de las teorías clásicas del derecho de contratos³¹. Con todo, ella no resulta suficiente para descartar, por completo, su relevancia.

En primer lugar, aunque se descubra que la teoría clásica no puede, desde el punto de vista histórico, ser atribuida a los Códigos, eso no permite desecharla sin más, pues esa teoría podría ofrecer una reconstrucción sistemáticamente coherente y completa del derecho de contratos a pesar de haber sido elaborada con posterioridad a su dictación. Aunque se trate de una teoría desarrollada después de los Códigos, la teoría voluntarista podría ser una herramienta útil para comprender y sistematizar el derecho de contratos y para justificar soluciones a los problemas interpretativos que presente³².

Esta tarea de completar la crítica genealógica de la teoría voluntarista con una crítica a su capacidad reconstructiva del derecho de contratos ha sido, como se sabe, emprendida con intensidad desde diversos frentes a partir de comienzos del siglo XX. De hecho, según se advertía poco antes, el dogma de la autonomía de la voluntad parece haber sido paradójicamente instituido, al menos en la cultura jurídica francesa, y también en la nuestra, por quienes comenzaron a identificar las limitaciones y excepciones que la libertad contractual encontraba en las prácticas de contratación y a poner en cuestión la aptitud de la concepción voluntarista para integrar sistemáticamente las significativas modificaciones que el derecho de contratos iba sufriendo a medida que el siglo avanzaba. Desde las críticas a la comprensión subjetivista de la interpretación contractual, hasta la discusión sobre la incapacidad de la concepción voluntarista para dar cuenta de las prácticas y de la regulación de los contratos de consumo, pasando por la puesta en cuestión de su capacidad de ofrecer un

³⁰ GORDLEY (1991) pp. 214 ss. Esta general prescindencia ético-política en la teorías voluntaristas encontraría una excepción en la obra de Laurent, quien se refiere a la libertad como valor fundamental que el *Code* aspira a realizar y que se manifiesta en la libertad de las partes de concluir los contratos que estimen convenientes a sus propios intereses, de los que se suponen los mejores jueces. Ni siquiera Laurent asume, sin embargo, que el derecho deba reconocer fuerza obligatoria a cualquier contrato voluntariamente concluido y reconoce, en cambio, que los contratos no pueden transformarse en instrumentos de corrupción y que por ende los contratos inmorales deben ser considerados nulos [LAURENT (1869-1878) i, §§1, 37]. Gordley admite también, por otra parte, que en el caso de los juristas alemanes la influencia de las ideas filosóficas sobre el derecho de Kant y de Hegel es más visible, así como las referencias a la libertad como fin del derecho [GORDLEY (1991) p. 225]. Con todo, el impacto de esas ideas en sus doctrinas contractuales resulta limitado, dada la concepción historicista del derecho y la comprensión técnica de la tarea de los juristas que ellos mismos asumen. Una advertencia, por último. La prescindencia de las teorías voluntaristas respecto de la cuestión de la justificación ético-política del derecho de contratos no implica afirmar su "neutralidad". Tal como afirma [GORDLEY (1991) pp. 227-228], las teorías voluntaristas y su omisión de las consideraciones de justicia conmutativa en el análisis del derecho resultaron, de hecho, funcionales al liberalismo económico.

³¹ En el mismo sentido apuntan también otras revisiones históricas, como la referida al sentido del aforismo *pacta sunt servanda*, sobre el cual cfr. ZIMMERMANN (1996) pp. 576-577.

³² De hecho, la doctrina contractual de la escolástica tardía, que las teorías voluntaristas sustituyeron, también constituía, respecto del derecho romano, una teoría reconstructiva, impuesta *a posteriori* sobre un conjunto de normas.

lugar sistemático coherente a otros principios del derecho de contratos como el de buena fe, la aptitud de la teoría clásica para explicar sistemáticamente y enfrentar las dificultades interpretativas del derecho contemporáneo de contratos ha sido puesta intensamente en cuestión por la doctrina comparada y nacional. Y las diversas teorías que, según se señalaba en la introducción de este trabajo, se proponen como alternativas a la teoría clásica del contrato, pretenden ofrecer, precisamente, una mejor reconstrucción sistemática del actual derecho de contratos, capaz de proporcionar herramientas conceptuales para enfrentar sus desafíos interpretativos. Es importante observar, sin embargo, que a pesar de la intensidad de esas críticas, y debido a la pluralidad y la diversidad de los esfuerzos reconstructivos, no parece haber consenso en cuál podría ser la teoría alternativa que ofrezca la mejor sistematización del derecho actual de contratos (ni tampoco en torno a si podría haber una única teoría aplicable a todos los tipos de contratos, o a todos los ordenamientos jurídicos)³³.

Pero, además de la cuestión de la **coherencia sistemática** de las teorías clásicas con el derecho positivo de contratos, hay una segunda cuestión que la crítica genealógica del dogma de la autonomía de la voluntad deja sin abordar y que ha recibido en cambio menor atención, particularmente en la doctrina nacional. Ella se refiere a la **coherencia interna** de la tesis –atribuida a la teoría clásica de acuerdo a su versión estándar– que deriva de la autonomía de la voluntad una concepción tendencialmente absoluta de la fuerza obligatoria de los contratos.

El punto que interesa destacar es que, aunque se advierta que ni los redactores del *Code*, ni tampoco sus comentaristas posteriores, afirmaron una justificación del derecho de contratos derivada de la autonomía, eso no basta para descartar el mérito sustantivo de la concepción que establece un vínculo justificativo entre el reconocimiento de ese valor y la exigencia de que el derecho garantice la fuerza obligatoria irrestricta de los contratos y su intangibilidad salvo por mutuo acuerdo de las partes. Tampoco la crítica que impugna la capacidad de la teoría clásica para ofrecer una sistematización completa y coherente del derecho de contratos pone en cuestión su mérito. Ella asume, en cambio, esa concepción de la fuerza obligatoria de los contratos y de su conexión justificativa con la autonomía como un dato y postula la necesidad de abandonarla en bloque por su incapacidad para explicar diversas normas e instituciones del actual derecho de contratos, que quedan relegadas bajo esa concepción al sombrío estatus de excepciones aisladas e inorgánicas.

Lo que queda pendiente es, entonces, evaluar la solidez interna de la tesis normativa que en su versión estándar la teoría clásica asume (sin, como hemos visto, desarrollarla explícitamente) y según la cual, reconocida la autonomía como valor, el derecho de contratos **debería** reconocer fuerza obligatoria a todos los contratos voluntariamente concluidos y garantizar en todo caso su intangibilidad.

En lo que queda de este trabajo me detendré en esta segunda cuestión que la crítica genealógica a la teoría clásica deja abierta y que resulta, a mi juicio, especialmente relevante para la discusión sobre la revisión judicial del contrato, por dos razones. Por una parte, porque la incertidumbre (apuntada más arriba) sobre cuál pudiera ser la concepción que sustituyera a la teoría clásica como mejor reconstrucción sistemática del derecho de contratos

³³ Cfr. BIX (2012) pp. 147 ss.

puede tender a favorecer, por inercia, la subsistencia de esta última y de su concepción de la fuerza obligatoria del contrato, así como su aplicación cuando se discuta si alguna hipótesis de adaptación judicial podría ser admitida jurisprudencialmente o de *lege lata*. En este contexto, un análisis que asuma, al igual que la teoría clásica, la prioridad del principio de autonomía para la justificación y reconstrucción del derecho de contratos, pero que discuta que de ese principio se siga necesariamente la concepción “clásica” del alcance de la fuerza obligatoria del contrato y de su intangibilidad, puede ser una relevante herramienta argumentativa. Y, por otra parte, en las discusiones sobre la admisión de supuestos de revisión judicial por vía legislativa, o de *lege ferenda*, ese análisis puede contribuir a evitar la impresión de que cualquier reconocimiento de instancias de intervención judicial en el contenido de un contrato entra inevitablemente en tensión con el reconocimiento de la autonomía como valor relevante en la regulación de los contratos.

IV. FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS Y AUTONOMÍA

Una vez develado el mito de la conexión original entre el artículo 1545 del Código Civil y el principio de autonomía de la voluntad, la interpretación que la doctrina civil crítica defiende de esa norma afirma que se trata de una norma “neutra” desde la perspectiva de la teoría del contrato, que nada dice sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, sino que se limita a imputar ese efecto obligatorio, atribuyendo al acuerdo de las partes competencia para crear normas jurídicas que las vinculan³⁴.

A esto se agrega una crítica a la confusión en que incurriría la doctrina tradicional al identificar a la voluntad de las partes como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, en cuanto eso implicaría sostener que de la afirmación de un hecho pudiera derivarse una conclusión de deber³⁵. La voluntad podría ser “causa eficiente” del contrato y su contenido, pero no podría, en cuanto hecho, fundar su fuerza obligatoria³⁶. Esta última se explica, continúa el argumento, porque el contrato da origen a una norma jurídica válida, y el fundamento de la validez de esa norma, como el de cualquier norma jurídica, no se encuentra en el acto de voluntad del que emana, sino en las otras normas del mismo sistema que autorizan y regulan su creación.

A partir de esta interpretación, la determinación del alcance de la fuerza obligatoria del contrato parece quedar, en principio, liberada del lastre de la autonomía de la voluntad. Roto el vínculo entre la voluntad de las partes y la fuerza obligatoria del contrato, y asignada la fuente de esta exclusivamente a la ley, se podría admitir que, a partir de la interpretación de alguna norma legal –como la que requiere la ejecución de buena fe de los contratos–, el contenido de un contrato pueda, bajo ciertas circunstancias, ser modificado sin mediar el acuerdo de ambas partes, ya sea por decisión unilateral de alguna de ellas (para, por ejemplo, poner término unilateralmente a un contrato de ejecución duradera)³⁷ o por

³⁴ PIZARRO (2004) pp. 236 y 237.

³⁵ GUZMÁN (1991) pp. 260-261.

³⁶ PIZARRO (2004) p. 236.

³⁷ PEÑAILILLO (2000) p. 210.

decisión judicial (por ejemplo en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida)³⁸, o bien que sus efectos puedan extenderse, bajo ciertos supuestos, a terceros más allá de las partes³⁹.

Cabe dudar, con todo, de que sea tan fácil librarse del peso del dogma de la autonomía de la voluntad. Como se sostuvo más arriba, el dogma podría seguir pesando, a pesar de la revisión crítica de sus orígenes, tanto porque se siga apreciando su utilidad para la reconstrucción y la interpretación sistemática del derecho de contratos vigente (o, más modestamente, por inercia frente a la inexistencia de otra teoría alternativa generalmente aceptada), como porque refleje intuiciones compartidas acerca los valores relevantes para determinar como **debiera ser** el derecho de contratos.

Falta, en este sentido, como decía al concluir la sección anterior, un análisis crítico de la concepción clásica del alcance de la fuerza obligatoria del contrato que conforme a ese “dogma” se derivaría de la autonomía de la voluntad. Para emprender ese análisis, la afirmación de la autonomía de la voluntad como fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos debe ser interpretada en forma más caritativa, entendiendo, por una parte, que hace referencia no al **hecho** de la voluntad de las partes sino al **valor** de la autonomía y que, por otra parte, cuando la indica como **fundamento** de la fuerza obligatoria no lo hace en el sentido de fundamento de la **validez jurídica** de las normas contractuales sino refiriendo a la **justificación** ético-política de la regulación jurídica del contrato y de las obligaciones que en virtud de esa regulación este impone a las partes.

Seguramente esta “mejor versión” de la conexión justificativa entre autonomía de la voluntad y fuerza obligatoria del contrato no se encuentra explícitamente desarrollada, según hemos visto, ni en la doctrina civil decimonónica ni en la versión estándar de la teoría clásica que hoy circula. Pero sí puede hallarse en la discusión contemporánea sobre teoría del contrato, donde diversos autores, particularmente a partir de la publicación en 1981 del libro de Charles Fried “*Contract as Promise. A theory of contractual obligation*”, han intentado reconstituir, a partir, usualmente, de los cimientos de la filosofía kantiana del derecho, una teoría liberal del derecho del contratos, que encuentre en la autonomía la clave de su justificación ético-política (además de defender, también, en otro plano, la pertinencia de esa teoría para la sistematización de las normas vigentes sobre contratos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos).

Para quienes están acostumbrados a la geometría simple de voluntad, fuerza obligatoria e intangibilidad que ofrece la versión habitual de la teoría clásica, resultará sorprendente encontrar en las diversas versiones de la teoría contemporánea del contrato basada en la autonomía, no solo un análisis más sofisticado de esas relaciones sino también, en varias de ellas, criterios normativos basados en el propio valor de la autonomía que permiten justificar la existencia de limitaciones a la fuerza obligatoria de los contratos y el reconocimiento de facultades judiciales para intervenir en su contenido⁴⁰.

³⁸ DOMÍNGUEZ *et al.* (2008) pp. 518-520.

³⁹ PIZARRO (2007).

⁴⁰ Algo semejante afirma Dori Kimmel uno de los autores que se inscriben en esta nueva ola de teorías liberales del contrato, cuando afirma que estas suelen ser erróneamente asociadas con una “concepción particularmente rígida de la libertad contractual” que asume que el derecho debe reconocer a los sujetos una libertad casi irrestricta para celebrar contratos y para exigir su ejecución, sin atribuirle sino un rol extremadamente limitado en

Aunque no es posible realizar, en esta sede, una revisión completa y crítica de esos planteamientos, el punto que me interesa poner de relieve es que tampoco los herederos actuales de las “teorías clásicas” del contrato, que defienden desde el punto de vista normativo o ético-político una concepción del derecho de contratos centrada en la autonomía, acogen la concepción del alcance de la fuerza obligatoria del contrato que la versión estándar de la teoría clásica asocia al dogma de la autonomía de la voluntad. Este vuelve a quedar, entonces, en este nuevo sentido, desamparado.

4.1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS BASADA EN LA AUTONOMÍA

Las teorías normativas del contrato centradas en la autonomía coinciden en justificar esa institución jurídica como una herramienta para la realización de la autodeterminación individual, a través de la asunción consensuada de obligaciones respecto de otros sujetos. La garantía jurídica de esa esfera de autodeterminación para establecer vínculos voluntarios de interacción y cooperación con otros corresponde a una de las dimensiones del reconocimiento que, conforme a una teoría política liberal, el derecho debe a los individuos como personas igualmente libres –capaces de formar, revisar y perseguir una concepción del bien y de responsabilizarse de sus fines–.

La forma en que se establece la conexión justificativa entre la autonomía y la fuerza obligatoria que el derecho atribuye al contrato presenta variaciones entre las diversas versiones de la teoría. Una forma de establecerla, defendida en el célebre libro de Fried, recurre a lo que el autor denomina el “principio de promesa”, en virtud del cual quien promete se impone a sí mismo, voluntariamente, una obligación moral. El contrato representa entonces, desde esta perspectiva, la institucionalización jurídica de la promesa, esa “especie de invento moral” que permite a las personas crear voluntariamente obligaciones y que expande, de ese modo, las posibilidades de colaboración confiable entre individuos libres⁴¹. Es justo, de este modo, que el derecho nos imponga la obligación de cumplir lo pactado en un contrato y confiera a los tribunales la potestad pública de ejecutar dicha obligación, porque estamos moralmente obligados a cumplir nuestras promesas y el contrato es una especie de promesa.

Frente a las dificultades que esta primera línea de justificación suscita desde la perspectiva de quienes afirman que, para una teoría liberal, el hecho que una acción sea moralmente exigible no constituye una razón suficiente para justificar su imposición coactiva por el derecho⁴², cobra fuerza una segunda concepción de la autonomía como fundamento de la obligación contractual. Ella comparte la imagen del contrato como una institución que expande la libertad de los individuos, pero en lugar de asimilarlo a la promesa, lo concibe

la configuración y regulación de la actividad contractual (KIMMEL, 2003, p. 117). Uno de los propósitos de su libro es, precisamente, cuestionar que una visión liberal del derecho de contratos implique una concepción de ese tipo (p. 119). Vid. también, en un sentido semejante, FRIED (1981) p. 18.

⁴¹ FRIED (2012) p. 962.

⁴² Sobre esta crítica vid., por ejemplo, SCANLON (2001) pp. 99-100; SHIFFRIN (2007) pp. 710-711; BARNETT (2012) pp. 653-654. El propio Fried advierte esta dificultad en un reciente artículo en el que revisa las tesis sostenidas en *El contrato como promesa* a treinta años de su publicación y concluye que “the relation between contract and promise is a good deal more complex than one of simple entailment” [Fried (2012) p. 975].

como un mecanismo específicamente jurídico, dirigido a la transferencia de derechos a través de acuerdos voluntarios. Esta perspectiva, asumida hoy por diversos autores, corresponde también a la concepción kantiana del contrato⁴³. Según esta última concepción, el principio básico en el que el derecho debe fundarse es el de autonomía en el sentido de **independencia** o dominio de sí mismo. La independencia es el derecho innato de toda persona a no encontrarse sujeta a la voluntad de otra, derecho que determina su igual libertad. Y lo que justifica la existencia del ordenamiento jurídico es hacer posible la coexistencia de las personas consideradas como sujetos igualmente libres. En ese marco, el contrato es la institución que hace posible que sujetos libres persigan sus propios fines en forma interdependiente, permitiendo que a través del acuerdo voluntario un individuo transfiera a otro sus poderes o su propiedad. Mediante el consenso las personas pueden modificar sus obligaciones y derechos recíprocos –pueden modificar los límites que hacen posible su coexistencia como personas igualmente libres– y de ese modo pueden crear nuevos medios para su acción independiente. El incumplimiento de un contrato priva, entonces, a la otra parte de un medio para realizar sus propios fines, respecto del cual tiene un derecho, y representa una interferencia en su libertad. Al forzar el cumplimiento o reconocerle una indemnización equivalente a lo que habría recibido en virtud del cumplimiento del contrato, el derecho restaura la independencia de la parte afectada. Y puesto que la parte que ha incumplido ha consentido que la otra disponga de sus poderes o de su propiedad, en ejercicio de su libertad, el cumplimiento forzado del contrato es consistente también con su independencia. De este modo la fuerza obligatoria del contrato se funda, sin la mediación de la obligatoriedad moral de las promesas, en la realización de la igual libertad de las personas.

Bajo cualquiera de estas dos versiones de la justificación del derecho de contratos basada en la autonomía, este debe reconocer a los individuos la potestad de contratar, facultándolos para estructurar sus relaciones voluntarias en la forma que ellas mismas juzguen como la que mejor servirá a sus intereses y proporcionándoles remedios coactivos para el caso de incumplimiento. Como veremos, sin embargo, esto no implica, para los autores que hoy defienden una concepción liberal del contrato, que la extensión de la fuerza obligatoria del contrato quede determinada siempre en forma completa y exclusiva por los términos del acuerdo de voluntades de las partes, tal como se pretende en la geometría simple de la versión estándar de la teoría clásica.

4.2. LAS LIMITACIONES AL ALCANCE DE LA FUERZA OBLIGATORIA DERIVADAS DE LA INDETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES FRENTE A UN CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Parece obvio –y consistente con los corolarios del dogma de la autonomía de la voluntad– que la fuerza obligatoria de un contrato no puede extenderse más allá del acuerdo de voluntades de las partes, de manera que fuera de sus límites, es decir, respecto de cuestiones que el contrato no determina explícitamente, la intervención judicial para resolver

⁴³ Cfr. KANT (1797) especialmente pp. 48 ss y 89 ss. Una buena síntesis de la teoría kantiana del derecho de contratos puede verse en RIPSTEIN (2009) pp. 107 ss. Entre los autores contemporáneos, cfr., por ejemplo, BARNETT (1986) y (2012).

el desacuerdo de las partes no afectaría la intangibilidad del contrato. Esta reinaría, en cambio, **dentro de los límites de los términos contractuales**, los que debieran regir, sin posibilidad de modificación judicial, en todos los casos en los que ellos resultaran aplicables. Pareciera seguirse de ello, entonces, que el contrato debe cumplirse en sus propios términos aunque las circunstancias bajo las cuales deba producirse el cumplimiento y que hacen que este resulte más oneroso para una de las partes no hayan sido previstas al momento de celebrar el contrato.

Las cosas no son tan simples, sin embargo, desde la perspectiva de una teoría liberal del contrato como la sostenida por Charles Fried en “El contrato como promesa”. Su posición es, más bien, que “donde las partes no han pretendido acometer una distribución de los riesgos y ventajas, el mero hecho de que las palabras generales de aquello a que se han comprometido parezcan cubrir un caso imprevisto, no debe por sí mismo obligarlas en tal situación”⁴⁴. Fried critica como injustificada y no requerida por una concepción voluntarista del contrato la concepción que asume que “si un acuerdo se expresa en palabras generales, y si las mismas parecen cubrir un caso sorpresivo específico, entonces la carga de la sorpresa debe quedar ahí donde caiga como resultado de tomar esas palabras de modo que cubran ese caso específico, aun cuando ninguna parte lo haya querido así”⁴⁵.

Si bien resulta justificable, a su juicio, en general, impedir a una parte alegar que no ha querido significar mediante el uso de un término en un contrato lo que este usualmente significa, porque eso supondría frustrar las expectativas razonables de la contraparte a través de la invocación de una intención privada y no esperable, esta justificación no cubre el caso de circunstancias excepcionales que ninguna de las dos partes razonablemente previó, pues no pueden suponerse aquí expectativas que resulten frustradas. Optar, en estos casos, por la ejecución de la obligación conforme a los términos generales del contrato no puede justificarse, sostiene Fried, mediante el simple asilo en una interpretación “estricta o literal” del contrato, pues los términos del contrato ni reconocerán ni excluirán explícitamente la relevancia de esas circunstancias excepcionales⁴⁶. Esa opción será, en verdad, una decisión sobre la distribución del riesgo en un caso no previsto por las partes, que implica, en cualquier caso, una **intervención judicial** dirigida a integrar el contenido del contrato, y que asume –sin aportar una justificación– que este debe ser soportado por la parte en quien ha caído⁴⁷. Tratándose de un caso no previsto por las partes no es posible asumir que esa sea, necesariamente y para cualquier tipo de contrato, la forma de distribución que mejor conviene a su voluntad. La inevitable intervención judicial para determinar cómo deben distribuirse los costos asociados al riesgo imprevisto debiera fundarse, según Fried, más bien en un análisis de cada acuerdo concreto, que permita apreciar la naturaleza y extensión de la empresa común: “Puesto que (por definición) falta la intención actual, el tribunal respeta la autonomía de las partes hasta donde es posible, mediante la aplicación de una distribución de las cargas

⁴⁴ FRIED (1981) p. 120 (de la trad. cast. de P. Ruiz Tagle, por la que se cita).

⁴⁵ FRIED (1981) p. 99.

⁴⁶ FRIED (1981) pp. 96-97.

⁴⁷ Dejar las pérdidas donde caen, dice Fried, “no es un argumento, una razón; en el mejor de los casos, reformula una posible conclusión de un argumento” [FRIED (1981) p. 98].

y los beneficios que personas razonables hubieran hecho en esta clase de acuerdos (tratando al contrato como una especie de carta o constitución para las relaciones de las partes)”⁴⁸.

De este modo, la justificación de la fuerza obligatoria del contrato en la autonomía no determina, para Fried, su intangibilidad en casos de imprevisión, sino que, por el contrario, justifica, en caso de que las partes no revisen directamente su acuerdo a través de una renegociación, una intervención judicial razonada para determinar la distribución de riesgos más acorde con el tipo de relación contractual asumida por las partes.

4.3. LIMITACIONES AL ALCANCE DE LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS BASADAS EN LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA

Un segundo problema que está especialmente presente en las propuestas que hoy reivindican una aproximación liberal al derecho de contratos se refiere al modo de abordar la notoria desigualdad de poder negociador entre las partes, que caracteriza algunos ámbitos de la práctica contractual contemporánea, y las posibles “inequidades” en el contenido contractual a que esa desigualdad puede dar lugar, a partir de una concepción contractual fundada en la autonomía. Desde diversos flancos se trata de mostrar que si bien el respeto a la autonomía de los individuos “requiere que sean tratados como los mejores jueces de sus propios intereses” cuando contraen obligaciones en forma voluntaria⁴⁹, ni ella ni el reconocimiento de la libertad de contratar “implican ni suponen que el derecho deba reconocer fuerza obligatoria a **cualquier** acuerdo contractual, con completa independencia de su contenido e implicaciones, por el solo hecho de ser una expresión de la libre voluntad de un adulto jurídicamente capaz”⁵⁰.

Dejando de lado en este trabajo la cuestión de la posibilidad, para una teoría liberal, de admitir **limitaciones extrínsecas** a la libertad contractual o al alcance de la fuerza obligatoria de los contratos, esto es, limitaciones fundadas en valores diversos a la autonomía⁵¹, me interesa poner de relieve la afirmación, en la defensas contemporáneas de una concepción liberal del contrato, de **limitaciones intrínsecas**, derivadas de la protección del propio valor de la autonomía.

Algunas de estas limitaciones fueron ya exploradas en la teoría kantiana del derecho. Se trata de la exclusión de la validez de los contratos que impliquen la transformación de

⁴⁸ FRIED (1981) p. 108.

⁴⁹ FRIED (2012) p. 964.

⁵⁰ KIMMEL (2003) p. 127.

⁵¹ En defensa de esa posibilidad, vid. KIMMEL (2003) p. 127. Un camino semejante parece seguir Fried cuando, acogiendo un argumento de SEANA SHIFFRIN (2000), sostiene que la inexigibilidad de contratos que resulten especialmente severos o inequitativos, en virtud de la aplicación de la doctrina anglosajona de la *unconscionability*, no resulta necesariamente paternalista o antiliberal, porque si bien el respeto a la autonomía de las partes requiere que el derecho **no interfiera** en sus acuerdos privados, esta no exigiría su **intervención positiva** —a través del aparato judicial— para hacer efectiva su aplicación, la que podría legítimamente negarse respecto de contratos que resulten “*harsh, unfair or just plain ugly*” [FRIED (2012) pp. 976-977]. De manera más limitada, Thomas Gutmann admite que, si se asume una teoría liberal-pero-no-libertaria del contrato, puede haber buenas razones para utilizar el derecho de contratos para implementar fines de justicia distributiva cuando otras formas de realizarlos resulten menos eficaces, más costosas o más intrusivas (como ocurriría, por ejemplo, en el caso de la fijación de un salario mínimo) [GUTMANN (2013) p. 113].

una de las partes en una cosa, al someterla absolutamente a la voluntad de otra persona, privándola de su autonomía, aun si fueran voluntariamente celebrados⁵². Es lo que ocurre en el caso de un contrato en que una parte consintiera su propia esclavitud. Y el mismo argumento es extendido por Arthur Ripstein al caso de un contrato en que una parte consintiera su propio homicidio, en la medida que implicaría la aceptación de una suerte de “esclavitud biológica”, que atribuiría a la contraparte el poder de decisión respecto de la propia vida⁵³.

Más allá de estos casos extremos, los esfuerzos por articular un conjunto más amplio de limitaciones a la fuerza obligatoria de los contratos que se funden en la protección de la autonomía y que permitan justificar su revisión judicial, siguen dos caminos⁵⁴. El primero se apoya en el concepto de **explotación**, utilizado (en un sentido no específicamente marxista) para designar aquella situación en que una persona se aprovecha indebidamente de la vulnerabilidad o de la desesperación de otra, para concluir un negocio con ella⁵⁵. Si bien la explotación, en este sentido, puede ser voluntariamente aceptada e incluso puede ser mutuamente beneficiosa, ella parece contradictoria con el supuesto del reconocimiento recíproco como personas igualmente libres que implica un derecho fundado en la autonomía, pues aunque un contrato que implique explotación no transforma a la parte explotada en una cosa en los términos que lo hace un contrato de esclavitud, sí parece implicar un trato puramente instrumental, una forma de uso de la contraparte como un mero medio para los propios fines. De este modo ese concepto ofrecería, según Thomas Gutmann –otro de los autores que reivindica actualmente una teoría liberal del contrato–, un buen punto de partida para una interpretación “intrínseca” de la “equidad contractual” (*contractual fairness*), que resulte consistente con una concepción liberal del contrato⁵⁶.

La segunda estrategia se apoya, en cambio, en una revisión y reelaboración del concepto de autonomía relevante desde el punto de vista de la justificación del derecho de contratos, desplazando su eje desde la noción formal y binaria de autonomía asociada a la autodeterminación e independencia, hacia una noción sustantiva y gradual vinculada a la

⁵² Cfr. KANT (1793) pp. 46 y ss.; RIPSTEIN (2009) pp. 133 y ss.

⁵³ RIPSTEIN (2009) p. 140.

⁵⁴ GUTMANN (2013) pp. 116-117.

⁵⁵ El esfuerzo más elaborado en esta dirección parece ser el de Rick BIGWOOD, en el libro *Exploitative contracts* (2003). Es interesante notar, por otra parte, que esta noción de explotación parece recogida en algunos instrumentos internacionales no vinculantes, como el artículo 4.109 (*Excessive Benefit or Unfair Advantage*) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos [LANDO y BEALE (2000)] y el artículo II-7:207 del Borrador de Marco Común de Referencia para la Unión Europea [VON BAR *et al* (2010)]: “(1) *A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party’s situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.*”

⁵⁶ GUTMANN (2013) p. 116.

racionalidad y autenticidad de las propias elecciones. A partir de ese desplazamiento, la **calidad** de las opciones disponibles para los individuos cuando celebran un contrato adquiere relevancia para el derecho, que podría intervenir justificadamente en su limitación. Este es el camino que explora, por ejemplo, Dori Kimmel cuando considera justificada desde una perspectiva liberal –apoyándose en este caso, en la especial versión del liberalismo y del concepto de autonomía que desarrolla Josep Raz⁵⁷– la exclusión por el derecho de aquellas opciones contractuales que puedan tener el efecto de reducir, a pesar de haber sido elegidas voluntariamente, las posibilidades del sujeto de realizar en el futuro una vida plenamente autónoma⁵⁸. El ejemplo de esta clase de opciones “realmente malas” que Kimmel propone es el de una cláusula en un contrato de trabajo que restringiera significativamente las opciones de otros trabajos futuros. Como el ejemplo sugiere, “no se trata de defender políticas dirigidas a asegurar que todo contrato represente un negocio genuinamente ventajoso para ambas partes, o que corresponda al mejor resultado al que ambas habrían podido llegar”, sino de admitir la intervención del derecho cuando la elección por una parte (usualmente la que tiene mayor poder de negociación), de ciertas opciones, usualmente ventajosas para ella, pueda producir, respecto de la contraparte, consecuencias severas en sus posibilidades de desarrollar una vida plenamente autónoma o de ejercitar su autonomía en determinadas circunstancias⁵⁹.

Ciertamente las dos vías aquí reseñadas para intentar justificar desde una perspectiva liberal que el derecho niegue validez o admita la modificación judicial de ciertas cláusulas contractuales dejan abiertas numerosas preguntas –tanto sobre su coherencia interna, como sobre la disparidad de los conceptos de autonomía en que se fundan y la posibilidad de dar precisión a las fórmulas generales que proponen como puntos de partida–, que no es posible examinar en el marco de este trabajo. Lo que su revisión somera ha pretendido ilustrar es que ni el dogma de la fuerza obligatoria irrestricta del contrato ni el de su intangibilidad, que la versión estándar de la teoría clásica del contrato asocia, como corolarios, al principio de autonomía, son sostenidos por quienes defienden hoy una teoría normativa del derecho de contratos centrada en ese valor.

V. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado en este artículo muestra que la “teoría clásica del contrato” es un artefacto bastante curioso. En primer lugar, porque la concepción de la autonomía de la voluntad como principio fundamental del derecho de contratos en torno a la que esa teoría se articula, de acuerdo a la versión estándar que circula actualmente en nuestra literatura, no puede, desde el punto de vista histórico, ser referida a nuestro Código Civil ni, en general, a los códigos decimonónicos. Y en segundo lugar, porque la afirmación, de inspiración supuestamente liberal e individualista, de la autonomía como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato y de su alcance absoluto, que se atribuye a esa teoría, no

⁵⁷ RAZ (1986) pp. 369 y ss.

⁵⁸ KIMMEL (2003) pp. 129 ss.

⁵⁹ KIMMEL (2003) pp. 132-133.

se encuentra presente tampoco en la doctrina de los primeros comentaristas de los códigos, que instalaron a la voluntad de las partes como categoría central para la sistematización del derecho de contratos. La versión estándar de la teoría clásica parece haber cobrado vida, paradójicamente, a partir de la crítica que desde comienzos del siglo veinte comienza a dirigirse al moderno derecho de contratos. Ocurre que, de cierto modo, la presentación exagerada que esta ofrece de su adversario termina siendo asumida por el propio adversario para definirse y para clarificar y reforzar su posición.

Además de poseer esta peculiar genealogía, la concepción de la fuerza obligatoria de los contratos y de su intangibilidad que se asocia a la teoría clásica, no constituye un corolario necesario de la asunción de la autonomía como valor que el derecho de contratos debiera realizar, según lo muestra el examen de diversas posiciones teóricas contemporáneas que aun compartiendo una justificación del derecho de contratos fundada en la autonomía admiten y una orientación liberal, admiten limitaciones al alcance de la fuerza obligatoria de los contratos e incluso las justifican a partir del propio valor de la autonomía.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René (2001): *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).
- ALCALDE, Enrique (2007): “Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 2: pp. 361-372.
- ALESSANDRI, Arturo (s/f): *De los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2001): *Tratado de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- ATYIAH, Patrick (1986): *Essays on contract* (Oxford, Oxford University Press, 2011).
- BARCIA, Rodrigo (2006): “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, III (Temas de contratos): pp. 159-185.
- BARNETT, Charlie (1986): “A consent theory of contract”, *Columbia Law Review*, N° 86: pp. 269-321.
- BARNETT, Charlie (2012): “Contract is not promise; contract is consent”, *Suffolk Law Review*, Vol. XLV: pp. 647-665.
- BIX, Brian (2012): *Contract Law. Rules, theory and context* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BICKWOOD, Rick (2003): *Exploitative contracts* (Oxford, Oxford University Press).
- DOMÍNGUEZ, Ramón (1981): “La autonomía privada, decadencia y renacimiento”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 169: pp. 143-155.
- DOMÍNGUEZ, Ramón, PIZARRO, Carlos, TAPIA, Mauricio y RÍOS, Sebastián (2008): “La révision du contrat. Rapport Chilien”, Société de Législation Comparée (ed.), *Le contrat. Journées Brésiliennes* (Paris, Société de Législation Comparée) pp. 513-528.
- DAWSON, Jack (1984): “Judicial revision of frustrated contracts: The United States”, *Boston University Law Review*, 64: pp. 1-38.

- FRIED, Charles (1981): *Contract as promise. A theory of contractual obligation* (Harvard, Harvard University Press). Existe trad. cast. de Pablo Ruiz Tagle, *La obligación contractual. El contrato como promesa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), por la que se cita.
- FRIED, Charles (2012): “Contract as promise thirty years on”, *Suffolk Law Review*, Vol. XLV: pp. 961-978.
- GORDLEY, James (1991): *The philosophical origins of modern contract doctrine* (Oxford, Oxford University Press).
- GUTMANN, Thomas (2013): “Some preliminary remarks on a liberal theory of contract”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76: pp. 101-117.
- GUZMÁN, Alejandro (1991): “Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos”, en Barros, Enrique (coord.), *Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 211-261.
- ILLANES, Claudio (2000): “La teoría de la imprevisión. Ponencia del profesor Claudio Illanes Ríos”, en Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Estudio sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 183-205.
- International Institute for de Unification of Private Law (2004): *UNIDROIT Principles of International Commercial Contract* (Roma, International Institute for the Unification of Private Law).
- KANT, Inmanuel (1793): *Teoría y práctica* (trad. José Miguel Palacios *et al.*, Madrid, Tecnos, cuarta edición, 2006).
- KANT, Inmanuel (1797): *Metafísica de las costumbres* (trad. Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, segunda edición, 1994).
- KIMMEL, Dori (2003): *From promise to contract. Towards a liberal theory of contract* (Oxford-Portland, Hart Publishing).
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2000): *The principles of European Contract Law, parts I and II* (La Haya, Kluwer Law International).
- LAURENT, François (1869-1878): *Principes de droit civil* (Paris: G. Pedonne-Lauriel).
- LEÓN, Avelino (1950): “Limitaciones a la autonomía de la voluntad”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 98, año XXIV: pp. 525-540.
- MAZEAUD, Denis (2008): “La révision du contrat. Rapport Français”, en Société de Législation Comparée (ed.), *Le contrat: Journées Brésiliennes* (Paris, Société de Législation Comparée), pp. 553-589.
- MOMBERG, Rodrigo (2010a): “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 1: pp. 43-72.
- MOMBERG, Rodrigo (2010b): “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15: pp. 29-64.
- MOMBERG, Rodrigo (2013): “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, Vol. XXVI, N° 1: pp. 9-27.
- NANNA, M.C. (2010): *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice* (Padua, CEDAM).

- PEÑAILILLO, Daniel (2000): “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 208: pp. 209-237.
- PIZARRO, Carlos (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.
- PIZARRO, Carlos (2007): “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en Guzmán, A. (edit.): *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Legal Publishing), pp. 551-567.
- RANOUIL, Veronique (1980): *L' autonomie de la volonté: naissance et évolution d' un concept* (Paris, Presses Universitaires de France).
- RAZ, Joseph (1986): *The morality of freedom* (Oxford, Oxford University Press).
- RIPSTEIN, Arthur (2009): *Force and freedom. Kant's legal and political philosophy* (Harvard, Harvard University Press).
- RODRÍGUEZ, Pablo (2008): “Pacta sunt servanda”, *Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo*, N° 18: pp. 107-187.
- SHIFFRIN, Seana Valentine (2007): “The divergence of contract and promise”, *Harvard Law Review*, Vol. 120: pp. 708-753.
- SOMARRIVA, Manuel (1934): “Algunas consideraciones sobre el principio de autonomía de la voluntad”, reeditado en Tavolari, Raúl (director), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas esenciales de derecho civil. Contratos* (Santiago, Punto Lex, 2010, Tomo I, pp. 17-27).
- SCANLON, Thomas (2001): “Promises and contracts”, en Benson, Peter (ed.), *The theory of contract law. New essays* (Cambridge, Cambridge U. Press) pp. 86-117.
- VON BAR, C., CLIVE, E., SHULTE-NOLKE, H. (2010): *Principles, definitions and model rules of European Private law. Draft Common Frame of Reference* (Munich, Sellier).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Banco Bice con Inmobiliaria e Inversiones El Pellín Ltda.* (2011): Corte Suprema, 11 de enero de 2011 (demanda de cobro en pesos).
- Gulllermo Larráin Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana* (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2006 (demanda de indemnización de perjuicios)
- Industrias Lifelon S.A. con Sara Lee Corporation* (2011): Corte Suprema, 11 de mayo de 2011 (demanda de indemnización de perjuicios).
- Sepúlveda Rey con Banco del Desarrollo* (2006): Corte Suprema, 10 de octubre de 2006 (demanda de indemnización de perjuicios).
- Sociedad Constructora La Aguada Ltda. con EMOS S.A.* (1994): juez árbitro Claudio Illanes Ríos, s/f (demanda de reembolso de costo de mayores obras ejecutadas en contrato de construcción).
- Sociedad de Inversiones Mónaco Ltda. con ENAP* (1986): juez árbitro Carlos Urenda Zegers, 13 de noviembre de 1986 (demanda de cobro de saldo de precio).
- South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria de Valparaíso* (2009): Corte Suprema, 9 de septiembre de 2009 (demanda de cobro de honorarios).