

EL RECURSO DE PROTECCION COMO MEDIO DE AMPARO DE LOS CONTRATOS (1)

ENRIQUE BARROS BOURIE

*Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile*

1. Este estudio indaga, desde la perspectiva del derecho civil, el aporte que el recurso de protección ha significado al derecho chileno de los contratos.

La exposición se iniciará con un sucinto planteamiento de una de las materias más críticas del derecho civil patrimonial, cual es la propiedad sobre los créditos y demás cosas incorpóreas (capítulo I). En seguida, se intentará, siguiendo la investigación de Andrés Jana (2), una ordenación de los diversos grupos de casos en que los tribunales han acogido recursos de protección en materia de contratos con fundamento en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política (capítulo II). Luego, siguiendo el estudio de Juan Carlos Marín (3) se caracterizará la acción de protección en materia de incumplimiento de contratos y, particularmente, se intentará inferir algunas consecuencias prácticas que permiten dar luz sobre la jurisprudencia en la materia (capítulo III). Por último, intentaré algunas reflexiones generales, respecto de la función del recurso de protección en materia de derechos subjetivos privados (capítulo IV).

2. En el período clásico del derecho romano, los juristas se percataron de la significación económica que poseían derechos distintos de la propiedad sobre cosas corporales, que era el único que presentaba una configuración doctrinal acabada. En la época clásica Gayo introdujo, para fines de ordenación sistemática y tal vez didáctica, la distinción entre cosas corporales e incorpóreas. Max Kaser, el gran romanista, estima que esta distinción no tuvo efectos prácticos y que se mantuvo en el plano puramente doctrinal, lo que es explicable si se atiende a sus orígenes en la filosofía y la gramática (4). Varios siglos después, con ocasión de la sistematización justinianea del Derecho Romano, reaparece la distinción planteada por los juristas clásicos en términos que nos evocan a nuestro Código: "Las cosas son corpóreas o incorpóreas... Son incorpóreas las que no afectan nuestros sentidos; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones de cualquier modo que se hayan adquirido". (5)

(1) El texto es una versión corregida de una conferencia dictada en noviembre de 1993 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La conferencia tuvo como antecedente los estudios preliminares para una memoria de prueba de Andrés Jana L. y Juan Carlos Marín G., ayudantes en esa Facultad, quienes hicieron una intensiva investigación jurisprudencial. La memoria fue copatrocinada por el autor de este trabajo y por el profesor de Derecho Procesal don Cristián Maturana. El trabajo final de los señores Jana y Marín será publicado por la Editorial Jurídica de Chile.

(2) Trabajo citado (nota 1).

(3) Idem.

(4) Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 2ª ed., 1971, T. I, § 3.

(5) *Institutas de Justiniano*, II, II, § 1.

Históricamente, la propiedad se desarrolla a partir de la posesión sobre cosas corporales, y representa un cambio cualitativo respecto de ésta, en la medida que está protegida por una acción permanente, equivalente a nuestra actual acción reivindicatoria, que va más allá de la mera cautela de situaciones de hecho y de la paz social, como es típico de las acciones posesorias. Precisamente en el período clásico se consolida esa distinción conceptual bastante precisa, que hasta hoy conocemos, entre propiedad y posesión.

Con todo, la institución de la propiedad permanece íntimamente vinculada en el derecho romano a la idea de posesión, en términos análogos a los que hasta hoy subsisten en nuestro derecho moderno. Sólo en períodos de decadencia del espíritu jurídico la distinción se desvanece, como ocurre en el llamado "derecho vulgar", que sigue al período clásico del derecho romano. (6)

Miradas así las cosas, el dominio estaba íntimamente relacionado con la idea de posesión, entendida como señorío respecto a una cosa corporal, con la consecuencia de que estaban excluidas como objeto de propiedad las cosas incorpóreas (7). Por eso, la clasificación de Gayo en cosas corporales e incorpóreas careció de función práctica efectiva. Así se explica, también, que la propiedad romana, tanto en la época clásica como en el derecho bizantino de la época de Justiniano, sólo recayera directamente sobre cosas corporales y, a lo más, se extendiera por analogía a los derechos reales sobre las mismas cosas, como la servidumbre y el usufructo. Una línea semejante, por lo demás, han seguido los principales códigos modernos, incluido el chileno.

3. Los derechos personales, de acuerdo con esta tradición jurídica, no son objeto de propiedad. Para ello hay otras razones, que van más allá del objeto del dominio. Mientras en la propiedad destaca el aspecto positivo del derecho, respecto de los créditos prima la perspectiva pasiva del deber. Y, por eso, su aspecto más relevante es la obligación y no el derecho personal, según la denominación que hasta hoy caracteriza nuestro lenguaje jurídico en materia patrimonial.

Este predominio del aspecto pasivo en las relaciones personales se muestra de la manera más intensa en los orígenes del derecho de obligaciones en nuestra tradición jurídica romanista. Es sabido que en una primera época el deudor comprometía su propia persona para con el acreedor, quien en caso de incumplimiento tenía la facultad de apropiarse físicamente de su persona, mediante la "manus iniection". Sólo con el correr del tiempo, el efecto de las obligaciones se radicó exclusivamente en el patrimonio y no en la persona del deudor, lo que, como se podrá comprender, produce importantes consecuencias en la forma como la ley concibe los derechos personales.

Hasta hoy muchos de los principales códigos europeos conservan un concepto restringido de propiedad, y la circunscriben a las cosas corporales. Es el caso del principal modelo del Código Civil chileno en materia de obligaciones, el Código francés, pero también del español y del más romanista de los códigos modernos, el alemán, que entró en vigencia con el último cambio de siglo. En ello ha influido, ante todo, la ya aludida circunstancia de que sobre los créditos, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales fraccionados, no se pue-

(6) Max Kaser, op. cit., (nota 4) T. II, § 238.

(7) *Digesto*, VI, 1.

den ejercer actos propiamente posesorios. Nuestro Código, habla sólo metafóricamente de posesión de créditos, como forma de reconocer validez al pago que efectúa el deudor al acreedor aparente, que es tenedor del título (artículo 1576, II). Por lo mismo, es evidente que no se aplican a los créditos los efectos de la posesión en sentido propio.

Por otra parte, en un sentido técnico, la estructura del derecho de propiedad es diferente a la del derecho personal. Desde un punto de vista interno, el derecho de crédito establece, según la doctrina clásica, una relación eminentemente relativa y personal entre el acreedor y la persona del deudor. Incluso más, por mucho que el derecho moderno haya realizado esta relación personal exclusivamente en el patrimonio del deudor, aún subsisten derechos que se pueden hacer valer directamente contra su persona, como ocurre en el juicio ejecutivo por obligaciones de hacer o en los juicios de alimentos.

Esta estructura interna del derecho personal se diferencia de la propiedad de una manera tan fundamental que los ordenamientos civiles contemporáneos la siguen reconociendo como una suma división del derecho patrimonial, que se materializa en la diferencia entre el derecho de persecución de la cosa que es objeto del derecho, en el caso de la propiedad, y en la acción personal de cobro, que se puede hacer valer sobre la universalidad del patrimonio, en el caso de los créditos.

4. Sin embargo, los derechos personales también presentan numerosas analogías con la propiedad. Ante todo, ambos tienen una naturaleza esencialmente patrimonial, en el sentido de que son representativos de valores expresables en dinero. La patrimonialidad de las relaciones personales, por lo demás, es un tema prácticamente zanjado en la doctrina civil contemporánea después de largas discusiones a fines del siglo pasado y principios del presente siglo (8). Ello se muestra al momento en que el acreedor hace valer su acción personal y se dirige indistintamente en contra de las cosas corporales e incorporeales de que es propietario o titular el deudor, esto es, en contra de los derechos de propiedad en sentido estricto, como de los demás derechos personales y reales (cosas incorporeales) que conforman el patrimonio del deudor.

Por otra parte, los créditos, al igual que la propiedad pueden ser objeto de transferencia, de gravamen y sobre ellos se pueden constituir derechos de goce a título, a su vez, de derecho personal (arrendamiento) o real (usufructo sobre créditos). Es igualmente por analogía con la propiedad que el titular de un derecho de crédito se apropia de sus frutos civiles, donde la justificación para la apropiación de los intereses o de las rentas es precisamente la titularidad sobre su crédito.

El propio desarrollo de la economía ha tendido a que la propiedad se mediatice a través de múltiples derechos personales que se interponen entre las cosas corporales, incluido el dinero, y los titulares de acciones personales o reales que se pueden hacer valer sobre esas cosas: la riqueza se posee, por lo general, mediante sociedades, cuya propiedad se expresa en créditos o derechos personales; o en cuotas de patrimonios de afectación (como fondos mutuos, fondos de pensiones, fondos inmobiliarios). Se trata del fenómeno que, en un estudio reciente sobre la propiedad, ha sido explicado como el paso desde una economía agraria en que la riqueza estaba predominantemente representada por bienes corporales,

hacia una economía abstracta en que se es titular crecientemente de derechos sobre derechos y, a veces, sobre derechos que a su vez recaen sobre derechos (9). El propio concepto económico de dinero ha debido considerar a los créditos desde el punto de vista de la economía: cuando se mide la cantidad de dinero que existe en una economía se suman los créditos junto al dinero propiamente tal, objeto corporal materializado en billetes y monedas, según lo establece, por fin en un concepto legal, la actual Ley Orgánica del Banco Central (artículo 31).

5. Desde esta perspectiva, el derecho personal muestra una doble dimensionalidad. Por un lado, su contenido se refiere a la conducta de un tercero, y en tal sentido sus efectos son relativos, pues solamente de ese tercero se puede exigir la prestación acreditada por el derecho. Pero, por otro lado, esa relación personal da lugar a la titularidad que el sujeto tiene sobre el derecho que ella representa.

Lo cierto, sin embargo, es que esta característica es propia de todo derecho subjetivo, por cuanto es impensable un derecho que carezca de titular. Es con fundamento en la analogía que existe entre titularidad y propiedad que la jurisprudencia y alguna parte de la doctrina chilena han tendido a identificar la titularidad sobre derechos subjetivos (como, por ejemplo, la titularidad de un estudiante respecto de su matrícula con la propiedad sobre ese derecho). Históricamente, sin embargo, titularidad y propiedad son conceptos distintos. En consecuencia, las acciones a que da lugar la propiedad son específicas a ese derecho.

Una doble abstracción es típica de los derechos personales: por un lado, éstos expresan la facultad de exigir de un tercero precisamente definido una determinada conducta, bajo amenaza de actuar contra su patrimonio. Pero, por otro lado, sobre este derecho se posee esa titularidad, que permite que el derecho sea cedido, otorgado en garantía, gravado y que, bajo ciertas circunstancias, pueda ser incluso oponible a terceros, como hay algunos que, bajo ciertas circunstancias, puede ser incluso oponible a terceros, como hay algunos antecedentes en nuestro propio Código Civil, como es el caso del arrendamiento, que bajo ciertas circunstancias puede ser hecho valer en contra del tercero adquirente (artículo 1962). Es a esta titularidad sobre el derecho de crédito que el Código Civil chileno se refiere cuando afirma que sobre "las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad" (artículo 583).

En la dimensión del tiempo se puede valorar la intuición jurídica de Andrés Bello, quien se aparta en esta materia de la tradición romana y de la doctrina aceptada por los códigos europeos de su tiempo (y posteriores, como el alemán y el italiano). Al hablar de una especie de propiedad, Bello pretende significar que la titularidad sobre derechos subjetivos, personales, presenta analogías (no identidad) con el derecho de propiedad. Es sintomático que en el proyecto de 1853 se expresara que "se concibe también sobre las cosas incorporeales una especie de propiedad, que se llama cuasidominio" (artículo 688). Después, Bello eliminó el concepto de cuasidominio, es clara su intención: esa especie de propiedad expresa la idea de que el acreedor es titular del derecho personal.

La circunstancia de que se trata sólo de una especie de propiedad permite excluir, respecto de los derechos personales, los efectos propios y exclusivos de la propiedad sobre cosas corporales, como los que resultan de la posesión y el derecho de persecución. Sobre un crédito no hay derecho de persecución. Tampoco puede haber posesión en sentido ma-

(8) L. Díez Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, 4ª ed., 1993, T. II, págs. 83 y ss.

(9) H. Lepage, L'analyse économique et la théorie du droit de propriété, en Droits 1, 1985, págs. 91 y ss.

terial y, no pudiendo haberla, tampoco puede haber prescripción adquisitiva. Pero, por otro lado, esta especie de propiedad permite aplicar extensivamente las otras normas generales de la propiedad a los derechos personales.

6. Con todo, la propiedad reconocida sobre los créditos por el Código Civil, y por la Constitución Política, no debe llevar a error acerca de la naturaleza interna de los derechos personales.

La perspectiva de la economía nos puede ayudar a precisar la diferencia. El propietario de una cosa corporal no sujeta a gravamen es titular de un derecho cuyo valor es idéntico al precio que se puede obtener por esa cosa. Por el contrario, la titularidad sobre un crédito tiene un valor patrimonial distinto a su valor nominal, pues está determinado por la solvencia del deudor. Ello es un resultado de que, como lo ha mostrado Andrés Jana en su estudio, la propiedad sobre el crédito no es garantía de cumplimiento. Nadie negaba hace diez años, por ejemplo, la titularidad de los acreedores del estado chileno sobre sus respectivos créditos, a pesar de que éstos se podían adquirir a un 30% de su valor nominal atendida la entonces alta improbabilidad de que pudiesen ser efectivamente cobrados.

El valor de un crédito es proporcional a la probabilidad de cobro y lleva necesariamente implícita una cierta incertidumbre. En ello se muestra inequívocamente que la propiedad sobre un crédito no puede ser identificada con la prestación que éste representa: el incumplimiento de la prestación es perfectamente compatible con la titularidad sobre el crédito. Allí radica la diferencia entre la estructura interna del derecho personal y del real.

7. Estas reflexiones son relevantes para entender el alcance de la norma constitucional del artículo 19 N° 24 de la Constitución que garantiza "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales", como lo muestra la investigación de la jurisprudencia en materia de recursos de protección que han realizado Andrés Jana y Juan Carlos Marín (10). Si se atiende al bien protegido por la norma, es obvio que se trata de la titularidad, de esa especie de propiedad sobre el derecho personal, que el derecho constitucional chileno y comparado ha reconocido, aun en ausencia de una norma tan explícita como la hoy vigente.

A este respecto pareciera también importante hacer presente que hay alguna diferencia en todos los ordenamientos jurídicos entre el concepto civil y el constitucional de propiedad. Es el caso, por ejemplo, de la jurisprudencia alemana, donde la propiedad, desde un punto de vista civil, está restringida estrictamente a las cosas corporales y, sin embargo, la jurisprudencia constitucional la ha extendido también a los créditos (11). Si la pretensión del acreedor es afectada por una ley posterior, es obvio que se afecta ese derecho, pues se priva al titular (al propietario) de su crédito. Es lo que falló sistemáticamente la Corte Suprema tratándose de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad bajo la Constitución de 1925, a pesar de que no contenía la norma actual del artículo 19 N° 24, que extiende la garantía de la propiedad incluye expresamente a los bienes incorporales. (12)

(10) Trabajo citado (nota 1).

(11) T. Maunz y G. Dürig, eds., Grundgesetz Kommentar, 1983, art. 14, § 190.

(12) Un análisis razonando en la jurisprudencia en J. López S-M, Los Contratos; Parte General (1986), páginas 204 y ss.

En definitiva, la jurisprudencia constitucional tiene ya una antigua tradición en cuanto a proteger la propiedad (entendida como titularidad) sobre los créditos.

No es ese, sin embargo, el objeto de la mayoría de los recursos de protección respecto de derechos contractuales, que las Cortes han acogido en los últimos años. En la mayoría de los casos no ha sido discutida la titularidad del derecho personal, sino, derechamente, su alcance o las dificultades que surgen con motivo del incumplimiento de las obligaciones a que se da origen.

II

8. En una primera etapa, la tendencia generalizada de las Cortes fue declarar inadmisibles los recursos de protección en que se reclamaba la interpretación de una obligación contractual. Así, se falló, por ejemplo, que "el recurso de protección... no está destinado a resolver situaciones surgidas entre las partes de un contrato válidamente celebrado que tengan origen en interpretaciones de sus cláusulas o la aplicación que hayan hecho de las mismas". (13)

En otras palabras, numerosos fallos constatan que por tratarse de la interpretación o cumplimiento de un contrato no corresponde que la Corte se pronuncie sobre garantías constitucionales eventualmente infringidas, pues esa acción no puede tener por objeto perseguir el cumplimiento de obligaciones, para las cuales el sistema legal chileno reconoce acciones judiciales que se tramitan de acuerdo a procedimientos ordinarios, sean ejecutivos o de lato conocimiento.

Con el correr del tiempo, sin embargo, la jurisprudencia ha dado lugar a numerosas acciones de protección que tienen su origen en incumplimientos contractuales, con el fundamento de que se da por afectada la propiedad sobre el crédito del acreedor. Andrés Jana (14) muestra, a partir de un estudio comparado de más de 70 casos, que las Cortes han acogido reiteradamente recursos de protección sobre la base de que se ha infringido la propiedad sobre un derecho personal emanado de un contrato.

9. Si se analiza la jurisprudencia con detalle, ella puede ser ordenada en distintos grupos de casos en que se ha dado lugar a la protección. Ante todo, ésta ha operado en materia contractual como un límite a las acciones de hecho, en virtud de las cuales una persona ha interferido o puesto término a una relación contractual vigente.

Los casos más frecuentes de este grupo se refieren al arrendador que se hace justicia por sí mismo; por ejemplo, prohibiendo el ingreso a la propiedad al arrendatario o cercando el inmueble con el fin de hacerlo inaccesible, bajo pretexto de incumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones contractuales. (15)

(13) Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXVIII [1981], sec. 5ª, página 90.

(14) Trabajo citado (nota 1).

(15) Véase, por ejemplo, Farías y Cía. Ltda. con Sociedad Administrativa, Fallos del Mes N° 325 (1985) páginas 849 y ss.

En otros casos, las Cortes han impedido que una parte ponga término unilateralmente a una relación contractual de tracto sucesivo. Así, se han acogido protecciones contra bancos que han cerrado cuentas corrientes, contra Isapres por poner término a contratos de seguro de salud e (16), incluso, contra quienes han hecho valer facultades previstas en el propio contrato para ponerle término unilateralmente en ciertas circunstancias. En estos casos, las Cortes han tendido a hacer operar una especie de "constitucionalización" del principio de que la resolución o terminación de un contrato por incumplimiento no se produce ipso facto, sino requiere de resolución judicial. (17)

Los actos que interfieren en un contrato y que dan lugar a protección también pueden provenir de terceros, lo que es una manifestación del principio de que la obligación contractual debe ser respetada universalmente por todos, por más que su cumplimiento específico sólo se pueda exigir de ciertas y determinadas personas. Así, se han acogido recursos interpuestos en contra del tercero adquirente de una propiedad arrendada que mediante actuaciones de hecho hace imposible el ejercicio del goce de la cosa por el arrendatario, como, por ejemplo, interrumpiendo el suministro de gas y agua potable a la propiedad que se encuentra en goce del arrendatario. También se han acogido recursos de protección en contra de autoridades públicas que, en opinión de las Cortes, han puesto término o han afectado derechos contractuales de las partes mediante actos jurisdiccionales o de autoridad (18). En estas diversas situaciones las Cortes han entendido que el acto de autoridad interfiere de una manera abusiva en la relación contractual, afectando de este modo el derecho de propiedad que la parte recurrente alega tener sobre su derecho personal.

10. En otro grupo de casos las Cortes se han pronunciado derechamente, y este es tal vez el conjunto más discutible desde el punto de vista de la doctrina jurídica, las Cortes se han pronunciado derechamente sobre el alcance y el cumplimiento de obligaciones contractuales. En tales estas situaciones las Cortes han declarado que el incumplimiento de un contrato atenta contra el derecho de propiedad sobre los derechos personales. Andrés Jana muestra que la estructura de argumentación que sistemáticamente siguen las Cortes en estos casos es la siguiente:

- (1) la Constitución Política asegura el derecho de propiedad sobre bienes incorpóreos;
- (2) los derechos personales son cosas incorpóreas;

(16) Véase, por ejemplo, Rivera con Superintendente de Isapres, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXIX, sec. 5ª, páginas 63 y ss.

(17) Véase, por ejemplo, Ebensperger con Banco Sudamericano, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXVIII, sec. 5ª, páginas 134 y ss.

(18) Fallos en contra del Comité de Inversiones Extranjeras, por introducir regulaciones incompatibles con el contrato suscrito con el Estado de Chile (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXVIII, 2ª parte, Sección V, página 193); en contra la Superintendencia de AFP por una decisión que ordena suspender el pago de una pensión de invalidez (Fallos del Mes Nº 366 [1989], página 198); o contra el Superintendente de Isapres, quien fallando como árbitro declaró terminado un contrato de seguro de salud (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXIX, (1992), 2ª Parte, Sección V, página 63); y, más recientemente, un fallo acogiendo una protección en contra de una decisión de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles que también interfería en un contrato entre una empresa eléctrica y un cliente (Chilectra con SEC [Fallos del Mes 420 (1993) páginas 923 y ss]).

- (3) los contratos son fuente de derechos personales;
- (4) todo acto que vulnera un derecho personal atenta contra la propiedad que la Constitución asegura sobre los bienes incorpóreos;
- (5) el incumplimiento de un contrato vulnera el derecho personal del acreedor (19). De todo lo cual se concluye que el incumplimiento de un contrato vulnera la propiedad en los términos amplios, tal como está garantizada por la norma constitucional.

Puede fácilmente comprobarse que este razonamiento no es consistente con la doctrina civil acerca del alcance de la titularidad de un derecho personal, pues es obvio, como se ha mostrado, (Supra párrafo 6), que el incumplimiento de un contrato no significa negar al acreedor la titularidad sobre su derecho. Por el contrario, el derecho personal se caracteriza por proveer a su titular de acciones civiles, previstas precisamente para el evento de ese incumplimiento.

El hecho constatable es, sin embargo, que las Cortes siguen un razonamiento que se aleja del alcance jurídico de la titularidad sobre derechos personales. Así, cabe indagar cuál es la frontera entre el ámbito contractual cautelado por la acción de protección y el que queda sujeto a las acciones civiles, ordinarias o ejecutivas. La pregunta es en extremo pertinente, pues si se entendiérase en términos amplios que la protección alcanza a la íntegra satisfacción del derecho personal, es obvio que todos los derechos de un acreedor quedarían procesalmente subsumidos bajo esta acción, lo que obviamente no ha sido el propósito de los jueces cuando le han dado lugar en ciertos tipos de casos. El efecto de adoptar esa tesis sería que la protección cubriría todo el ámbito del derecho de obligaciones, por la aplicación extensiva de la norma que cautela la propiedad sobre cosas incorpóreas (esto es, la titularidad sobre el crédito) y transformaría a la protección en el medio generalizado para perseguir el cumplimiento de obligaciones, contractuales o no.

Por eso, más que razonar en abstracto es conveniente explorar las características comunes de los casos en que la acción ha sido acogida. Un caso muy significativo puede ser introductorio para aclarar la materia. Es el planteado por una empresa forestal que había comprado un bosque en pie (mueble por anticipación), negándose luego el vendedor a realizar los trámites administrativos relativos al plan de manejo, que eran condición para que el predio pudiera ser explotado y, por tanto, se pudiera cumplir la obligación del vendedor de entregar el bosque en pie. La Corte acogió la protección y ordenó al propietario realizar de inmediato los actos necesarios para obtener la debida satisfacción del acreedor (20). El caso es interesante desde el punto de vista del derecho civil, porque constituye una aplicación, por vía constitucional, del principio de buena fe contractual, que extiende las obligaciones de las partes a todo aquello que implícitamente es necesario para obtener la satisfacción del acreedor. Queda abierta, sin embargo, la pregunta por las razones efectivas que llevaron a la Corte a cautelar este derecho contractual por esta vía de protección.

Dentro de este mismo grupo de casos un subgrupo muy importante está representado por los contratos sobre seguros de salud suscritos con Isapres. En numerosos casos, las

(19) Trabajo citado (nota 1).

(20) Celulosa Arauco con Ossandón, Fallos del Mes Nº 329 (1986), páginas 117 y ss.

Cortes han otorgado protección a los beneficiarios de estos contratos sobre la base de interpretarlos en términos favorables a los intereses de los afiliados. Así, se ha hecho primar la confianza del recurrente en los folletos de publicidad por sobre el contrato efectivamente suscrito, haciendo prevalecer, también en este caso, el principio de buena fe contractual en materia de condiciones generales de contratación, o se han interpretado causales de exclusión de una determinada cobertura, entrado a interpretar derechamente el contrato. En definitiva, en estos casos las Cortes han entrado derechamente a interpretar los términos, incluso de carácter médico, de los contratos, con el objeto de definir el alcance de la cobertura convenida. (21)

11. En los grupos de casos analizados en los párrafos precedentes, se puede inferir que con frecuencia no existe propiamente, desde un punto de vista jurídico, una infracción a la titularidad o propiedad del acreedor sobre los derechos personales emanados del contrato. Ante todo, porque el incumplimiento de una obligación es una vicisitud típica de una relación personal, que no constituye negación o perturbación a la titularidad o propiedad sobre el crédito, como se ha mostrado en la parte introductoria. La doctrina seguida en estos casos por las Cortes supone, por el contrario, que el no pago de un crédito privaría del legítimo ejercicio del derecho de propiedad sobre el crédito. Al acoger los tribunales recursos de protección en estos casos, ¿no se transforma el derecho a exigir una suma de dinero en un derecho sobre el objeto de la prestación?; ¿no se corre el riesgo de que por vía de protección se disipe, de ese modo, la frontera entre derechos personales y reales, que ha subsistido como razonable por dos milenios?

Planteado el asunto en términos abstractos, eso es lo que ocurre. Sin embargo, es preciso atender a que las Cortes dan lugar a la protección por incumplimiento de contrato sólo en ciertos casos, por más que la justificación sea genérica, fundada en la propiedad sobre los créditos. Lo inductivo a error es que la *fundamentación* de los fallos sea tan general, de modo que no permite discriminar entre situaciones que justifican protección y aquéllas que deben seguir los procedimientos civiles ordinarios previstos por la ley.

Lo que en verdad ocurre es que el fundamento de la protección en materia de incumplimientos contractuales no hay que encontrarlo en una interpretación en extremo extensiva del derecho de propiedad sobre los créditos, que amenaza desnaturalizar por completo la lógica jurídica y económica de los derechos personales, sino en justificaciones que aparecen solamente latentes y rarisísimamente explícitas en los fallos. ¿Por qué éstos y no aquéllos recursos de protección en materias de incumplimientos contractuales son acogidos? Las razones formales para acogerlos o rechazarlos son perfectamente intercambiables: se acogen ciertos recursos porque se lesiona la propiedad sobre el crédito; se rechazan otros porque la interpretación y cumplimiento de un contrato es materia de un juicio civil, sea ordinario o ejecutivo. En definitiva, lo claro es que los argumentos dados por las Cortes no son suficientes para discriminar entre los recursos acogidos y los que no lo son.

Algo semejante se puede predicar del otro grupo de casos, en que la protección ha sido acogida en razón de haberse actuado de hecho o de un modo simplemente arbitrario para impedir el ejercicio de derechos contractuales o para poner término a un contrato vigente. En muchos de estos casos, como se ha visto, las Cortes han fallado en contra de disposi-

(21) Véase, por ejemplo, Bullemore con Isapre Vida Tres, Fallos del Mes Nº 381 (1990), páginas 428 y ss.

ciones expresas del propio contrato. En otros, se ha dado lugar a la protección incluso en favor de quien carecía jurídicamente de derecho alguno, como es el caso del arrendatario de un bien enajenado por el arrendador, de modo que su contrato había terminado en razón de haberse omitido las formalidades de oponibilidad exigida por la ley (artículo 1962), y que recurre exitosamente de protección en contra del tercer adquirente del bien arrendado. (22)

12. De todo lo anterior se puede concluir que la mayor dificultad en el análisis de los recursos de protección en materia de contratos es la gran distancia existente entre los fundamentos explícitos del fallo y las razones latentes que permiten justificar la protección.

En definitiva, la invocación del artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política es indiscutible, en aquellos casos en que se ha afectado la titularidad sobre un derecho de crédito, como ocurrió, por ejemplo, con los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que falló la Corte Suprema en los años setenta, cuando la ley de arrendamiento de predios rústicos estableció una prolongación automática del plazo de los contratos vigentes (Supra, párrafo 7). La Corte declaró que se afectaba la propiedad sobre derechos contractuales porque se afectaba el alcance del derecho propiamente tal y, en consecuencia, su esencia. Pero no son esos los casos que estamos analizando, que atienden básicamente al incumplimiento contractual y no la modificación por la autoridad de los derechos que nacen del contrato. Ello nos lleva necesariamente a buscar el fundamento de la acción de protección en estas materias en una sede diferente del estricto derecho de propiedad.

III

13. La acción de protección posee un doble fundamento constitucional: por un lado, ha sido establecida por la Constitución y, por otro, tiene por objeto cautelar garantías reconocidas por ella. Desde el punto de vista comparado, la protección constituye una acción muy atípica, pues no es usual que los tribunales apliquen directamente la Constitución en la resolución de conflictos. A lo más, las normas constitucionales actúan como un marco de interpretación que señala el contenido, el alcance y la orientación de las normas del derecho común. Tal es, por ejemplo, la doctrina alemana del efecto indirecto, en el derecho privado, de las normas constitucionales (*Drittwirkung*). Lo usual es que la aplicación directa de la Constitución pertenezca a la Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional con competencia privativa, según el caso. Hay muchos países en que solamente el Tribunal Constitucional se puede pronunciar directamente sobre materias de constitucionalidad, sin perjuicio de que las normas constitucionales, como se ha visto, sirvan como principio de interpretación en la forma del espíritu general de la legislación a que se refiere nuestro Código Civil (artículo 24). En Chile se da la situación, bastante anómala en el derecho comparado, de que tres órganos jurisdiccionales tengan competencia concurrente para juzgar directamente materias de constitucionalidad: el Tribunal Constitucional, en forma preventiva; la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad; y las Cortes de Apelaciones, al conocer de las protecciones.

En este contexto complejísimo de jurisdicciones constitucionales no es extraño que el recurso de protección se haya desarrollado como una acción que cumple funciones específicas que exceden su sede estrictamente constitucional.

(22) Véase Milla con Callegari, Fallos del Mes Nº 334 (1986) páginas 602 y ss.

Lo cierto es que la generalización del recurso de protección se justifica por la rapidez de su conocimiento, de modo que por su intermedio se han llenado vacíos muy profundos en nuestra legislación civil y administrativa. Esa es, en verdad, la principal razón por la cual la protección se ha expandido en Chile. Ello se muestra muy claramente en los casos en que las Cortes han entrado a conocer acerca de la propiedad sobre derechos contractuales.

14. Ante todo, la protección ha llenado el vacío que muy tempranamente se creó en nuestro orden jurídico en materia contencioso-administrativa. Una estricta concepción de la separación de poderes hizo que los tribunales chilenos fueran renuentes, de acuerdo a una doctrina establecida en pleno siglo XIX, al control de constitucionalidad de las leyes (23) y de legalidad de los actos administrativos (24). Este vacío fue particularmente visible hace ya más de 20 años, durante el gobierno del Presidente Salvador Allende, cuando se emprendió por vía administrativa un cambio sustancial en el régimen de propiedad en Chile. Por mucho que entonces algunas acciones clásicas del derecho privado hayan sido adaptadas para hacer frente a situaciones de hecho creadas por la autoridad (basta recordar el recurso extensivo a las acciones de precario), también se creó conciencia de la enorme vulnerabilidad del sistema legal chileno frente a actos ilegales o arbitrarios de la administración. En Chile no existía una tradición de control jurisdiccional de los actos administrativos. No es extraño, por consiguiente, que el recurso de protección haya tenido su origen intelectual precisamente entonces, frente a situaciones de hecho que estaban dominando generalizadamente en la economía.

15. Ahora bien, si se analiza la jurisprudencia se constata que la norma que cautela la propiedad sobre derechos personales ha sido aplicada del modo más estricto precisamente cuando mediante actos de autoridad han sido alterados los efectos de contratos válidamente celebrados. Son los casos de los recursos contra el Comité de Inversiones Extranjeras, contra el Banco Central y, recientemente, contra el Superintendente de Electricidad y Combustible, quien por acto administrativo introdujo modificaciones a un contrato de aportes reembolsables suscrito entre una compañía eléctrica y un cliente (Supra, § 9). En todas estas situaciones la autoridad administrativa ha afectado la titularidad del crédito, sea negándolo, sea alterando su contenido esencial, de modo que es obvio que el bien afectado es propiamente la titularidad o propiedad sobre el derecho personal.

Distintos son los casos en que por vía de protección han sido resueltos conflictos entre las partes de un contrato. En estas situaciones, como se ha visto, la noción jurídica de propiedad sobre los créditos no permite discriminar entre los casos en que la acción ha sido acogida y aquéllos en que ha sido rechazada. En definitiva, el exhaustivo análisis de los casos de jurisprudencia efectuado por los señores Marín y Jana permite inferir que la mayoría

(23) Así, por ejemplo, oficio de Corte Suprema al Gobierno de 27 de junio de 1948: "El Tribunal observará que ninguna Magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código Fundamental, y de quitarles, por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria: este poder, que por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaba a anular sus resoluciones, no existe en Magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional (citado por L. Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, T. I, 1898, página 38).

(24) Bajo la Constitución de 1925 es conocido que los tribunales ordinarios se negaron a conocer de asuntos contencioso administrativos porque esa facultad quedó entregada a tribunales especiales, que el legislador nunca estableció (artículo 87).

de las veces no son los criterios normativos del derecho civil, ni del constitucional, los que permiten interpretar y sistematizar la jurisprudencia en la materia. La experiencia de estos casos muestra que la protección cumple una función eminentemente procesal, que debe ser aclarada preferentemente desde esa perspectiva.

16. Ante todo, la acción de protección, a diferencia de lo que sostiene alguna opinión doctrinaria, carece de carácter declarativo. Conociendo de la acción de protección, el tribunal no dispone de los medios para agotar el conocimiento del asunto y la urgencia con que el caso debe ser decidido. Por lo general, el procedimiento es incompatible con un sopesamiento de todos los antecedentes de hecho y de derecho que inciden en el caso.

Parte de la jurisprudencia ha tendido adoptar este punto de vista, al señalar que los objetivos de la protección no son los de establecer derechos permanentes en favor de las partes, sino dar respuesta pronta a situaciones de hecho que, constituyendo actos u omisiones arbitrarias e ilegales, amagan garantías constitucionales, de modo que acogida o rechazada la protección "quedan a salvo los demás derechos que pueda hacer valer el afectado ante la autoridad o tribunal competente" (25). En este mismo orden de ideas destaca otro fallo, en que la Corte decidió que no corresponde, con ocasión de un recurso de protección, decidir sobre la vigencia o término del contrato de arrendamiento y sobre el cumplimiento e incumplimiento de sus cláusulas, ni sobre la validez y efectos del desahucio... por lo que ello es materia de otros procedimientos, pero sí mediante él (el recurso de protección), se pueden adoptar las providencias necesarias para mantener el statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren el orden jurídico". (26)

17. Estas consideraciones no son ajenas a la tradición del derecho civil. En efecto, los objetivos de las acciones posesorias, se reducen exclusivamente a *impedir que se altere la situación de hecho existente*, por ello ni siquiera es admisible la alegación (Código Civil, artículo 923).

En una sociedad en que la propiedad inmueble ha dejado de ser el fundamento casi exclusivo de la riqueza, la carencia de acciones civiles equivalentes a las posesorias respecto de otros bienes, ha venido a ser suplida por el recurso de protección. El primer grupo de recursos de protección acogidos, que se ha analizado en el capítulo anterior, inequívocamente responde a un principio idéntico a las acciones posesorias. Se evita la alteración de una situación contractual vigente, dejándose en suspenso la declaración en cuanto al fondo de la disputa. Los casos de arrendamiento son típicos en ese sentido. Pero esto lleva a otra conclusión, desde el punto de vista dogmático: el objeto de protección en este grupo de casos no es la propiedad sobre el crédito, materia que ni siquiera se discute, sino el establecimiento de un límite a la autotutela y la atribución de efectos jurídicos provisorios a la apariencia, como es típico de las acciones posesorias.

18. En el segundo grupo de casos, en que los tribunales entran a interpretar el fondo de los contratos, tampoco existe, como se ha visto, una privación o perturbación del derecho de propiedad sobre el crédito.

(25) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, (1991) sec. 5ª, páginas 43 y siguiente.

(26) Farías con Sociedad Administradora, Fallos del Mes N° 325 (1985), páginas 849 y ss.

El elemento común a estos casos es la *necesidad de una urgente decisión*, ante el riesgo de que el derecho contractual pierda su eficacia o se provoque en el contratante algún mal irreparable. Es el caso, por ejemplo, de la empresa compradora del bosque en pie que reclamaba la realización de una gestión administrativa por el vendedor del bosque y propietario del inmueble, en circunstancias que tal omisión amenazaba con la caducidad de sus derechos de explotación. La naturaleza de la situación hacía exigible una decisión urgente y eficaz para hacer viable el ejercicio del derecho.

Una análoga interpretación admiten la mayoría de los casos en que los tribunales ha ordenado a las Isapres pagar bonificaciones por gastos médicos. Atendida la entidad del bien jurídico comprometido en tales contratos, las Cortes han tendido a acoger las acciones de protección bajo el supuesto implícito de que una urgente decisión es indispensable para que los derechos contractuales comprometidos puedan siquiera llegar a ser efectivos. Si la Isapre no reconoce la bonificación, el asegurado usualmente no tendrá recursos para enfrentar por sí mismo la enfermedad. También en estos casos la urgencia de una decisión justifica que se acceda a lo solicitado por vía de protección.

Este camino presenta fuertes analogías con otra institución del derecho civil que es tan antigua como excepcional: la posibilidad de acceder provisoriamente a lo solicitado, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva, como ocurre en materia de alimentos (Código Civil, artículo 323). Al respecto, debe destacarse la asombrosa proximidad, en razón de necesidad, que existe entre los alimentos y las coberturas que puede dar una Isapre en materia de salud.

En este sentido, la protección no constituye una medida cautelar respecto de otra acción sino un procedimiento de urgencia, autónomo, que, atendida su naturaleza, está marcado, sin embargo, por la provisionalidad. (27)

19. En ambos grupos de casos, nos encontramos en fronteras conocidas por el derecho civil, que el recurso de protección ha expandido hacia nuevos terrenos. El problema radica en que las razones efectivas que obviamente parecen inspirar estos fallos permanecen sólo latentes tras argumentos formales, aparentemente sustentados de un modo directo en la idea de propiedad sobre derechos personales.

Por eso, pareciera que en esta materia un enfoque *funcional* de la protección, que atienda a la naturaleza de la acción, parece esencial para definir su alcance. En el fondo, la razón para la extensión del concepto de propiedad radica en su carácter de factor desencadenante de esta acción; en el antecedente que hace viable el ejercicio de la acción más eficaz del derecho chileno. Dicho cínicamente, la propiedad es un pretexto, porque la protección cumple, en materia de contratos, funciones que poco tienen que ver, como se ha mostrado, con la titularidad sobre el crédito. Lo cierto es que si se analiza críticamente la jurisprudencia de protección en materia de contratos se percibe que, salvo los casos en que la autoridad ha intervenido en un contrato vigente, la propiedad sobre créditos contractuales sólo ha sido un argumento formal, para obtener amparo, a falta de acciones eficaces en el derecho civil.

(27) En esta materia quisiera destacar el lúcido aporte de Juan Carlos Marín para interpretar estos casos de protección desde la perspectiva de la doctrina procesal de las acciones. Trabajo citado (nota 1).

20. Quisiera concluir con algunas notas acerca de ciertas tendencias del derecho chileno que muestran en la protección. La historia también nos puede ayudar para entender lo ocurrido respecto de este recurso. En la época del emperador Constantino, el mismo que introdujo el cristianismo como religión oficial del imperio en el siglo IV, los gobernantes y jueces se sintieron libres de las ataduras conceptuales del derecho romano clásico, que, hasta entonces, había sido preferentemente derecho de expertos. Se inicia así una etapa de vulgarización del derecho, que tiene sus raíces en las intuiciones jurídicas no estructuradas del ciudadano común. (28)

Algo análogo puede decirse de lo ocurrido en Chile en materia de protección. El decaimiento de la vitalidad del espíritu jurídico dejó amplios campos del derecho sin desarrollo. Los grandes cambios en la industria, la economía y la sociedad desde la dictación de los códigos del siglo pasado, no encontraron lugar en las instituciones jurídicas clásicas. Por años el espacio vacío fue crecientemente llenado por órganos administrativos, respecto de cuyas decisiones ni siquiera existía un control externo de juridicidad. Ocurrido el retiro de la administración pública, en razón de los cambios en la cultura económica y jurídica, tiende inevitablemente a aumentar la importancia relativa de los jueces, como ocurre en todos los países donde existe una administración más débil, como, por ejemplo, en los Estados Unidos. El resultado es que los jueces, en la sociedad chilena actual, han asumido un rol más predominante que hace 20 años. Y, así, la acción de protección ha abierto un camino judicial para controlar la juridicidad de actos que antes eran objeto, a lo más, de control interno en la administración (Contraloría General de la República).

Por otra parte, la protección ha abierto nuevos caminos procesales a las acciones de particulares contra particulares, en especial en los casos en que el sistema jurídico no aporta soluciones urgentes para conflictos que exigen una rápida solución.

21. En definitiva, la acción de protección cubre amplios ámbitos del derecho, porque no hay bien jurídico importante que no tenga reconocimiento constitucional. El riesgo, sin embargo, es que posea un campo de aplicación sin fronteras.

Siguiendo la analogía histórica, el recurso de protección ha devenido en una acción rápida y eficaz allí donde se requiere, en la medida que se puedan invocar genéricamente ciertos derechos constitucionales básicos, que a su vez, son interpretados extensivamente por las Cortes. El resultado es una acción que responde a ese sentimiento no muy articulado de equidad elemental, que caracterizó en Roma al período postclásico. Esta evolución se asocia a un concepto intuitivo de democratización del derecho, acercándolo a conceptos generalmente aceptados, pero no estructurados, acerca de lo que es evidentemente injusto.

Ello ha permitido que en el campo del derecho administrativo existan por fin acciones para poner término a actos manifiestamente arbitrarios o ilegales y que en el campo del derecho privado se haya expandido el ámbito estrecho de las acciones posesorias, así como de las que reconocen la urgente necesidad de dar lugar, al menos provisoriamente a lo solicitado. Todo ello a condición de que los casos tengan una *referencia* constitucional. Esto ha producido una aireación del sistema jurídico chileno y ha permitido a los jueces actuar eficazmente cuando la necesidad lo requiere.

(28) Max Kaser, op. cit. 1, (nota 4), T. II, § 192.

Con todo, acciones tan generales como la protección corren el riesgo de adaptarse demasiado fácilmente a los sentimientos que despierta el caso, lo que es la negación de un espíritu jurídico fino y desarrollado.

22. Volviendo al derecho romano: la evolución culmina en Roma cuando el derecho llamado vulgar, que en su momento rompió los moldes del clasicismo jurídico, es insertado en las categorías del derecho clásico, esto es, cuando los cambios intuitivos ocurridos en el período anterior adquieren *forma jurídica* permanente, bajo influencia del neoclasicismo bizantino, que se materializa finalmente en las codificaciones que sirvieron de base al derecho moderno.

Las analogías en la historia tienen sus límites. Pero es atributo de la cultura aprender de las experiencias del pasado. Una de las más importantes tareas que tiene la jurisprudencia (así como la doctrina civil, comercial, administrativa y la propiamente constitucional) es precisamente definir con más precisión las condiciones de aplicabilidad de la protección. Y a este respecto parece completamente esencial partir de la abundantísima y, en cierto sentido, coherente jurisprudencia que existe en las diversas materias. A ello se agrega la importancia de comprender con lucidez los diversos objetivos de la protección, de modo que sea posible descubrir los criterios inspiradores de las líneas jurisprudenciales.

23. Ello plantea un desafío aún inédito en Chile: el de provocar un reencuentro del derecho sustantivo con el procesal. La acción de protección en materia de contratos (como probablemente en otras materias, como vecindad y derechos de la personalidad) nos muestra que el divorcio entre el derecho civil y otros ordenamientos conduce a callejones sin salida. La mejor enseñanza que nos dejaron los romanos, otra vez, es que el derecho civil sólo es inteligible desde el punto de vista de las acciones. Este punto de encuentro del derecho civil clásico con el constitucional y procesal es la tarea que plantea a la doctrina el recurso de protección, como lo muestra la experiencia en materia de recursos referidos a la propiedad sobre derechos contractuales. En definitiva, no hay derecho civil si no se atiende a las acciones que cautelan derechos civiles; ni hay derecho administrativo sin proceso administrativo. Estas cuestiones que resultaron tan claras para los romanos fueron oscurecidas con ocasión de las codificaciones modernas y resurgen entre nosotros con motivo de la protección.

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS REALES Y SOLEMNES

HUGO ROSENDE
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

a) Es conocido el valor fundamental que se asigna a la voluntad en la doctrina del acto jurídico. Su importancia se advierte, sin duda, con mayor preeminencia en los negocios jurídicos propiamente tales pero también se expresa en los hechos jurídicos como los delitos y los cuasidelitos, aunque en estos últimos adquieren mayor significación en el ámbito penal que en el civil.

b) En el ámbito de la contratación es ampliamente reconocido el denominado principio de la *autonomía de la voluntad*, cuya expresión se puede apreciar:

- b.1) *En la formación progresiva del consentimiento en los actos jurídicos bilaterales*, que se inicia con las negociaciones preliminares, pasa por la oferta, continúa con la promesa y culmina en el contrato definitivo. Etapas que pueden concurrir en su totalidad o sólo algunas de ellas.
- b.2) *En lo tocante a la forma de su perfeccionamiento*, se dividen los contratos en *consensuales, reales y solemnes*, siendo de señalar que en cuanto a la forma de declarar la voluntad *no existe libertad absoluta* para el autor del acto. Dicha libertad sólo cubre el campo de los actos consensuales, pero no así el de los solemnes y reales, en los que el autor o la parte no tienen otro medio válido de manifestar la voluntad que por el cumplimiento de las solemnidades prescritas por la ley o la entrega de la cosa (art. 1443 del C.C.).

Lo dicho es sin perjuicio de la discusión sobre la *preeminencia entre la voluntad real y la voluntad declarada*, con particular incidencia en las contraescrituras (1707), la simulación, en los vicios del consentimiento y en la interpretación de los contratos (1560) así como de los testamentos (1069).

- b.3) De otra parte, *la existencia de una voluntad exenta de vicios es requisito indispensable para la eficacia del acto jurídico*. Y una voluntad que no es real o que no existe puede traer consecuencias que, según los casos, puede derivar en inexistencia, nulidad absoluta o inoponibilidad por falta de concurrencia de la voluntad omitida, ya se trate del dueño de la cosa, del acreedor, del deudor o de un tercero interesado en el acto o contrato. A lo expuesto se agrega que una voluntad fraudulenta puede dar mérito al ejercicio de la acción pauliana y restar eficacia al acto o contrato de que se trata, concurriendo los demás requisitos legales para su procedencia, sin perjuicio de que en el caso de la acción subrogatoria puedan los acreedores sustituir al deudor en el ejercicio de los derechos en los cuales éste es reticente para actuar (arts. 2466 y otros del Código Civil).

- b.4) No pueden olvidarse tampoco los efectos de los *pactos sobre responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones*, ya sea que versen sobre el caso fortuito o la