

Objeto ilícito sobreviniente por contravención al orden público económico: una excepción de ineficacia pendiente de reconocer

Supervening Unlawful Object by Contravention of the Economic Public Order: A Pending Ineffectiveness Exception to be Recognized

Pablo Alberto Gajardo Zúñiga
Abogado, Chile

RESUMEN: El presente trabajo asume una noción amplia de objeto para proponer el reconocimiento de una excepción de objeto ilícito sobreviniente como causal de ineficacia contractual por imposibilidad de cumplimiento, con ocasión de eventuales contravenciones del orden público económico. La teoría general del contrato debe reconocer que algunas prestaciones pueden devenir en imposibles de cumplir por adolecer de objeto ilícito sobreviniente. El orden público y en especial el orden público económico son limitaciones a la autonomía de la voluntad y a la fuerza obligatoria del contrato. Así, el orden público morigerar el pacta sunt servanda y es una excepción a la intangibilidad absoluta de los contratos, pues a lo ilícito nadie está obligado.

PALABRAS CLAVE: Objeto ilícito, orden público, ineficacia sobreviniente, prestación inexigible.

ABSTRACT: This article assumes a broad notion of object in order to propose the recognition of a supervening unlawful object exception as a specific ground of contractual ineffectiveness in the event of possible contraventions of the public economic order. The general theory of contract must consider that certain obligations may become impossible to perform due to the existence of a supervening unlawful object. Public order and especially economic order are limitations to the autonomy of the will and to the binding force of contract. Thus, public order may affect pacta sunt servanda and the intangibility of contracts, since no one is bound to what is unlawful.

KEYWORDS: Unlawful object, public order, supervening ineffectiveness, unenforceable performance.

Introducción

El presente artículo propone una revisión del concepto de “objeto ilícito” en el derecho chileno a la luz de eventuales cambios en la regulación económica. Se analiza si un contrato que fue válido al momento de su celebración puede devenir en inejecutable debido a la aparición de un “objeto ilícito sobreviniente”, producto de modificaciones legislativas o regulatorias que alteran su licitud. Asumiendo que el orden público económico (OPE) actúa como límite permanente a la autonomía de la voluntad, se sostiene que la ilicitud sobrevinida constituye una causa de ineficacia contractual distinta de la nulidad inicial, que debe ser reconocida y sistematizada dentro de la teoría general del contrato.

El artículo 1461 del Código Civil (CC) regula los requisitos que debe cumplir el objeto como elemento esencial del acto jurídico, disponiendo que “el objeto debe ser moralmente posible”, considerando “moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”. Complementariamente, el artículo 1462 del CC establece que existe “objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno”. En suma, el objeto de un acto jurídico debe ser lícito, y resulta ilícito el objeto que contraviene el orden público.

Este planteamiento lleva a preguntarse sobre el reconocimiento de un cambio de circunstancias que afecte la licitud del objeto contractual. Como es sabido, las leyes y regulaciones de orden público económico pueden variar, lo que plantea la cuestión ¿existe en el derecho chileno la noción de objeto ilícito sobreviniente? Aunque no esté expresamente reconocida ni conceptualizada, su realidad como fenómeno jurídico no puede ser ignorada.

El supuesto que subyace a esta investigación es que aquello que fue lícito al momento de contratar puede no serlo al tiempo del cumpli-

miento de la obligación.¹ En su tratado sobre el objeto de los actos jurídicos, León (1983: 27) aborda tangencialmente esta problemática, señalando que la imposibilidad inicial de cumplimiento es un problema de nulidad, mientras que la imposibilidad sobreviniente refiere a “la extinción o modificación de la obligación, pero no en el de su validez”. En este trabajo, denominaremos esta situación “objeto ilícito sobreviniente”, una noción que puede oscilar entre la extinción, la modificación o la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, según las circunstancias concretas del caso.

El problema consiste en determinar hasta qué punto un contrato debe mantenerse y cumplirse en sus términos originales cuando la prestación de una de las partes ha devenido en ilícita e imposible de ejecutar debido a la dictación de una nueva regulación de OPE. La excepción de objeto ilícito sobreviniente ofrece una alternativa: una declaración de ineficacia contractual por imposibilidad de cumplimiento y resolución, o al menos de inexigibilidad de la prestación afectada. El alcance de esta ineficacia (la resolución, terminación del contrato o la imposición de un deber de renegociar el contrato) debe considerar las críticas que invoca el principio de la fuerza obligatoria del contrato. Estas críticas, como se explicará, no representan un obstáculo para reconocer la excepción de objeto ilícito sobreviniente; al contrario, es uno de sus fundamentos esenciales.

En este sentido, el principio de la fuerza obligatoria de los contratos es consustancial a la idea misma de contrato. Más allá de la discusión sobre su origen y fundamento filosófico (Pizarro, 2004; López y Elorriaga, 2017), su posición como principio general del derecho contractual es evidente. Por ello, suele ser objeto de controversia proponer excepciones a dicho principio. No obstante, la excepción de objeto ilícito

1 El supuesto legal de compraventa de cosa futura (art. 1813 del CC) se asimila al caso propuesto: si la cosa no existe al tiempo del contrato, pero se espera que exista, el acto jurídico será válido, pudiendo asumir dos formas: (i) contrato aleatorio; (ii) contrato condicional. Consideramos que la compraventa de cosa futura condicional se asimila al supuesto del objeto ilícito sobreviniente, en el sentido de que la ley presume una condición para la producción de los efectos del contrato. En el caso de la compraventa, la condición es la existencia de la cosa objeto del contrato, y, en el caso del objeto ilícito sobreviniente, la condición es la licitud del objeto del contrato al tiempo del cumplimiento de la obligación. En ambos casos, la condición se debe analizar al momento del cumplimiento de la obligación.

sobreviniente no constituye una verdadera excepción a la fuerza obligatoria del contrato, puesto que solo aquello que es lícito puede estar protegido por este principio. En efecto, únicamente lo que respete el OPE puede ser considerado como objeto lícito, sea que su licitud se determine al momento de la celebración del contrato o al momento de su cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina suele elevar el principio de la autonomía de la voluntad a un dogma cuasi religioso y en general omite mencionar que la autonomía privada no es una facultad absoluta, pues se encuentra limitada siempre y en todo momento por la ley, el orden público y las buenas costumbres (Abeliuk, 2014; Figueroa, 2011). Dichos límites existen para controlar la validez –inicial– del negocio como para otorgar protección jurídica en la etapa de cumplimiento (Barros, 1991).

En esta misma línea, el orden público y el OPE, delimitan el ámbito de aquello que merece protección jurídica. Lo que vulnera el orden público adolece de objeto ilícito (art. 1462 del CC) y, en consecuencia, es moralmente imposible (art. 1461 del CC). Por ende, a lo imposible nadie está obligado y, el ordenamiento jurídico no puede forzar a una persona a ejecutar una prestación ilícita.

Para justificar lo anterior, es necesario reconocer que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por la ley, el orden público y las buenas costumbres. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al declarar que el contrato rige salvo “ciertas excepciones y limitaciones contempladas en el ordenamiento legal por razones de seguridad, moral y orden público”.² De este modo, el orden público se configura como límite estructural a la autonomía de la voluntad.

Existe consenso –al menos en términos formales– en que la ley, el orden público y las buenas costumbres son límites tanto de lo permitido (lo contratable) como de aquello merece protección jurídica (lo ejecutable). Sin perjuicio de dicho reconocimiento, sigue pendiente

2 Huillipán con Vásquez: Corte Suprema, 17 de agosto de 2023, rol N°132.144-2020. En el mismo sentido: “dado que nuestro ordenamiento civil se funda en el principio de la autonomía de la voluntad que implica que las partes son soberanas para crear toda clase de relaciones jurídicas, con el límite de no contrariar las buenas costumbres y el orden público chileno, lo lógico es que baste esa voluntad para formar el consentimiento, sin necesidad de otros requisitos o formalidades”. Vergara con Corporación Servicio Paz y Justicia: Corte Suprema, 31 de marzo de 2015, rol N°10.469-2014.

un análisis más preciso sobre el alcance de estos límites respecto de los contratos en curso.

Nuestra posición es que el respeto del orden público no constituye una cuestión relevante únicamente al momento de la celebración válida del contrato, sino que, por su propia naturaleza, dicho respeto –en cuanto consideración de interés público dentro del OPE– se extiende a lo largo de toda la vida del contrato. En este sentido, es perfectamente posible encontrar casos en que una prestación inicialmente válida devenga posteriormente en ilícita e imposible de cumplir, fenómeno que denominamos excepción de objeto ilícito sobreviniente.

En este contexto de ineficacia sobreviniente –pero también de incumplimiento contractual, entendido como la imposibilidad de cumplir válidamente lo pactado por causa sobrevenida y justificante–, una cuestión metodológica fundamental exige distinguir entre invalidez e ineficacia del contrato. Ambas nociones no son necesariamente coexistentes, pues, en general, refieren a momentos distintos de la vida del contrato: mientras la invalidez se vincula a defectos estructurales originados en el momento de la celebración del acto jurídico,³ la ineficacia del acto o contrato refiere a la falta de los efectos jurídicos queridos por el autor o por las partes.

En Chile, al menos desde la década de los 2000, la doctrina ha sugerido avanzar hacia un entendimiento del contrato como realidad negocial que produce efectos a lo largo del tiempo. Esta concepción implica reconocer que los requisitos de validez y los efectos jurídicos no se reducen a la concurrencia de los requisitos de existencia y validez del acto jurídico al momento de la celebración del acto jurídico (Peñailillo, 2000). Así, los efectos de un contrato dependen de múltiples circunstan-

3 La invalidez del negocio deriva de su contravención, directa o indirecta (fraude a la ley) de la norma imperativa. En general, un acto inválido suele ser es un acto ineficaz o anulable. Pero solo en general, porque existen varios negocios que originalmente son inválidos porque adolecen de un vicio de validez, pues son contrarios a alguna norma imperativa, sin perjuicio de que, igualmente, gozan de cierta eficacia, sea total o parcial. Ejemplos de ellos son la simulación, el error en las cualidades accidentales, la lesión, entre otros. Igualmente, un acto válidamente celebrado es, en general, eficaz. Pero nuevamente podemos encontrar varios ejemplos de actos validos que son o pueden ser total o parcialmente ineficaces. Dentro de este grupo se encuentran todos los actos anulables (vicios del consentimiento), los actos inoponibles y aquellos cuyos efectos están sujetos a un plazo o a una condición.

cias, algunas intrínsecas, como los vicios del consentimiento, y otras extrínsecas, como el incumplimiento, la resolución o la terminación (Cárdenas y Reveco, 2018). Adicionalmente, entre estas circunstancias relevantes se encuentran aquellas sobrevinientes, como los cambios en la legislación o en la regulación sectorial.

Si bien estos casos son excepcionales, no son menos relevantes. Así, puede ocurrir que, habiéndose celebrado válidamente un contrato (momento de celebración o T^1), surjan obligaciones de tracto sucesivo o de ejecución diferida que, al llegar el momento de su cumplimiento (época de cumplimiento o T^2), resulten inexigibles debido a un cambio sobrevenido e inesperado en las circunstancias legales o regulatorias que rigen la relación.⁴ Un ejemplo de ineficacia extrínseca es la frustración del fin del contrato (Gajardo, 2023), dado que no merece protección jurídica aquella prestación que ha quedado desprovista de una causa que le sirva de propósito.

Uno de los objetivos de esta investigación es identificar los efectos jurídicos derivados de eventos sobrevinientes que ocurren entre T^1 y T^2 . Estos eventos pueden originarse en diversas fuentes: la ley, la regulación de ciertos órganos de la administración del Estado (OAE)⁵ o, incluso, en determinados pronunciamientos judiciales. En cualquiera de estos supuestos, y especialmente en contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, bajo causales vinculadas a la protección del interés general en materias de OPE, es posible reconocer que los eventos sobrevinientes inciden en el objeto del negocio y, por ende, en su capacidad de producir efectos jurídicos futuros. Ejemplos de estos eventos incluyen la fijación de precios, la prohibición de comercializar ciertos productos como forma especial de in comerciabilidad (Aliste, 2017), el retiro o *recall* del mercado de productos defectuosos (Contreras, 2015), la declaración de cláusulas abusivas (Campos y Hernández, 2023: 191-195), la frustración del propósito contractual (Gajardo, 2023) o las medidas de protección de la libre competencia, entre otros.

4 Véase: Informe en derecho titulado “A lo imposible nadie está obligado”, elaborado por el profesor de derecho de la libre competencia y ex presidente del TDLC don Tomás Menchaca Olivares. Disponible en: https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/10/Informe_Tomas_Menchaca-NC-463-2020.pdf.

5 Respecto de aquellos que tienen facultades legales para ello.

La noción de objeto como elemento esencial del acto jurídico y la de objeto ilícito como supuesto de invalidez e ineficacia contractual no han sido desarrollados con la suficiente profundidad que el asunto requiere (Aliste, 2017; Campos, 2019). A nuestro juicio, la incidencia de las regulaciones de OPE sobre el objeto de los negocios jurídicos ha sido escasamente abordada en la teoría general del contrato. Este silencio doctrinal se explica, en parte, por una tradición que ha centrado su análisis en la etapa de formación del consentimiento, olvidando que el contrato (especialmente los de tracto sucesivo o ejecución diferida) es una realidad jurídica cuyos efectos se proyectan a lo largo del tiempo.

Así planteada, la cuestión se resume en los siguientes términos: ¿es posible perseverar en la ejecución de un contrato que adolece de objeto ilícito sobreviniente por contravenir el OPE vigente al momento de su cumplimiento (T²)? Las reglas generales de la teoría del contrato, y en particular aquellas que abordan la ineficacia de los actos jurídicos exigen concluir que dicho contrato no puede cumplirse en los términos originalmente previstos. Si las partes desean mantener su vigencia sin violar el principio de fuerza obligatoria, deberán –apelando a la buena fe– renegociar los términos del contrato o solicitar la intervención judicial para ajustar el negocio a la nueva realidad jurídica.

Objeto del contrato

El art. 1445 del CC establece como requisito de validez del contrato que este “3° recaiga sobre un objeto lícito”. No obstante, la doctrina nacional presenta un amplio debate respecto de la noción de objeto: si este se refiere al objeto del contrato, entendido como los derechos y obligaciones que el contrato crea, modifica o extingue; al objeto de la obligación, como aquello que se debe dar, hacer o no hacer; o bien al objeto de la prestación, como el bien que se debe dar o entregar o el hecho específico sobre el que recae la ejecución (Ruz, 2011: 391-393; Vial, 2005: 115).

La distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación no se desprende expresamente del CC, lo ha que generado diversas confusiones dogmáticas. Sin embargo, para los fines de esta investigación,

tales distinciones resultan irrelevantes. León (1983: 1) advertía que “en último análisis el objeto del acto o contrato y el objeto de la obligación se confunden de hecho si consideramos que ambos persiguen como finalidad esencial el logro de la cosa, del hecho o de la abstención que las partes han tenido a la vista al contratar. Y de este modo el objeto de las obligaciones va involucrado en el objeto del acto o contrato”. En el mismo sentido Ruz (2011: 393), “[...] la confusión carece de real significación pues, en definitiva, todo acto jurídico se refiere a las cosas o hechos que han de darse o ejecutarse y que constituyen el contenido económico y práctico de éste. En claro, el objeto mediato de todo acto jurídico es una o más cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer. El objetivo inmediato de todo acto jurídico es crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones”. Como ha señalado el mismo Ruz Lártiga:

Nuestro Código sigue la teoría según la cual el objeto del acto se reduce, en última instancia, al objeto sobre el cual recae la prestación de una obligación, esto es, una cosa material o inmaterial o una conducta, es decir, un servicio, un hecho o una abstención. Así, el art. 1461 del Código Civil establece que: “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer [...]”. Desde un punto de vista doctrinario, se puede decir que el objeto es el ‘conjunto de derechos que se crean, modifican o extinguen en el acto jurídico’. No hay que confundir, entonces, el objeto del acto jurídico con la cosa sobre la cual recae la prestación, que es el objeto de la obligación de las partes (2011: 300).

Dentro de las principales posiciones dogmáticas sobre la noción de objeto, cabe mencionar las siguientes: (i) el objeto como los bienes materiales o comportamientos invocados y regulados en el contrato (Ferri, 2011: 161); (ii) el objeto como la prestación que ordena la economía del contrato (Ripert y Boulanger, 1964: 163-164); (iii) el objeto como la obligación que el contrato crea (Campos, 2019: 66); (iv) el objeto como la materia o conjunto de intereses regulados en el contrato (Betti, 2018: 195; Domínguez, 2016: 128; Lyon, 2006: 765); (v) el objeto como el contenido del acuerdo (Aliste, 2017; Campos, 2019).

Esta última noción, el objeto entendido como contenido contractual, sostiene que este es “el conjunto de las disposiciones mediante las cuales las partes determinan la relación contractual. El contenido del contrato indica, precisamente, aquello que las partes establecen” (Bianca, 2007: 316).

Consideramos que esta noción es la más adecuada para abordar la cuestión de la ilicitud sobreviniente (Campos, 2019; Bianca, 2007). Como se ha destacado en la doctrina, las cosas y los hechos no son en sí mismos lícitos ni ilícitos; el juicio de licitud recae sobre las prestaciones y sobre las disposiciones contractuales. Así, bajo una concepción amplia del objeto, debe también reconocerse una interpretación extensiva de objeto ilícito: es ilícita toda prestación o disposición contractual que resulta contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Objeto ilícito

Como se adelantó en la introducción, la cuestión de la licitud o ilicitud del objeto se refiere a su conformidad o disconformidad con la ley, el orden público y las buenas costumbres (Ducci, 2005: 294; Tapia, 2005: 262-263; Flume, 1998: 445). A su vez, la noción de objeto respecto de la cual puede predicarse licitud o ilicitud es aquella que lo concibe como el contenido de la declaración de voluntad (Bianca 2007: 319; Campos, 2019: 70). En palabras de Campos:

[E]l orden público y las buenas costumbres efectivamente constituyen límites a la autonomía privada y, más propiamente, al contenido de las declaraciones de voluntad y toda cláusula que transgreda estos límites, y aunque no tenga por fin crear una obligación, adolece de objeto ilícito y es, por tanto, nula absolutamente. Los mentados límites, por lo demás, van más allá de la ley, requiriendo, para la determinación de su alcance, de un ejercicio de discrecionalidad del juez quien al efecto debe considerar que entre las fuentes que integran el contenido del orden público y las buenas costumbres se encuentran ciertos principios que informan actualmente al derecho privado

destacándose, entre otros, el de buena fe, el de equilibrio contractual y el de protección a la parte más débil (2019: 75).

Siguiendo esta posición (Campos, 2019: 80-81), sostenemos que en Chile existe una noción amplia de objeto ilícito. El objeto ilícito, en efecto, excede los casos especialmente previstos por el Código Civil (artículos 1462 a 1466 del CC), y comprende todo contenido dispositivo que sea contrario a la ley, al orden público o las buenas costumbres. En sentido contrario, Corral (2018: 574) defiende una concepción restrictiva, señalando que “ante la dificultad para precisar con contornos definidos lo que significa la licitud del objeto, se prefiere asumir que, por regla general, todo objeto es lícito, salvo aquellos que la ley ha declarado expresamente como ilícitos”. De allí que intentar elaborar una lista exhaustiva de casos de objeto ilícito no previstos en el CC resulte una tarea prácticamente inabordable.

La idea de una noción amplia de objeto ilícito, sin embargo, no es nueva para la doctrina nacional. Los autores clásicos ya la sostenían. Somarriva afirmaba que el objeto lícito es aquel que “está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público” (2008: 138). Por su parte, Claro Solar definía el objeto lícito como aquel que “se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara” (2013b: 254-257), precisando que lo ilícito comprende no solo lo que contraviene la ley, sino también aquello que vulnera el orden público. Este autor considera que la referencia a la “ley” incluye todo el ordenamiento jurídico, abarcando tanto el orden público como las buenas costumbres, en conformidad con los artículos 1461 y 1467 del CC, y rechaza que el catálogo de los artículos 1462 a 1466 del CC sea de carácter taxativo.

En una posición distinta, pero afín en sus consecuencias, Rodríguez (2003: 95) sostiene que las causales de objeto ilícito previstas en la ley deben interpretarse extensivamente e, incluso, por analogía. Así, aunque la noción de orden público no pertenezca exclusivamente al derecho público, su contravención igualmente configura objeto ilícito, debiendo aplicarse por analogía el artículo 1462 del CC.

Objeto ilícito por contravención al orden público

Sin perjuicio de la discusión relativa a la noción de objeto dentro de la teoría general del contrato, existe consenso en la doctrina nacional en cuanto a que el orden público constituye un límite de la autonomía privada (Acedo Penco, 1996: 357).

En este sentido, se ha sostenido que existe objeto ilícito cuando el contrato versa “sobre hechos o contratos prohibidos por las leyes o sobre hechos contrarios a las buenas costumbres o al orden público” (León, 1983: 44). Para Ducci, el objeto ilícito se configura cuando se verifica una imposibilidad moral derivada de la “contravención del orden público” (1994: 273). En la misma línea, Alessandri Besa define el objeto ilícito como aquel que “es moralmente imposible”, es decir, “contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público” (2008: 140). Larraín también sostiene que “la imposibilidad moral del hecho o de la abstención equivale a hacer ilícito el objeto” (1994: 317). Vial señala que el objeto ilícito consiste “en la ejecución de un hecho que atenta contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, ya que el reproche constituye el objeto del acto” (2005: 165). Finalmente, Corral afirma que cuando un acto es contrario al orden público “tiene objeto moralmente imposible” (2018: 111-112).

A partir de lo anterior, puede establecerse una primera conclusión: los actos, contratos o disposiciones que vulneran el orden público adolecen de objeto ilícito y se sancionan con nulidad absoluta cuando la contravención es coetánea a la celebración del acto, si, en cambio, la contravención se produce posteriormente, la prestación deviene jurídicamente en imposible de cumplir.⁶

A pesar de la importancia del orden público como límite extrínseco a la autonomía privada y a la fuerza obligatoria del contrato, nuestro ordenamiento jurídico no proporciona una definición normativa de este concepto, el cual debe ser precisado en función de las circunstancias concretas de cada caso (Alcalde 2001: 93). No obstante, tanto la doctrina

6 De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1461 del CC, los negocios que establecen obligaciones de hacer adolecen de objeto ilícito cuando recaen sobre un objeto moralmente imposible como aquel prohibido por las leyes, el contrario a las buenas costumbres o al orden público. Por su parte, el artículo 1682 del CC sanciona con nulidad absoluta dicho acto o disposición.

tradicional como la moderna reconocen que el orden público es una excepción al principio de la autonomía privada.

Para Claro Solar, el orden público corresponde a la “actuación conforme a las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado, y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las que reglan el estado y la capacidad de las personas” (2013b: 285). León señala que el orden público abarca aquellas normas que “miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad. Por eso, interés general e interés público son nociones muy semejantes” (1983: 37). De acuerdo con Corral, el orden público es “una buena organización de los medios para el logro de los intereses colectivos y el bienestar general” (2018: 112). En términos generales, la doctrina entiende que en el orden público y en las normas que lo integran, existe una preferencia legal, social y política del interés colectivo sobre el individual (Hinestrosa, 2014: 18).

Definir el contenido del orden público es una tarea compleja. De manera general, se lo concibe como “la organización considerada necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad” (Ducci, 2005: 229; León 1983, 37). Más allá de su definición, su contenido se ha orientado históricamente en favor del interés público como expresión del interés general de la sociedad, siendo un concepto más extensivo que el del *acto contra legem* (Campos, 2019: 72). En esta línea, León advierte que “es imposible señalar todas las reglas de orden público o los casos en que acto deba anularse por contravención al orden público” (1983: 37), debiendo precisarse en cada caso concreto si el acto o alguna de sus prestaciones contraviene dicho orden, dado su carácter dinámico y evolutivo.

Un ejemplo ilustrativo de la operatividad del orden público se encuentra en la protección de la propiedad indígena. Según Cárdenas (2021: 163), las disposiciones de la Ley N°19.253 que establecen “normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena” (LPI), son normas de orden

público que pueden afectar la eficacia de ciertos contratos, situación que ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema (CS).⁷

En una sentencia reciente, la CS ha reafirmado que los contratos que contravienen normas de orden público adolecen de objeto ilícito, incluso si la contravención deriva de una normativa dictada con posterioridad a su celebración. Según la doctrina sentada en dicho fallo, si un contrato es contrario al orden público vigente al momento de su celebración, será nulo absolutamente por objeto ilícito; si, en cambio, deviene contrario a normas de orden público sobrevinientes, su ejecución será jurídicamente imposible, procediendo su resolución o terminación.

[...] tanto en derecho público, como en derecho privado, el orden público limita la libertad contractual y justifica en algunos casos atentados a la estabilidad de las relaciones contractuales, particularmente cuando estas reglas de orden público han sido establecidas como necesarias en la comunidad al estar ligadas a valores asociados a la institucionalización de la paz social. Así, la nueva ley, en razón del interés general de la Nación (imperativo de orden público) sustrae del comercio jurídico una cosa cuya prestación es el objeto de la obligación principal de ese contrato, no sólo afecta de ilicitud de objeto, lo que implicaría sancionarlo con la nulidad absoluta, sino que jurídicamente al desaparecer ésta del comercio jurídico se verifica la desaparición del objeto por un hecho sobreviniente,

7 En el caso Huilipán con Vásquez se declara que las normas de la LPI forman parte del OPE. Corte Suprema, 29 de noviembre de 2017, rol N°89.636-2016. En otro caso en que se litigó sobre objeto ilícito sobreviniente por vulneración del orden público en la protección de la propiedad indígena, la CS declaró que un contrato de arrendamiento adolecía de objeto ilícito, a pesar de que el contrato fue celebrado bajo el imperio de la antigua ley: “el arrendatario celebró un contrato prohibido por el artículo 13 de la Ley N°19.253; situación que configura la causal de término de contrato de arrendamiento contemplada en el artículo 1950 número 4 del Código Civil. No obsta a dicha conclusión la autorización de que da cuenta la cláusula séptima ya transcrita, pues dada en una época en que la legislación sobre la materia no consagraba la prohibición legal alguna, por lo tanto, se ciñó a aquella, contexto que cambió con la vigente, y, cómo se reflexionó, el principio de libertad contractual tiene, entre otras limitaciones, precisamente las restricciones que establece el legislador, que el arrendatario no respetó, dejando a la arrendadora vinculada con un tercero por intermedio de un contrato declarado nulo de nulidad absoluta, por ilicitud de objeto”. Cayuñanco con Tiznado: Corte Suprema, 17 de junio de 2011, rol N°6.763-2009.

un efecto similar a cuando la cosa se destruye totalmente o se hace imposible ejecutar la prestación, lo que fuerza la resolución de ese contrato que, atendida su naturaleza, no es sino su terminación.⁸

Esta sentencia muestra que la noción de orden público no se limita a fundamentar la dictación de leyes prohibitivas. En efecto, en el caso de normas prohibitivas, la ilicitud del objeto se configura directamente por la infracción a la ley, sin necesidad de considerar el orden público como límite autónomo a la autonomía privada o a la fuerza obligatoria del contrato (art. 10 y 1466 del CC). La cuestión verdaderamente relevante, en cambio, consiste en analizar la contravención del orden público –y en particular, del orden público económico– en aquellos supuestos en que no existen leyes prohibitivas expresas o en materias no reglamentadas, pero en los cuales igualmente se vulnera el interés general de la sociedad.

Orden Público Económico y objeto ilícito

Para Cea Egaña, el OPE puede definirse como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultad a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución” (1991: 19). En una línea complementaria, Fernandois amplía la noción de OPE, entendiéndolo como

el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en el marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana (2000: 76).

Al igual que ocurre con el orden público en general, el OPE carece de una definición legal, existiendo múltiples definiciones doctrinales.

8 Quiñilen y otros con Andaluz y otros: Corte Suprema, 14 de abril de 2022, rol N°56.357-2021.

No obstante, todas coinciden en que el OPE representa la expresión del orden público en el ámbito de la regulación económica establecida por los OAE con competencia legal para ello. En su noción se incluye la facultad estatal de regular a través de “manifestaciones técnicas de regulación o reglamentación como la prohibición, la sanción, la limitación a la libre contratación y a la autonomía de la voluntad” (Huidobro, 2014: 245).

Entre las expresiones más representativas del OPE se encuentran: (i) la protección del medio ambiente (Galdámez, 2017: 130-131); (ii) la protección de los derechos de los consumidores (López, 2018: 105-106); (iii) la protección de la libre competencia. En todas estas materias, las regulaciones limitan la autonomía privada y la libertad de contratar, de modo que los actos jurídicos que las desconozcan o vulneren resultarán contrarios al OPE y, por tanto, ilícitos.

La jurisprudencia nacional ha reconocido expresamente esta función del OPE en materias de libre competencia. En efecto, se ha señalado:

Tal como se ha señalado en otros fallos, la materia puesta en conocimiento de esta Corte está regulada en el Decreto Ley N°211, que tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como, asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país.⁹

[L]a legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, [...] desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho [libertad de contratar], puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del mismo ámbito económico en que se desenvuelven, sino también afectando los intereses de los consumidores, circuns-

9 Conadecus con Cencosud S.A.: Corte Suprema, 24 de febrero de 2020, causa rol N°44.266-2017.

tancia que en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad. La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. [...] De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden público en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado.¹⁰

A partir de lo anterior, puede establecerse dos conclusiones preliminares: (i) el OPE se integra por todas las normas legales o administrativas dictadas por el legislador o por los distintos OAE con facultades legales para ello, principalmente en las áreas del derecho ambiental, del consumidor y de la libre competencia. (ii) Todo acuerdo privado que pretenda desconocer el OPE adolece de objeto ilícito, ya que dichas normas constituyen un límite extrínseco a la autonomía de la voluntad y a la fuerza obligatoria del contrato.

En suma, si un contrato, al ser manifestación de la autonomía de la voluntad, impone a una de las partes la ejecución de un hecho contrario al OPE, resulta fundado sostener que se configura una excepción de falta de objeto –por ser inmoral o jurídicamente imposible– o, alternativamente, la existencia de objeto ilícito sobreviniente –por vulnerar el nuevo orden público imperante–. En ambos casos, corresponde sancionar la obligación con nulidad absoluta, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1461, 1462 y 1682 del CC, o al menos declarar la inexigibilidad de la prestación por la ocurrencia de un caso fortuito (Campos, 2019; Tapia, 2020).

10 Fiscalía Nacional Económica con Cencosud S.A.: Corte Suprema, 8 de abril de 2020, causa rol N°9.361-2019.

Alcance del principio de la intangibilidad del contrato frente al Orden Público Económico

Algunos autores sostienen que la autonomía de la voluntad se traduce no solo en la obligatoriedad del contrato, sino también en su intangibilidad, entendida como la imposibilidad de modificar el contenido del pacto (López y Elorriaga, 2017: 305-315). En respaldo de esta tesis, el art. 1545 del CC establece que “un contrato válidamente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o causas legales”. Conforme a esta disposición, un contrato válidamente celebrado no puede ser alterado ni por el legislador ni por el juez, quienes, al igual que las partes, deben respetar fielmente lo pactado.

Sin embargo, la doctrina también reconoce que la intangibilidad del contrato no es absoluta. Así, López y Elorriaga advierten que “el propio legislador algunas veces vulnera la fuerza obligatoria del contrato. Otras, es el juez quien pasa por sobre la fuerza obligatoria del contrato en virtud de la modificación judicial de las convenciones vigentes” (2017: 333). A ello cabe añadir que ciertos OAE, investidos de competencias legales, también pueden incidir legítimamente sobre el contenido contractual.

La intangibilidad contractual, por tanto, admite excepciones. Es perfectamente posible sostener que los derechos y obligaciones derivadas de un contrato válidamente celebrado puedan sufrir alteraciones o excepciones que justifiquen su incumplimiento. La opinión que defiende una intangibilidad absoluta resulta extrema e insostenible, en particular cuando el contrato contraviene el OPE o principios como la buena fe (Elorriaga, 2009: 142).

El propio artículo 1545 del CC se remite a las “causas legales” como fundamento para invalidar un contrato. A nuestro juicio, esta expresión comprende también los cambios legislativos y regulatorios que afecten la eficacia del contrato. Uno de estos supuestos es la aparición de un objeto ilícito sobreviniente, como reconoce el art. 1670 del CC, al establecer que “cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue; salvo empero las excepciones de los artículos siguientes”. El reconocimiento legal de la pérdida de comerciabilidad

de un objeto presupone la posibilidad que nuevas leyes o regulaciones alteren la base de los contratos.

Resulta improcedente invocar la doctrina de la propiedad sobre los derechos contractuales para justificar una intangibilidad absoluta. Como señalan López y Elorriaga:

El derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con las demás obligaciones correlativas, sean ellas inherentes o impuestas por función social, pero también respetando los derechos constitucionales de que son titulares los demás. Por ello, es posible que sostener que la ejecución de un contrato, en los términos en que originalmente fue pactado, sobre la base del derecho de propiedad de que goza el contratante respecto de los derechos que de este contrato emanan para él, puede significar, por ejemplo, en virtud del cambio de circunstancias imprevisibles, la vulneración de derechos fundamentales de que sea titular la contraparte [...] la ejecución a rasa tabla del contrato puede quebrantar derechos constitucionales, siendo menester resolver la controversia suscitada entre la aplicación irrestricta del derecho de propiedad que sostiene uno de los contratantes y el hecho que dicha aplicación vulnere derechos fundamentales de la otra (2017, 313).

En este sentido, sostenemos que la función social de la propiedad comparte el mismo fundamento que el orden público: la protección del interés general de la sociedad. De ahí que el derecho de propiedad sobre los créditos contractuales no puede oponerse válidamente a la regulación fundada en el OPE. Como manifestación de interés público, el OPE es por definición irrenunciable, y limita tanto a la autonomía de la voluntad como la fuerza obligatoria del contrato.

Incluso si ambas partes desearan perseverar en el cumplimiento de un contrato contrario al OPE, tal voluntad carecería de eficacia jurídica. El orden público económico constituye un límite infranqueable a la autonomía privada.

Por tanto, es legítimo sostener que existe una excepción para oponerse al cumplimiento de prestaciones que adolecen de objeto ilícito al momento de su ejecución. Esta posición ha sido reconocida

por cierta doctrina (Vial, 2005: 164-165; Campos, 2019; Tapia, 2020) y por la jurisprudencia nacional. Así, la Corte de Apelaciones de Temuco ha resuelto que:

Que, nuestro Código Civil, no define qué es objeto ilícito, sino que, señala que el negocio jurídico debe tener un objeto lícito (artículos 1445 del Código Civil; y, además indica en los artículos 1462 a 1466 los casos en que hay objeto ilícito). Como consecuencia de aquello, y para el caso que nos convoca, es posible establecer que existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público chileno, cual es el fundamento esgrimido por el actor para sustentar su demanda subsidiaria. En consecuencia, en esta hipótesis el objeto ilícito está constituido necesariamente por lo que se debe hacer, pues una cosa material no puede ser contraria al derecho público. Entonces, es nula absolutamente toda estipulación convencional que contenga una obligación cuya prestación consista en hacer algo que contraría el derecho público, que es lo que ha sucedido en la especie.¹¹

La jurisprudencia también revela que el debate sobre la intangibilidad contractual frente a nuevas regulaciones de OPE no es reciente. En el requerimiento de inconstitucionalidad N°505-2006, el Tribunal Constitucional (TC) se pronunció sobre la constitucionalidad de una nueva norma (artículo 3° transitorio de la Ley N°19.940, conocida como “Ley Eléctrica Corta”) que afecta a contratos preexistentes rechazando la tesis de que el contrato gozara de inmunidad frente al cambio legislativo. Según el TC:

[...] La pregunta es, entonces, si el contratante tiene un derecho de propiedad sobre los créditos que emanan de un contrato y *si tales créditos pueden, de un modo constitucionalmente tolerable, ser afectados por una ley posterior*, como lo es el artículo 3° transitorio, impugnado en la especie.¹²

11 Fisco de Chile con Municipalidad de Villarrica y otros: Corte de Apelaciones de Temuco, 26 de noviembre de 2015, rol N°843-2015.

12 Caso Eléctricas: Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2007, rol N°505-06.

Este razonamiento confirma que la cuestión de la intangibilidad absoluta debe ser abordada en sede constitucional y no en términos estrictos de derecho privado. Según el TC se debe distinguir el alcance de la norma de los límites constitucionales a los que esta debe sujetarse. Entre dichos límites no se encuentra la intangibilidad del contrato:

El precio es, a no dudarlo, un elemento esencial en un contrato que regula el uso que una parte puede hacer de las instalaciones y fija el precio o peaje que habrá de pagar por ese uso, como el que vinculó a las partes, pero eso no debe confundirse con que una alteración de ese precio, por la vía legislativa, independiente de su magnitud, prive a la requirente de la esencia de su derecho de propiedad. Es distinto que algo sea un elemento esencial de un contrato a que su alteración haga irreconocible ese contrato y distinto también a privar del derecho de propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales. El tipo de contrato que vinculó a las partes tenía un precio: el precio es un elemento de su esencia, pero una alteración cualquiera de la cuantía de ese elemento no implica privar de la propiedad a la usuaria del servicio. La modificación del precio altera, regula, limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad a usar las instalaciones eléctricas.

Este considerando reafirma la cuestión de que la intangibilidad del contrato es materia de debate constitucional (García, 2011: 101-138) y no propiamente de derecho privado, pues, conforme a los artículos 1461, 1467, 1681 del CC, el orden público es un límite extrínseco a la protección jurídica de los efectos contractuales.

En la misma línea, comentando el fallo del TC, Peñailillo sostiene que:

resulta necesario distinguir entre la privación de un derecho y la sola modificación de algunos aspectos de su ejercicio y que, por tanto, puede el legislador introducir adecuaciones a las necesidades sociales. No hace falta recordar que, en términos más directos, la Constitución expresamente permite que, por ley, se pueda imponer limitaciones al dominio (2000: 212).

En definitiva, cabe preguntarse: ¿el principio *pacta sunt servanda* inmuniza los contratos frente a actos regulatorios que inciden en su contenido? A nuestro juicio, reconocer el OPE como límite a la autonomía de la voluntad exige aceptar la existencia de una excepción de objeto ilícito sobreviniente como hipótesis de imposibilidad de cumplimiento.

Habiendo explicado el problema en concreto y las posiciones a favor y en contra de la hipótesis que sostenemos, corresponde exponer las razones que ponen de manifiesto que la excepción de objeto ilícito sobreviniente tiene cabida en el derecho chileno.

Como ya advertimos, un error recurrente en la doctrina ha sido analizar la fuerza obligatoria del contrato únicamente a partir del principio de la autonomía de la voluntad, ignorando las exigencias del interés general. Así, Pizarro (2004) advierte que la obligatoriedad del contrato, su intangibilidad y sus efectos, deben conciliarse con principios de justicia distributiva y de orden público, tanto desde el derecho constitucional –en cuanto reconoce la función social de la propiedad– como desde el derecho privado –al declarar nulos los actos contrarios al derecho público chileno–.

Desde una perspectiva comparada, Atiyah (1995) critica severamente la reducción del contrato a una expresión de pura voluntad, destacando que su eficacia siempre depende de factores externos, como el mercado y la regulación estatal.

Esto explica por qué la regulación incide y puede modificar contratos en curso por consideraciones de OPE. Ello también explica que el derecho regulatorio –tanto cuando lo aplican los órganos especializados como los órganos jurisdiccionales en sentido estricto– tenga vigencia *in actum*. Como explicaba Roubier (2008: 284), si las decisiones regulatorias no se aplicarán *in actum*, las mejoras fundadas en el interés general tardarían décadas en lograr sus objetivos para satisfacer las necesidades públicas. Esto es lo que llevó al mencionado autor francés, en su conocido texto, a distinguir entre el efecto inmediato y el retroactivo como una cuestión puramente temporal, distinguiéndola de la afectación a la propiedad como materia de discusión constitucional y no propiamente civil.

Esta interacción entre voluntad privada y regulación pública se manifiesta con especial intensidad en sectores como el derecho ambiental,

el derecho de la libre competencia y el derecho del consumidor.¹³ Así, conforme al DL 211, el TDLC tiene facultades legales para intervenir en relaciones contractuales entre particulares, como ha declarado:

[...] este Tribunal tiene atribuciones para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiera constituir una infracción a la libre competencia [...] el Decreto Ley N°211 contiene normas de orden público que afectan a todos los agentes del mercado, en todos los actos y contratos que ejecuten o celebren, de manera que la sola circunstancia de existir un contrato entre las partes, no supone que sus relaciones estén regidas exclusivamente por éste, sin consideración a lo preceptuado por la legislación de la libre competencia [...].¹⁴

La CS, por su parte, ha señalado:

Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.¹⁵

13 Por ejemplo, el derecho de la competencia es, por definición, una regulación limitativa de los acuerdos entre particulares, es decir, de los contratos (nadie podría sostener que un acuerdo colusorio entre competidores es lícito y no puede ser sancionado por una nueva regulación). Por definición, entonces, el derecho de la competencia pretende corregir fallas de mercado, es decir, los efectos contrarios al bienestar general que se producirían si el asunto de que se trata quedara entregado al simple acuerdo voluntario de las partes. Lo propio ocurre en el derecho del consumidor, como conjunto de normas que morigeran, atenúan o intervienen en el derecho de los contratos, en especial, respecto del principio de la libertad contractual en su faceta de libertad de configuración.

14 Labbé, Haupt y Cía. Limitada con Shell Chile: TDLC, 6 de junio de 2007, rol N° 87-06, sentencia N°53/2007, Cons.17 y 18. En el mismo sentido, véase: Alimentos Bio Bio Ltda. y Otros con Alimentos y Frutos S.A.: TDLC, 19 de junio de 2018, sentencia N°163/2018, Cons.3°.

15 Itau CorpBanca con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Corte Suprema, 18 de abril de 2022, rol N° 125.433-2020.

Subordinar las normas de OPE –relativas a la libre competencia, protección del consumidor, medio ambiente, bancario y financiero, entre otras– al principio del *pacta sunt servanda* llevaría a un voluntarismo extremo incompatible con el Estado de derecho moderno. En suma, el respeto de la palabra empeñada no puede prevalecer sobre la legalidad ni sobre el interés público.

En el derecho comparado, se reconoce plenamente la posibilidad de que la regulación pueda incidir en contratos en curso –llegando incluso al extremo de regular el precio que puede cobrar un proveedor por ciertos servicios esenciales–, sin considerar procedente alegar inmunidad contractual para eximirse de la regulación. Esta doctrina, conocida como *regulatory takings*, admite que ciertas regulaciones pueden incidir sobre derechos contractuales sin implicar una expropiación inconstitucional.

Efectos del objeto ilícito sobreviniente: inexigibilidad de la prestación

La sanción a una prestación contractual que adolece de objeto ilícito sobreviniente no puede ser otra que su inexigibilidad o, en su caso, la nulidad de la obligación o disposición afectada, constituyendo una causa legal para excusarse del incumplimiento (Abeliuk, 2014; Barcia Lehmann, 2007; Campos, 2019; Tapia, 2020).

Se ha afirmado que “en derecho público no hay derechos adquiridos” (Soto, 1984: 221). Esta afirmación puede extenderse al derecho privado en lo que respecta a la materia contractual: no existen objetos contractuales inmunes frente a cambios regulatorios. Así, si el contenido de un contrato está afecto o puede verse afectado por nuevas disposiciones del orden público económico (OPE), la licitud de su objeto y la validez de sus efectos quedarán sujetas a la evolución normativa. Ello se debe a que las normas de OPE son indisponibles para las partes, como ha sido reiteradamente reconocido por el TC como por la CS.

En este sentido, la Constitución no ampara una concepción absoluta de la propiedad sobre bienes incorpóreos nacidos del contrato:

La Constitución no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorpóreos que nace del contrato no pueda cumplir

una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales. (La doctrina de la intangibilidad de los contratos tiene consagración en otras Constituciones, donde tampoco se le ha dado un sentido absoluto, pero no en la Carta Fundamental de Chile). Sostener la intangibilidad absoluta de los derechos que nacen de los contratos no sólo carece de fundamento constitucional, sino que tendría, para ser congruente, que sostener como constitucionalmente ilícitas numerosísimas prácticas habituales de nuestro sistema jurídico [...] Los derechos de propiedad sobre cosas incorporeales que nacen de contratos entre privados no están inmunes a ser limitados o regulados, en conformidad a la constitución. [...] Que el hecho que no haya impedimento para que el legislador pueda regular o limitar la propiedad sobre cosas incorporeales de origen contractual, no implica desconocer las peculiaridades de esta especie de propiedad a la hora de establecer su aptitud para ser limitada. La circunstancia que un derecho se origine en un contrato privado y no en la disposición de una ley naturalmente hará más improbable justificar la limitación del mismo en razón de la función social de la propiedad, por así exigirlo el interés nacional o público.¹⁶

Asimismo, la CS ha señalado que el DL 211 otorga al TDLC la facultad de prevenir que actos o contratos puedan entorpecer la libre competencia, disponiendo medidas de carácter vinculantes para los agentes económicos del mercado relevante:

Que, finalmente, se debe precisar que esta Corte ha señalado que, a través del artículo 18, numeral 2º, del Decreto Ley N°211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado

16 Caso Eléctricas: Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2007, rol N°505-06.

Decreto Ley N°211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante.¹⁷

La fuerza obligatoria del contrato se encuentra, por tanto, supeditada a los cambios regulatorios dictados por la autoridad o el legislador. Este fenómeno es conocido en la doctrina como hecho del príncipe, que implica que, durante la ejecución de un contrato, las partes deben adaptarse a las nuevas medidas legales y reglamentarias impuestas por el Estado, aunque afecten las condiciones originalmente convenidas (Silva, 1995: 168). Esta situación activa la figura del caso fortuito contemplada en los artículos 45 y 1567 N°7 del CC, operando como causa de extinción de la obligación o, al menos, como justificación del incumplimiento (Tapia, 2020; Campos, 2019).¹⁸

La imposibilidad de cumplimiento puede ser material (física) o legal (jurídica). La imposibilidad material surge de hechos que impiden físicamente el cumplimiento, como la destrucción del objeto debido a la ocurrencia de un caso fortuito. Por su parte, la imposibilidad legal, que es la que aquí interesa, se configura cuando, después de celebrado el contrato y antes del cumplimiento, sobreviene un obstáculo jurídico que impide su ejecución, aunque materialmente sea posible cumplirlo. Como señala Martínez (2015: 318-319), estas imposibilidades jurídicas derivan de normas, resoluciones administrativas o judiciales de observancia obligatoria, que impiden el cumplimiento de la obligación.

En este marco, la prestación se torna en imposible de ejecutar por contravenir una norma de OPE, configurándose un caso fortuito si el impedimento es permanente o, constituye una excepción al cumplimiento, de inexigibilidad de la prestación, en caso de un evento fortuito temporal.

Aplicando los principios expuestos en esta sección, corresponde declarar: la extinción de la obligación imposible de cumplir en caso de

17 WOM con Tribunal de Defensa para la Libre Competencia: Corte Suprema, 13 de julio de 2020, rol N°181-2020.

18 Los actos de autoridad, dentro de los cuales podemos mencionar a la regulación de OPE, constituyen, por expresa disposición legal, un supuesto de fuerza mayor que eximen al deudor de la prestación de cumplimiento, por afectarle una imposibilidad jurídica en su ejecución (art. 45, 1547, 1567 N°7 y 1670 del CC).

obligación de dar, o la resolución del contrato en caso de obligaciones de hacer o no hacer.

Esta doctrina ha sido acogida en la jurisprudencia reciente. Así, la CS, en una sentencia del 2022, resolvió que frente a un hecho sobreviniente que hace imposible la ejecución de la prestación, procede “la resolución de ese contrato” o su “terminación” en caso de contratos de tracto sucesivo.¹⁹

En definitiva, el reconocimiento de la inexigibilidad de la prestación afectada por objeto ilícito sobreviniente confirma que, en el derecho chileno, la fuerza obligatoria de los contratos no es absoluta, sino que se encuentra necesariamente condicionada al respecto del orden público económico y a las exigencias del interés general. Esta constatación no solo reafirma la vigencia del principio de legalidad en materia contractual, sino que también justifica la necesidad de reconocer sistemáticamente la excepción de objeto ilícito sobreviniente como una categoría autónoma dentro de la teoría general del contrato.

Excurso sobre la buena fe: la construcción de una regla contractual para cumplir el propósito práctico de las partes

Frente al problema planteado, consideramos que existen tres alternativas: (i) persistir en el cumplimiento del contrato en su forma original, opción que resulta inviable por adolecer de objeto ilícito sobreviniente; (ii) declarar resuelto el contrato o extinguir la obligación ilícita (por caso fortuito definitivo) o reconocer una excepción de inexigibilidad (en caso de caso imposibilidad temporal); (iii) adecuar el contrato a la nueva realidad jurídica, solución que no solo parece la más razonable, sino también la más conforme al deber de buena fe (Momberg, 2010).

La buena fe consagrada en el art. 1546 del CC, en su concepción moderna, es mucho más que un principio inspirador de la contratación: constituye una verdadera regla jurídica, que impone deberes de conducta a las partes más allá de la mera literalidad del contrato. El hecho de que el contrato obligue no solo a lo expresamente pactado, sino también a

19 Quiñilen y otros con Andaluz y otros: Corte Suprema, 14 de abril de 2022, rol N°56.357-2021.

todo lo que emana de la buena fe, implica una referencia a la “fidelidad de la palabra dada a la otra parte, el convencimiento de que cada parte actúa frente a la otra de forma leal y sin engaño, de modo que cada sujeto del contrato confía en lo que expresa o manifiesta el otro y esta mutua confianza es la que determina y explica el alcance de lo que es convenido” (Serrano y Serrano, 2008: 25; Jordano Fraga, 1987: 138-139).

En los contratos con objetos regulados o susceptibles de regulación, la buena fe desempeña un papel esencial. Las obras de Boetsch (2015), Elorriaga (2018) y Schopf (2018) destacan ampliamente el alcance de este principio. Por tal razón, evitando reiteraciones, señalamos que, para los fines de esta investigación, la buena fe exige a los contratantes considerar el caso fortuito derivado del cambio de circunstancias regulatorias. Cuando el contenido del contrato se ve afectado por una nueva manifestación de OPE, surge el deber de las partes de adaptar su conducta y sus prestaciones a las nuevas condiciones (Schopf, 2018: 129).

Sostenemos que la buena fe en el cumplimiento contractual actúa como el límite natural al principio del *pacta sunt servanda*. Corresponde a las partes, o en su defecto a los tribunales, ponderar los cambios sobrevenidos y, excepcionalmente, ajustar o reinterpretar las cláusulas del contrato en función del nuevo contexto normativo.

En conclusión, frente a la irrupción de una nueva regulación y de renovado orden público, resulta conforme a la buena fe – y, por tanto, jurídicamente exigible– que los contratantes procuren ajustar su negocio jurídico a la legalidad vigente, actuando de modo coherente con las nuevas exigencias del interés general.

Conclusiones

A manera de síntesis, puede afirmarse:

- 1) La noción de objeto y de objeto ilícito deben interpretarse de manera amplia, sin restringir su aplicación a los supuestos especialmente regulados por el CC. Existe objeto ilícito en toda prestación o disposición contractual que contraviene la ley, el orden público y las buenas costumbres.

2) La ilicitud del objeto no se limita a la fase de formación del consentimiento, sino que puede manifestarse durante todo el *iter* contractual. Es perfectamente posible que una prestación inicialmente lícita devenga en ilícita debido a cambios legislativos o regulatorios posteriores, constituyendo así una causa legal que justifica el incumplimiento de la obligación pactada.

3) El orden público y, en particular, el orden público económico, son límites permanentes de la autonomía de la voluntad y a la fuerza obligatoria del contrato. En consecuencia, la aparición de un nuevo orden público puede, en casos excepcionales, afectar la intangibilidad del contrato, dando lugar a la excepción de objeto ilícito sobreviniente.

4) La sanción aplicable a una prestación afectada por objeto ilícito sobreviniente es la inexigibilidad de la prestación o, en su caso, la nulidad de la obligación o de la disposición respectiva, constituyendo una excusa legítima para el incumplimiento.

5) Frente a la imposibilidad de cumplimiento derivada de un evento sobreviniente, las alternativas son: (i) la extinción de la obligación (tratándose obligaciones de dar), (ii) la resolución o terminación del contrato (en obligaciones de hacer o no hacer), o (iii) la justificación del incumplimiento por caso fortuito temporal. En todos estos escenarios, la buena fe impone a las partes el deber de realizar esfuerzos razonables para adecuar su contrato a la nueva realidad jurídica.

Referencias

- ABELIUK, René (2014). *Las obligaciones*. 6ª ed. actualizada. Santiago: Thomson Reuters.
- ACEDO, Ángel (1996-1997). “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 14-15: 323-392. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/119367.pdf>.
- ALCALDE, Enrique (2001). “Persona humana, autonomía privada y orden público económico”. *Revista Actualidad Jurídica*, 4: 77-100.

- ALCALDE, Jaime y Juan Luis Goldenberg (2020). “El control de precios y la intervención externa de los contratos en el derecho chileno”. *Revista de Ciencias Sociales*, 2 (77). Disponible en: <https://doi.org/10.22370/rcs.2021.77.2958>
- ALESSANDRI Besa, Arturo (2008). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. 3ª ed. Santiago: Imprenta Universitaria.
- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo (1988a). *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda.
- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo (1988b). *Teoría de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica-Ediar Conosur Ltda.
- ALISTE, Patricio (2017). “Alcance del art. 1464 del Código Civil: un acercamiento desde el desarrollo de sus numerales”. *Derecho y Humanidades*, 29: 57-89.
- ATIYAH, Patrick (1995). *An introduction to the Law of Contract*. 5ª ed. actualizada. Oxford: Oxford University Press.
- AMARÓS, Manuel (1983). “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”. *Anuario de Derecho Civil*, 36 (4): 1129-1148. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46582>
- BARCIA, Rodrigo (2007). *Lecciones de Derecho civil chileno. Del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica.
- BARROS, Enrique (1991). *Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BETTI, Emilio (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- BETTI, Emilio (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- BIANCA, Massimo (2007). *Derecho Civil. El Contrato*. Tomo III. Traducción de Hinestrosa, Fernando y Cortes, Edgar. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- BOETSH, Cristián (2015). *La buena fe contractual*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- CASTIÑEIRA, Jorge (2017). *El incumplimiento justificado del contrato ante el cambio de circunstancias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAMPOS, Sebastián (2018). “Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile”. *Revista de Derecho y Consumo*, 1: 11-36. Disponible en: <http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/01/Revista-DyC.pdf>.
- CAMPOS, Sebastián (2019). “Hacia una noción amplia y versátil de objeto ilícito”. *Ars Boni et Aequi*, 15 (2): 60-94. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7826475>
- CAMPOS, Sebastián (2019). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. Santiago: Thompson Reuters.
- CAMPOS, Sebastián y Gabriel Hernández (2023). “Hacia una justificación estricta de las cláusulas no negociadas que facultan al proveedor para modificar unilateralmente el contrato de consumo en el derecho chileno”. *Vniversitas Jurídica*, 72. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.hjec>.
- CÁRDENAS, Hugo (2021). “Tensiones entre la propiedad civil y la propiedad indígena: consideraciones de Derecho privado a propósito de la demanda territorial mapuche”. *Ius et Praxis*, 27: Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000300158>.
- CÁRDENAS, Hugo y Ricardo Reveco (2018). *Remedios Contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Santiago: Thomson Reuters.
- CEA, José Luis (1991). “Notas sobre Orden Público Económico”. *Gaceta Jurídica*, 135.
- CLARO Solar, Luis (2013a). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo VI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CLARO Solar, Luis (2013b). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo XI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- CONTRERAS, Lautaro (2018). *Productos defectuosos y derecho penal: el principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*. Santiago: RIL Editores.
- CORRAL, Hernán (2018). *Curso de Derecho Civil*. Parte General. Santiago: Thomson Reuters.
- DE CASTRO, Federico (1982). “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”. *Anuario de Derecho Civil*, 35 (4): 987-1086.
- DE LA MAZA, Íñigo (2003). “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 1: 109-148. Disponible en: <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/375/358>.
- DE LA MAZA, Íñigo y Álvaro Vidal (2023). “La exterioridad del caso fortuito y la esfera de control”. *Revista de Derecho Civil*, Vol. X (4): 29-60. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/901>.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1956). “Los llamados contratos forzosos”. *Anuario de Derecho Civil*, 9 (1): 85-117.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Introducción. Teoría General del Contrato. 5ª ed. Madrid: Editorial Civitas.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2016). *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DUCCI, Carlos (2005). *Derecho civil: Parte general*. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ELORRIAGA, Fabián (2009). “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 12: 135-166. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722009000100004>.
- ELORRIAGA, Fabián (2018). “Manifestaciones de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios Jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas”. *Revista de Ciencias Sociales*, 73: 63-94. Disponible en: <https://doi.org/10.22370/rcs.2018.73.2262>

- FERNANDOIS, Arturo (2000). “El orden público económico bajo la constitución de 1980”. *Ius Publicum*, 4: 63-78.
- FERRI, Giovanni Battista (2001). “El negocio jurídico”. En *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*. Traducción de Leysser L, León. Lima: ARA Editores.
- FIGUEROA, Gonzalo (2011). *Curso de Derecho Civil*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FLUME, Werner (1998). *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- FUEYO, Fernando (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GAJARDO, Pablo (2023). *La frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Chile*. Santiago: Editorial Libromar.
- GALDÁMEZ, Liliana (2017). “Medio Ambiente, Constitución y tratados en Chile”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 50 (148): 113-144. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000100113&lng=es&tlng=es
- GARCÍA, José (2011). “El Tribunal Constitucional y el uso de “test”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”. *Revista Chilena de Derecho*, 38 (1): 101-138. Disponible en: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/72067>.
- HINESTROSA, Fernando (2014). “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado*, 26: 5-39. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794>.
- HUIDOBRO, Ramón (2014). “Orden público económico y regulación: (Notas sobre la regulación de la actividad comercial por vía electrónica)”. *Revista de Derecho Público*, 73: 243-260. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i73.35669>
- JORDANO, Francisco (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Civitas.

- LARENZ, Karl (1958). *Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los Contratos*. Traducción de Fernández Rodríguez, Carlos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LEÓN, Avelino (1983). *El objeto en los actos jurídicos*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LYON, Alberto (2006). “La voluntad virtual derivada de la ‘naturaleza’ del contrato determinada por su causa”. H. Corral y M. Rodríguez (Coords.), *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2006*. Santiago: LexisNexis, 753-791.
- LYON, Alberto (2017). *Integración, interpretación y cumplimiento de los contratos*. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- LÓPEZ, Jorge y Fabian Elorriaga (2017). *Los contratos parte general*. 6ª ed. Santiago: LegalPublishing Chile.
- LÓPEZ, Patricia (2018). “Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien y su improcedencia frente al abuso del consumidor”. *Revista de Derecho (Concepción)*, 86 (244): 91-127. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000200091>
- MARTÍNEZ, Isabel (2015). “Imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias”. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, 13: 307-333. Disponible en: <https://doi.org/10.18172/redur.4184>
- MOMBERG, Rodrigo (2010) “La revisión del contrato por partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”. *Revista Chilena de Derecho*, 37 (1): 43-72. Disponible en: <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/72203>
- MORALES, Margarita (2009). “La renovación del concepto de causa en el Derecho francés”. *Revista de Derecho Privado*, 16: 169-186.

- NEHME, Nicole y Carolina Werner (2005). “El rol de los conceptos de orden público, buenas costumbres y buena fe en la contratación entre partes desiguales”. En M. Martinic y M. Tapia (Dirs.), *Sesqui-centenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. T. I. Santiago: LexisNexis, 647-662.
- PEÑAILILLO, Daniel (2000). La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión). *Revista de Derecho (Concepción)*, 208: 209-237.
- PEÑAILILLO, Daniel (2019). *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- 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*, 31 (2): 225-237. Disponible en: <https://revistaapuntes.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/73461>.
- POTHIER, Robert (1993). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- RIPERT, George y Jean Boulanger (1964). *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomo IV. Las obligaciones. Primera Parte*. Vol. I. Traducción de García Daireaux, Delia. Buenos Aires: La Ley.
- RIVERA, José (2010). “De los aspectos generales en torno a la doctrina de la causa”. *Ars Boni et Aequi*, 6 (1): 155-218. Disponible en: <https://arsboni.ubo.cl/index.php/arsboni/article/view/149>.
- RIVERA, José (2011). “Una mirada a la doctrina de la causa y sus distintas versiones en el Código Civil chileno”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 18 (2): 305-346. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200011>.
- RIVERA, José (2012). *La causa en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- RIVERA, José (2008). *Extinción no convencional de las obligaciones*. Vol. 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- RODRÍGUEZ, Pablo (2003). *Responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROUBIER, Paul (2008). *Le Droit transitoire. Conflicts des lois dans le temps*. Paris: Editions Dalloz.
- RUZ, Gonzalo (2011). *Explicaciones de derecho civil*. Santiago: AbeledoPerrot.
- SCHOPF, Adrián (2018). “La buena fe contractual como norma jurídica”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 31: 109-153. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200109>
- SERRANO A., Eduardo y Eduardo Serrano G. (2008). *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. Tomo II. Vol. 1. Madrid: Edisofer.
- SILVA, Enrique (1995). *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO Kloss, Eduardo (1984). “Los derechos adquiridos en el Derecho Público Chileno (réquiem para una inepticia doctrinaria)”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 81: 13-23.
- TAPIA, Mauricio (2005). *Código Civil 1855-2005, evolución y perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TAPIA, Mauricio (2020). *Caso fortuito o fuerza mayor*. 3ª ed. Santiago: Thompson Reuters.
- VIAL, Víctor (2005). *Teoría general del acto jurídico*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VICUÑA, Luis (1928). *De la Facultad de Enajenar y de su Prohibición impuesta en el Contrato*. Valparaíso: Imprenta San Rafael.
- ZIMERMANN, Reinhard (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Trad. Esther Arroyo Amayuelas. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- ZIMMERMANN, Reinhard y Simon Whitakker (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sobre el autor

PABLO ALBERTO GAJARDO ZÚÑIGA es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Además, es Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado por la misma casa de estudios y Máster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona y la Universidad de Génova. Director Área de Litigios y Arbitrajes de Bascuñán Barra Awad Contreras Schürmann Abogados. Su correo electrónico es: pablo.gajardo@ug.uchile.cl.

 <https://orcid.org/0009-0004-2817-574X>