

**EL RECURSO DE PROTECCION
Y LOS DERECHOS PERSONALES EMANADOS DE CONTRATOS:
ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES***

Andrés Jana Linetzky**
Juan Carlos Marín González***

Los autores sostiene que el recurso constitucional de protección es apto para solucionar conflictos derivados del incumplimiento contractual, en tanto los contratos generan para las partes derechos incorporales, sobre los cuales éstas tienen derecho de dominio, amparado por el art. 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado. Sin embargo, dada la naturaleza del recurso en cuestión, éste sólo procede cuando, con ocasión de la relación contractual, una parte ejerce contra la otra actos de autotutela, destruye el *statu quo*, creando un conflicto de urgente solución. La hipótesis se confronta con abundante jurisprudencia.

PLANTEAMIENTO

Con la entrada en vigencia del Acta Constitucional N° 3 y posteriormente con la Constitución de 1980, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo recurso¹ de rango constitucional, el que tiene por objeto, resguardar una serie de derechos fundamentales que el mismo se encarga de precisar. Derechos entre los que se encuentra el de propiedad.

Una situación que la doctrina nacional no ha analizado en profundidad y en la cual nuestra jurisprudencia se muestra confusa, es la idea de si es posible, para el titular de un derecho personal emanado de una relación contractual, interponer un recurso de protección para amparar este derecho cuando ha sido agraviado por la contraparte o por un tercero.

* Este artículo corresponde a un trabajo más extenso que los autores han presentado como memoria de prueba para obtener el grado de licenciado.

** Ayudante del Departamento de Derecho Privado, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

*** Ayudante del Departamento de Derecho Procesal, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Si bien técnicamente hablando, la expresión correcta es "acción", por ser de uso común, entre abogados y jueces la expresión "recurso", en general se hará uso de ella.

A fin de dar un tratamiento integral al tema, deberemos abordar las cuestiones que al respecto se han suscitado, y que miran tanto a los requisitos de admisibilidad,² cuanto al fondo del recurso.

En este sentido, lo primero que ha de establecerse, es si los derechos personales emanados de un contrato se encuentran comprendidos en la garantía del artículo 19 N° 24° de la Constitución Política. Tema que nos lleva a la no nueva discusión,³ en orden a establecer, si el objeto de un derecho subjetivo puede ser otro derecho.

En segundo lugar, corresponde resolver si la acción de protección es la vía para discutir cuestiones derivadas de una relación contractual.⁴ Como veremos más adelante, parte de la

² De acuerdo a lo señalado por el profesor Eduardo Soto, los requisitos de admisibilidad del recurso son:

- a) Que exista una acción u omisión;
- b) Que sea arbitraria o ilegal;
- c) Que perturbe, amenace o prive;
- d) A un sujeto en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos y garantías contemplados taxativamente en el artículo 20 de la Constitución Política. Es precisamente a esta última que se refiere el punto analizado. Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, 1ª ed., p. 234. En el mismo sentido, *Fallos del Mes* (en adelante, *Fallos*), N° 364, marzo de 1989, sent. 16, p. 42.

³ Ya don Luis Claro Solar afirmaba la existencia de propiedad sobre los derechos personales al expresar: "Las cosas incorpóreas, consideradas en sí mismas, e independientes de las cosas corporales a que se refieran, directa o indirectamente, pueden ser también objeto de derechos; y lo son del derecho de propiedad." Asimismo agrega "[...] no sólo los derechos reales, [...] sino los derechos personales, los créditos de toda especie, ya tengan por objeto de la prestación prometida, una cosa ya un simple hecho o aun una abstención del deudor, pueden ser objeto del derecho real de propiedad." Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Vol. III, Tomo VI, 1979, Santiago, p. 327.

Por su parte don Victorio Pescio, negando tal posibilidad, señalaba: "El derecho de dominio, ateniéndose a los términos del Art. 582, solamente puede recaer sobre COSAS CORPORALES, es decir, cosas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos. [...] No se concibe que el derecho de dominio pueda versar sobre una cosa incorpórea desde el momento que las cosas incorpóreas consisten en meros derechos: derechos reales o personales." *Manual de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, 1978, Santiago, p. 295.

⁴ Así se expresa en una nota a un fallo publicado en la *Gaceta Jurídica* (en adelante, *Gaceta*), N° 47, mayo, 1984, p. 56, señalando textualmente: "[...] con frecuencia se rechazan recursos de protección por estimarse que las situaciones en ellos planteadas tienen su origen en relaciones

jurisprudencia ha sostenido que esta vía procesal no es un camino idóneo para resolver tales conflictos, especialmente aquellos que guardan relación con los efectos del contrato, debiendo tales controversias solucionarse de acuerdo a los procedimientos existentes en la legislación común.

En esta parte se analizarán las consideraciones generales que a propósito de esta materia hacen a nuestro juicio precedente este instrumento procesal tratándose de contratos, específicamente en relación al cumplimiento de las obligaciones. Luego revisaremos algunos criterios bajo los cuales la jurisprudencia ha acogido de modo mayoritario los recursos que se han suscitado con motivo de contratos, como son la alteración del statu quo en el desenvolvimiento de los derechos y los actos de autotutela de uno de los contratantes, así como la idea de urgencia en resolver el conflicto, la que pensamos atendida la naturaleza y finalidades de esta vía de resguardo de los derechos fundamentales, debe estar presente en su aplicación.

En seguida trataremos algunos tópicos que se presentan en torno a los requisitos de admisibilidad del recurso de protección en el ámbito de los contratos, como son: los problemas de vigencia del contrato; la inobservancia por parte de quien recurre de sus obligaciones en los contratos bilaterales, y los pactos de arbitraje y su incidencia en la competencia de la Corte.

Finalmente, estudiaremos de cara al recurso de protección, el alcance del llamado principio del efecto relativo del contrato y su vínculo con las actuaciones de terceros, que afecten el ejercicio de derechos personales de origen contractual.

Es conveniente señalar que el presente trabajo pretende abordar las solución de las cuestiones planteadas, dentro de nuestra realidad legal y jurisprudencial, bajo un punto de vista eminentemente práctico. Conjuntamente con ello, busca entregar al lector, en la forma mas amplia posible, los distintos puntos de vista que se han vertido en relación al tema, y de ese modo, aportar las herramientas que permitan a cada uno resolver los problemas que le pueda presentar un recurso de protección en el que se debatan materias relacionadas con contratos, o bien, encontrar el camino óptimo para el resguardo de derechos personales que han sido amagados por actos arbitrarios o ilegales cometidos por el obligado o por un tercero.

contractuales, debiendo tales conflictos solucionarse en juicio de lato conocimiento."

I. EL DERECHO DE PROPIEDAD, DERECHOS PERSONALES EMANADOS DE UN CONTRATO, Y LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE PROTECCION A SU RESPECTO

Como ya lo señalábamos anteriormente, un primer y previo punto a resolver, es si en el caso de un derecho personal emanado de un contrato se da el requisito de admisibilidad del recurso de protección, consistente en que el sujeto recurrente haya sufrido una privación, perturbación o amenaza, en el legítimo ejercicio de alguna de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 20 de la Constitución Política, específicamente, el contenido en el artículo 19 N° 24°, esto es, en su derecho de propiedad. En otras palabras, ¿cabe o no comprender a los derechos personales contractuales dentro de la garantía constitucional del derecho de propiedad?

En nuestro derecho, la cuestión se encuentra resuelta a nivel legislativo.

En efecto, de conformidad al artículo 19 N° 24° de la Constitución Política, ésta asegura a todas las personas: "La propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales."

Por su parte el Código Civil en el artículo 576, señala que entre las cosas incorporales están los derechos personales,⁵ para luego afirmar en el artículo 583 que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad."

⁵ El artículo 578 del Código Civil define los derechos personales o créditos como "los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos."

En atención a lo claro de las disposiciones citadas y como lo afirma el profesor Jorge López Santa María⁶ fundándose precisamente en dichos preceptos, no cabe más que concluir que

[...] en Chile se admite el derecho de dominio sobre los derechos personales. Hay derechos sobre derechos. Un derecho real de propiedad resguarda los derechos personales emanados de un contrato. El acreedor es propietario de los derechos personales derivados del contrato o de otra de las fuentes de las obligaciones. El sujeto activo del derecho personal emanado del contrato es simultáneamente titular de un derecho real; el acreedor es dueño [...].⁷

La idea de que en nuestro ordenamiento jurídico vigente existe propiedad sobre los derechos personales, forma parte de nuestra tradición jurídica,⁸ y se encuentra, además, conforme con la historia fidedigna del establecimiento de la garantía constitucional del derecho de propiedad, con la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales (especialmente en recursos de inaplicabilidad y protección) y como hemos visto, con nuestra doctrina.

⁶ Es importante destacar que Jorge López, pese a reconocer la existencia de la propiedad de los derechos personales dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, por imponerle así el claro tenor de las disposiciones legales que regulan la materia, afirma, en un plano de política jurídica, no simpatizar con esta idea, prefiriendo "la concepción cosificada de la propiedad de que hicieron gala los juristas romanos." López Santa María, Jorge, "¿Modificará el legislador chileno, en los años venideros, contratos vigentes o en curso de ejecución?", en Barros Bourie, Enrique (coordinador), *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 152.

⁷ *Ibid.*, pp. 147-8, con cursiva en el original.

⁸ La Constitución de 1925, modificó la forma en que la Constitución de 1833 amparaba el derecho de propiedad, sustituyendo la expresión "la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades" por la de 'la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna'. El cambio, que puede aparecer como un simple mejoramiento de redacción, tuvo, sin embargo, relevancia. En efecto, estableció definitivamente que la Constitución amparaba, no sólo las propiedades constituidas por cuerpos ciertos, muebles o inmuebles, como pudo desprenderse del texto de 1833, sino todo tipo de dominio sobre toda clase de bienes. En resumen, desde 1925 no pudo producirse duda alguna acerca de que todo aquello que 'tuviera significación patrimonial', cualquiera que fuese su denominación, quedaba dentro de los términos de la garantía constitucional." Evans, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 1986, pp. 361-2.

En efecto, como puede apreciarse de las actas constitucionales,⁹ la intención del constituyente fue la de establecer con la mayor amplitud, sin particularismos, el derecho de propiedad en sus diversas especies.¹⁰

Así, y por unanimidad la subcomisión constitucional encargada de estudiar el derecho de propiedad, acordó mantener el enunciado general del objeto de la garantía, esto es: 'el derecho de propiedad en sus diversas especies', "por cuanto ella expresa adecuadamente, en términos categóricos y amplios el derecho de propiedad privada que la constitución asegura".¹¹

A su vez, nuestra Corte Suprema ha "fortalecido y desarrollado"¹² el postulado de la propiedad sobre derechos personales. Así ha quedado de manifiesto en múltiples sentencias, que fallando recursos de inaplicabilidad, sostuvieron, que el otrora artículo 10 N° 10° de la Constitución Política de 1925,¹³ al garantizar el derecho de propiedad en sus diversas especies sin

⁹ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente* (en adelante, *Actas*), Sesión 148.

¹⁰ En el informe de la subcomisión constitucional encargada de estudiar el derecho de propiedad, al discutirse precisamente cómo se expresaría el objeto de la garantía, el comisionado Eyzaguirre señaló "[...] que debe entenderse que la norma corresponde a las diversas especies del derecho de propiedad, ya sea que recaigan sobre bienes corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, etc..."

En el mismo sentido, y a propósito de la discusión en relación a incorporar una norma expresa relativa a los Contratos-Leyes, el propio comisionado Eyzaguirre, manifestaba que "ahora, celebrado el contrato, los derechos que crea quedan amparados por el derecho de propiedad. El N° 10° del artículo 10, no tiene por qué decirlo, porque desde el momento en que se 'garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies', se establece no sólo el derecho de propiedad sobre cosas corporales, sino que también sobre cosas incorporeales. Así es que en ese sentido viene el amparo por se del N° 10° del artículo 10." *Actas*, sesión N° 149, p. 10.

¹¹ Informe Subcomisión de Derecho de Propiedad, *Actas*, sesión N° 148.

¹² López, *op. cit.* en nota 6, p. 148.

¹³ La reforma introducida a la Constitución de 1925 por la Ley 16.615 de 20 de enero de 1967, dio a la garantía del derecho de propiedad la siguiente redacción: "El derecho de propiedad en sus diversas especies".

distinción alguna, se estaba refiriendo (y por lo tanto amparando) a las cosas corporales e incorporeales.^{14 15}

Luego, con la dictación del Acta Constitucional N° 3 (DL 1552, art. 1° N° 16°) y con nuestra actual Constitución Política (art. 19 N° 24°) esta posición jurisprudencial se ha visto definitivamente confirmada, por cuanto cuerpos legales expresamente señalan que la propiedad amparada puede recaer sobre toda clase de bienes, corporales o incorporeales,¹⁶ -y entre estos, como ya vimos, se encuentran los derechos personales-.

¹⁴ Ver a modo de ejemplo *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (en adelante, *RDyJ*), tomo 63, sec. 4, p. 359, sentencia de 7 de diciembre de 1963, y *RDyJ*, tomo 64, sec. 1, p. 198, sentencia de 21 de junio de 1976. Citados por López, *op. cit.* en nota 6, p. 148.

¹⁵ Los pronunciamientos de la Corte en estos recursos se produjeron a raíz de las modificaciones por el legislador de los contratos en curso. Como sostiene López, [el] apoyo a la construcción técnica en comentario [propiedad sobre los derechos personales] llegó a ser completo y decisivo con motivo de la aplicación del DFL N° 9 de 1968, sobre arrendamientos rústicos.

El artículo 2° transitorio del DFL N° 9 dispuso que los plazos de los contratos de arrendamiento celebrados antes de su dictación se entendían prorrogados, en beneficio de los arrendatarios, por el tiempo necesario para completar el lapso de 10 años. El raciocinio del más alto Tribunal del país en varios juicios distintos, ha sido el siguiente: al celebrarse un contrato de arrendamiento por un lapso dado, v. gr., dos años, el arrendador adquiere el derecho personal a exigir la restitución de la cosa dada en locación al vencimiento del plazo, a los dos años en el ejemplo; el arrendador es propietario de este derecho personal y de acuerdo con la Constitución sólo podría ser privado del mismo mediante expropiación e indemnización. Por lo tanto, el texto legal contenido en el artículo 2° transitorio del DFL N° 9 es inconstitucional, en cuanto limita, sin indemnización expropiatoria, el derecho del arrendador a exigir la restitución al término del plazo estipulado. La primera sentencia en esta materia, de 24 de diciembre de 1968, fue publicada por Fallos del Mes N° 121, p. 294. En Fallos del Mes N° 166, p. 219; N° 175, p. 93 y Nos. 196-197, p. 3, se publican nuevas sentencias de la Corte Suprema que vienen a reiterar la inconstitucionalidad del artículo 2° transitorio ya señalado, en mérito a idéntica argumentación.

López, *op. cit.* en nota 6, p. 148, los paréntesis son nuestros.

¹⁶ La Comisión Constituyente mantuvo como enunciado del derecho de propiedad el contenido en el artículo 10 N° 10° de la Constitución de 1925. La incorporación de la actual redacción del precepto es posterior a tal comisión, lo que en todo caso no altera su significado por cuanto como hemos visto expresamente se entendía que ella comprendía a los bienes corporales e incorporeales.

Manteniendo su anterior posición, nuestra jurisprudencia mayoritaria, al pronunciarse sobre recursos de protección, ha reconocido reiteradamente la propiedad sobre derechos personales y, por lo tanto, su calidad de objeto amparado por este medio de resguardo de los derechos constitucionales.

Ilustrativo de esta doctrina resulta el fallo de mayoría de la 4ª sala de la Corte Suprema, que resolviendo un recurso de protección intentado por un arrendatario en amparo de su derecho de arriendo señaló:

[...] el derecho de dominio del recurrente recae sobre el bien incorporal constituido en la especie por su derecho personal que lo habilita para exigir el cumplimiento de la obligación de proporcionársele el goce de la cosa arrendada [...]

Más adelante agrega:

[...] aparece de manifiesto que sobre todo derecho personal o crédito existe también un derecho de propiedad [...]

Finalmente el fallo expresa que

[...] Sobre este derecho personal o crédito del arrendatario existe un derecho de propiedad puesto que la única manera de ejercerlo es invocando su calidad de legítimo titular, vale decir, propietario de ese derecho.¹⁷

Del mismo modo, la Corte Suprema ha amparado en su legítimo ejercicio al titular de derechos personales emanados de contratos de concesión,¹⁸ de prestaciones de salud (ISAPRES),¹⁹ AFP,²⁰

¹⁷ Fallos, N° 334, septiembre, 1986, sent. 13, p. 602, los paréntesis son nuestros. Es de destacar que la mayor cantidad de recursos de protección interpuestos por conflictos originados en relaciones contractuales se ha producido en materia de contratos de arrendamiento. Sobre el particular, ver los siguientes recursos en los que se ha reconocido el derecho de propiedad sobre los derechos personales emanados de contratos de este tipo: Fallos, N° 272, julio, 1981, sent. 4, p. 266; Fallos, N° 274, septiembre, 1981, sent. 7, p. 397; Fallos, N° 296, julio, 1983, sent. 16, p. 356; Fallos, N° 304, marzo, 1984, sent. 8, p. 18; Fallos, N° 317, abril, 1985, sent. 14, p. 136; Fallos, N° 318, mayo, 1985, sent. 11, p. 219; Fallos, N° 325, diciembre, 1985, sent. 8, p. 849; Fallos, N° 330, mayo, 1986, sent. 4, p. 188; Fallos, N° 342, mayo, 1987, sent. 14, p. 209; Fallos, N° 348, noviembre, 1987, sent. 13, p. 783; Fallos, N° 364, marzo, 1989, sent. 11, p. 28; Fallos, N° 365, abril, 1989, sent. 18, p. 135; Fallos, N° 373, diciembre, 1989, sent. 8, p. 770; Fallos, N° 376, marzo, 1990, sent. 3, p. 6; y Gaceta, N° 111, septiembre, 1989, p. 36.

¹⁸ En materia de concesiones la Corte ha resuelto que: "del contrato de concesión en referencia, surgen para el concesionario los derechos personales inherentes a este tipo de convenciones, derechos éstos de carácter incorporal sobre los cuales existe 'una especie de propiedad', como lo prescribe el artículo 532 del Código Civil (sic) y que, por tanto, quedan amparados bajo la garantía del derecho de propiedad asegurado en el precitado numeral 24 del artículo 19." Gaceta, N° 124, octubre, 1990, p. 119. En el mismo sentido ver Gaceta, N° 81, marzo, 1987, p. 23; Gaceta, N° 110, agosto, 1989, p. 34; Fallos, N° 296, julio, 1983, sent. 6, p. 331.

¹⁹ En materia de seguros de prestación médica celebrados con ISAPRES, la Corte ha resuelto: "[...] con esa actuación arbitraria de la recurrida [...] sí se ha conculcado con ella el ejercicio del derecho de propiedad consagrado en el número 24 de ese mismo precepto constitucional [art. 19], desde el momento que se ha privado a la recurrente de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que ha debido incorporarse a su patrimonio, cual es el resultante de la cobertura que por la intervención quirúrgica ha estado obligada a otorgarle la Isapre Colmena Golden Cross." Fallos,

asociación o cuentas en participación,²¹ sociedad de responsabilidad limitada,²² y otros.²³

Sin embargo y pese a lo categórico de los preceptos de rango constitucional y legal que regulan la materia, existe una minoritaria parte de la jurisprudencia y alguna doctrina,²⁴ que se han manifestado contrarias a la tesis propuesta, basadas en una concepción restringida de la garantía del derecho de propiedad consagrada en la Constitución.

Nº 366, mayo, 1989, sent. 4, p. 173, los paréntesis son nuestros. En el mismo sentido ver *Fallos*, Nº 381, agosto, 1990, sent. 12, p. 428. En contra ver *Fallos*, 373, diciembre, 1989, sent. 11, p. 781.

²⁰ Ha reconocido nuestra jurisprudencia derecho de propiedad sobre pensiones de seguridad social adeudadas por una administradora de fondos de pensiones. Así ha dicho: "[...] puede sostenerse con fundamento que el recurrente gozaba con respecto a esa pensión de una especie de dominio que en la especie recae sobre una cosa inmaterial e intangible que no por ello es menos digno de protección Constitucional, como se desprende del texto del art. 19 Nº 24º de la Constitución Política del Estado." *Gaceta*, Nº 114, diciembre, 1989, p. 46. En el mismo sentido ver *Fallos*, Nº 366, mayo, 1989, sent. 15, p. 198.

²¹ *Fallos*, Nº 359, octubre, 1988, sent. 5, p. 646.

²² *Gaceta*, Nº 47, mayo, 1984, p. 53.

²³ Por ejemplo, derechos personales emanados de un contrato de compraventa de bosques, *Fallos*, Nº 329, abril, 1986, sent. 12, p. 117, y contrato de maquila, *Fallos*, Nº 388, marzo, 1991, sent. 4, p. 10.

²⁴ Concordando aparentemente con esta posición minoritaria, Jorge Miguel Otero y Juan Manuel Errázuriz en su memoria de prueba señalan que "La acción de protección no persigue amparar derechos personales que emanen de un contrato; sólo cautela aquellos derechos que taxativamente señala el Art. 20 de la Constitución." Errázuriz G., Juan Manuel y Jorge Miguel Otero A., *Aspectos Procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago, 1989, p. 126. Decimos 'aparentemente' por cuanto pese al claro tenor de su afirmación, luego, y a propósito de la misma materia, estiman como correcta la posición sustentada por los ministros Erbetta y Jordán, que en un voto de minoría sostienen la posición favorable a propiedad sobre los derechos personales emanados de un contrato, en la especie uno de arrendamiento. Errázuriz y Otero, *op. cit.*, pp. 128-9.

Así en un recurso de protección, también intentado por un arrendatario, por agravios sufridos de su arrendador²⁵ la segunda sala de la Corte Suprema falló:

Que desde otro punto de vista, a juicio de esta Corte, el derecho de propiedad protegido constitucionalmente, no puede ser extendido al extremo de amparar un derecho personal, por mucho que se reclame ser propietario del mismo. En efecto, claramente la garantía constitucional en referencias está concebida para garantizar el dominio y sus atributos, derechos todos de carácter real que se ejercen directamente por el titular facultándolo para gozar, usar o disponer.²⁶

Pensamos que el error de esta posición encuentra su origen en la pretensión de homologar la propiedad que se tiene en general sobre las cosas incorporales, particularmente los derechos personales, con aquella que se ejerce sobre las cosas corporales, cuando en realidad las facultades inherentes al dominio no se pueden ejercer sobre las cosas incorporales en la misma forma que sobre las corporales, ya que no se prestan para ello atendida su propia naturaleza. Por lo que se explica la expresión "especie de propiedad" que emplea el código.²⁷

Finalmente y no obstante lo anterior, creemos que la protección constitucional de la propiedad de los derechos personales, especialmente contractuales, se explica, además, a

²⁵ Fallos, Nº 376, marzo, 1990, sent. 16, p. 45. En el mismo sentido ver *Gaceta*, Nº 99, septiembre, 1988, p. 23, y Fallos, Nº 334, septiembre, 1986, sent. 13, p. 602, voto minoría ministro Enrique Correa Labra.

²⁶ En el fallo transcrito, el arrendatario recurrió porque el arrendador colocó candado a cada una de las puertas del inmueble arrendado. Luego entregó la misma propiedad en arrendamiento a otra persona. El recurrido no informó a la Corte. El recurrente acompañó contrato firmado y se constató por un receptor que existía un nuevo arrendatario. Pese a estos sólidos antecedentes la Corte rechazó el recurso, borrando de una plumada toda su anterior doctrina en relación al statu quo, autotutela y propiedad sobre los derechos personales.

²⁷ Claro Solar, *op. cit.* en nota 3, Vol. III, Tomo VI, p. 328.

través de un concepto global, genérico e integrante de nuestra más antigua tradición jurídica, cual es el de patrimonio.²⁸

En efecto, el patrimonio es "el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero",²⁹ y "ésta es la razón por la cual los calificamos de patrimoniales".³⁰

Como puede apreciarse, el concepto hace referencia a derechos, de manera que el objeto inmediato incorporado al patrimonio, son las cosas incorporales, dentro de las cuales encontramos precisamente a los derechos personales y sobre los cuales su titular tiene propiedad al igual que sobre los restantes componentes del patrimonio.³¹

En este sentido la doctrina, basándose en el artículo 22 inciso 1º de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes,³² ha señalado, a propósito de la supervivencia de las leyes antiguas en los contratos, que "[...] puede afirmarse que los derechos contractuales son esencialmente derechos adquiridos y que su adquisición se produce en el momento mismo de la conclusión del contrato según la legislación entonces vigente."³³

²⁸ Para estos efectos hemos tomado la idea de patrimonio, más que como una universalidad jurídica de índole abstracta (que pretende ser una proyección de la personalidad), como el conjunto de derechos y obligaciones que constituyen esa universalidad y sobre los cuales su titular tiene propiedad. Obviamente por escapar a los fines de este trabajo, no hemos abordado los distintos problemas que el patrimonio como noción jurídica puede presentar en general y dentro de nuestro derecho en particular. Al respecto ver Figueroa, Gonzalo, *El Patrimonio*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

²⁹ Planiol, p. 723. Citado por Yáñez, Nancy (redactora), "Derecho Subjetivo", apuntes de clases para el curso de Derecho Civil del profesor Enrique Barros, Central de Apuntes, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, agosto de 1990.

³⁰ Larroumet, Christian, *Introduction a l'Etude du Droit Privé*, Economica, París, 1984, p. 284, la traducción es nuestra.

³¹ Yáñez, *op. cit.* en nota 29.

³² "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración."

³³ Gómez, José Luis, *Estudio Crítico de la Jurisprudencia de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes*, Editorial Universitaria, Stgo., 1958, pp. 66, 69-70, citado por López, *op. cit.* en nota 6, p. 149.

Así también lo han entendido algunos fallos de los Tribunales de Justicia, en materia de protección:

Que no obstante la aparente amplitud del precepto constitucional ha de tenerse en consideración que no todos los derechos son susceptibles de propiedad, porque en realidad sólo lo son los derechos reales y personales [...] de este modo los que no componen el patrimonio por carecer de significación económica, los que no son apreciables en dinero aunque causen secuelas pecuniarias, no son cosas incorporales comprendidas en el derecho de propiedad [...]³⁴

De lo expuesto anteriormente ha forzosamente de concluirse que, perfeccionado un contrato, los derechos personales de él emanados se incorporan al patrimonio de su titular con el carácter de adquiridos, por lo que pasan a estar protegidos por el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado.³⁵

En definitiva, en nuestro parecer, no cabe duda que de conformidad al ordenamiento jurídico que nos rige, existe una especie de propiedad sobre los derechos personales, en tanto que las críticas que se puedan hacer a esta idea "miran sólo al aspecto doctrinario de la cuestión, como quiera que nadie desconoce la existencia y vigencia del artículo 583 del Código Civil que contempla esta especie de propiedad",³⁶ a lo que debe agregarse, la amplitud con que la Constitución ha establecido la garantía en comento. El titular de un derecho personal emanado de un contrato se encuentra resguardado por la garantía constitucional del derecho de propiedad y consecuentemente por el recurso de protección, siendo por lo tanto, en principio, admisible solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva que le ampare en su legítimo ejercicio,

³⁴ *Gaceta*, N° 73, julio, 1986, p. 27.

³⁵ Cabe recordar que el concepto de derecho adquirido, fue precisamente concebido como instrumento para determinar, cuándo un derecho por incorporarse definitivamente al patrimonio de una persona, pasa a formar parte de él, quedando protegido por la garantía del derecho de propiedad y no pudiendo, en consecuencia, ser afectado retroactivamente por el legislador. Nuestra jurisprudencia es clara al respecto, a propósito de derechos personales incorporados al patrimonio ver, *RDyJ*, 1985, sección V, p. 283; *RDyJ*, 1986, sección V, p. 136; *RDyJ*, 1986, sección V, p. 157; *RDyJ*, 1988, sección V, p. 60.

³⁶ *Fallos*, N° 334, septiembre, 1986, sent. 13, p. 604.

cuando ellos se vean afectados por actos u omisiones, arbitrarios o ilegales, de la contraparte e incluso de terceros.

II. EL RECURSO DE PROTECCION COMO MEDIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS ORIGINADOS EN SITUACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO

1. Consideraciones generales.

Existe cierta tendencia en nuestra jurisprudencia a declarar inadmisibles recursos de protección, cuando las situaciones en ellos planteadas tienen su origen en relaciones contractuales, especialmente cuando se persigue el cumplimiento de las obligaciones.³⁷ Se argumenta en apoyo de esta tesis, que esta materia, por su naturaleza, no es dable de discutir y resolver en esta sede jurisdiccional, debiendo ser solucionada mediante el ejercicio de las acciones legales correspondientes y de acuerdo a los procedimientos pertinentes.

Así la Corte, pronunciándose en un recurso de protección intentado por un arrendatario, resolvió que:

[...] los hechos que motivaron el recurso dicen relación con el cumplimiento o incumplimiento de un contrato de arrendamiento que el propietario recurrido debería respetar [...] [tal determinación] [...] sólo puede impetrarse mediante el ejercicio de las acciones y en el procedimiento que establece la ley, de tal manera que el derecho reclamado por el recurrente, de encontrarse afectado, está protegido por los mecanismos preestablecidos por el legislador.³⁸

En nuestra opinión, no es aceptable lo sostenido por la Corte. La sola circunstancia de que estemos ante una relación contractual, no constituye de modo alguno y por sí solo, un motivo para no entrar a pronunciarse sobre el asunto que se le somete a su conocimiento.

³⁷ Así lo expresan Errázuriz y Otero, *op. cit.* en nota 24, p. 124, y una nota a un fallo dictado en materia de contratos, publicada en la *Gaceta*, N° 47, mayo, 1984, p. 56.

³⁸ *Fallos*, N° 331, junio, 1986, sent. 6, p. 314.

El hecho de que se trate de conflictos donde existe una relación de coordinación, así como la circunstancia de que existan otras acciones y procedimientos que permitan resolver los problemas derivados de un contrato, no son razones que puedan esgrimirse para desechar un recurso de protección.

En efecto, "conforme a la historia fidedigna de su establecimiento,³⁹ es indiscutible que el recurso no sólo ampara respecto de los actos arbitrarios de autoridades, sino que también, de situaciones conflictivas entre particulares, y éstas por lo general dimanar de un contrato."⁴⁰

Por otra parte, la circunstancia de que el derecho reclamado por el recurrente se encuentre "protegido por los mecanismos prestablecidos por el legislador", esto es, que existan otras acciones que permitan resolver problemas de índole contractual, no puede ser argumento para declarar inadmisibile el recurso, por cuanto

[...] ni el texto ni la historia del establecimiento del recurso de protección⁴¹ a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de 1980 autorizan para sostener que la procedencia de esta vía constitucional, destinada a restablecer el imperio de derechos de esta misma índole amenazados o desconocidos, pueda encontrarse subordinada a la necesaria inexistencia de otras acciones o recursos concedidos al afectado y que en definitiva le permitan obtener el amparo o protección que reclama para sus derechos.⁴²

Como lo ha venido reiterando en el último tiempo nuestra jurisprudencia,⁴³

³⁹ Ver *Actas*, sesiones 214 y 215.

⁴⁰ *Gaceta*, N° 47, mayo, 1984, p. 56, nota a un fallo sobre recurso de protección y contratos.

⁴¹ *Actas*, sesión 216.

⁴² *Gaceta*, N° 55, enero, 1985, p. 60. El ministro Marcos Libedinsky en este voto de minoría, sienta con extraordinaria claridad la que ha de ser la correcta doctrina en el punto que se estudia.

⁴³ En este sentido ver *RDyJ*, 1986, sección V, p. 69; *RDyJ*, 1986, sección V, p. 155; *RDyJ*, 1988, sección V, p. 27.

[la locución 'sin perjuicio de los demás derechos demuestra'] [...] con absoluta claridad que el constituyente siempre tuvo presente el hecho de que, normalmente, el particular que reclama protección tendría dentro del ordenamiento jurídico otros remedios, recursos o acciones, diversos de la protección, que hacer valer en defensa o resguardo de sus derechos amenazados o quebrantados, pero este mismo constituyente también consideró que, corrientemente, esos otros recursos o acciones ordinarios carecerían de la virtualidad, eficacia y agilidad para otorgar y hacer efectivo con prontitud el amparo que se reclama a través del recurso de protección.⁴⁴

Descartado entonces que los supuestos anteriores autoricen a los tribunales a no pronunciarse sobre el recurso, sino que por el contrario, se lo imponen, estamos convencidos de que nada hay en la naturaleza de la relación contractual que haga improcedente, a su respecto, esta vía procesal.

La pregunta que corresponde hacer no es la de si el recurso de protección es el medio idóneo para resolver conflictos contractuales, sino la de si es posible que en el desarrollo de la relación contractual, uno de los contratantes, sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de su derecho, por actos u omisiones arbitrarios o ilegales de su cocontratante.

La respuesta es afirmativa. Pensemos tan solo en el arrendatario que es expulsado por su arrendador del local objeto del contrato o en el cuenta correntista a quien el banco le cierra sin fundamento su cuenta corriente, o en general el contratante que sufre el término unilateral de un contrato.

Como ya hemos visto un derecho personal emanado de un contrato se encuentra resguardado por la garantía del artículo 19 N° 24° de la Constitución Política, por su parte, el recurso de protección ampara a los titulares de estos derechos respecto de agravios inferidos por un sujeto privado, resultando obvio que el contrato es fuente fecunda de ellos, pudiendo encontrarse el afectado en la necesidad de poner pronto y eficaz remedio a la privación, perturbación o amenaza de que es objeto, mediante la adopción por parte de la Corte de la providencias necesarias que tiendan a restablecer el imperio del derecho.

⁴⁴ *Ibid.* nota 40, p. 61.

No es correcto plantear como obstáculo a la admisibilidad del recurso el hecho de que éste no sea el medio idóneo para discutir la vigencia, validez, interpretación o alcances de un contrato, ya que no es ése el pronunciamiento que se persigue de la Corte.⁴⁵

A ésta se le solicita que adopte las providencias necesarias para amparar en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, que está siendo agraviado por acciones u omisiones arbitrarias o ilegales de la contraparte o de un tercero y que alteran el orden jurídico establecido.

El recurso de protección es un procedimiento de emergencia. Persigue una finalidad distinta, cual es servir de procedimiento "expedito, rápido, que debe resolver con premura una irregularidad en contra del orden jurídico establecido."⁴⁶

Su objetivo no es otro que el mantener el statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren la juridicidad vigente.⁴⁷

En el caso de contratos, la idea de statu quo se presenta con toda claridad en los contratos de tracto sucesivo, como son el arrendamiento, la sociedad, etc.

En efecto, en todos ellos por existir un desarrollo de la relación contractual en el tiempo, resulta posible que una de las partes, unilateralmente y por medio de una acción de facto, altere el statu quo vigente en el desenvolvimiento de esa relación.

⁴⁵ En este sentido se ha resuelto que el recurrido "deberá dejar sin efecto su solicitud de suspensión del servicio telefónico [...] sin perjuicio de las acciones que pudieran intentar las partes tendientes a discutir la validez o alcance de estipulaciones del contrato." *Fallos*, N° 330, mayo, 1986, sent. 4, p. 190.

⁴⁶ *Gaceta*, N° 47, mayo, 1984, p. 56, nota a un fallo sobre recurso de protección y contratos.

⁴⁷ *Ibid.* En este sentido se ha resuelto: "Que, el Recurso de Protección, es un procedimiento expedito y rápido, que debe resolver con premura una irregularidad en contra del orden jurídico establecido. No se trata en consecuencia de que el derecho que se pretende proteger sea de carácter indiscutible o incuestionable, como tampoco de que el fallo que se pueda dictar acogiendo el recurso produzca efectos para decidir, quién es el verdadero titular de un determinado derecho, este recurso no tiene otro objetivo que el de mantener el statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo las acciones de factores (sic) que alteren el orden jurídico." *Fallos*, N° 373, diciembre, 1989, sent. 8, p. 770.

En este sentido, particularmente acertado nos parece un fallo de la Corte Suprema que, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, sitúa en su justo lugar la relación entre recurso de protección y contratos. Señala en su considerando quinto:

Que no corresponde en estos autos, atendida su naturaleza y objeto, decidir sobre la vigencia o término del contrato de arrendamiento, ni sobre el cumplimiento o incumplimiento de sus cláusulas, ni sobre la validez y efectos del desahucio que se habría dado por la arrendadora; porque ello es materia de otros procedimientos; pero sí mediante él, 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, como en el caso de autos, en que por decisión unilateral de una de las partes, se ha impedido a la otra ejercer los derechos que le otorga un contrato de arrendamiento y que estaba ejerciendo sin perturbaciones y amenazas hasta el 31 de octubre del año en curso.⁴⁸

El recurso de protección busca prestar de modo pronto y eficaz, amparo a los agravios que el titular de alguno de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 20 de la Constitución esté sufriendo en su legítimo ejercicio, por lo que esta vía procesal, "persigue una finalidad distinta y su naturaleza difiere enteramente de una acción ordinaria",⁴⁹ por lo que no cabe confundirlas mezclando los ámbitos en que respectivamente operan.

Como lo señala el profesor Eduardo Soto, el recurso de protección tiene dos características básicas que han de presidir todo su análisis, una de las cuales es, que "deja intactas las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico (general o

⁴⁸ Fallos, N° 325, diciembre, 1985, sent. 8, p. 849. En el mismo sentido y por sentencia de marzo de 1991 la Corte Suprema frente a la defensa del recurrido que sostenía que "éste es un problema civil que corresponde dilucidar en una acción de incumplimiento de contrato, lo que es de lato conocimiento", la desechó argumentando "Que, es evidente que cualquiera divergencia que del contrato surja, debe ser motivo de lato conocimiento, pero hay un hecho cierto que ha amenazado y perturbado el derecho de propiedad." Fallos, N° 388, marzo, 1991, sent. 4, p. 10.

⁴⁹ Soto, *op. cit.* en nota 2, p. 214.

especial) haya previsto como tutela de los derechos del agraviado^{50 51}

Ello equivale a decir, como lo ha resuelto la jurisprudencia, que no se trata "que el fallo que pueda dictarse acogiendo el recurso, produzca efectos para decidir quién es el verdadero titular del derecho; son las acciones judiciales pertinentes las que deben impetrarse para una decisión definitiva."⁵²

En síntesis, admitido el derecho de propiedad sobre los derechos personales y establecido que el recurso de protección fue creado para cautelar los derechos fundamentales de orden constitucional, no es aceptable, "que frente a una acción que cumple con todos los presupuestos procesales, requisitos de procesabilidad y de admisibilidad, la corte la rechace fundándose en la existencia de una relación contractual habida entre el ofensor y el ofendido. La función de la Corte es mantener la situación de derecho imperante al momento de cometerse la acción u omisión agravante, ello sin perjuicio del derecho del ofensor a discutir la existencia, validez, cumplimiento o interpretación de

50 Soto *op. cit.* en nota 2.

51 La otra característica básica es que constituye un eficaz remedio para prestar pronto amparo, al afectado, cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o particulares, sean entes con o sin personalidad jurídica. *Ibid.*

52 *Fallos*, Nº 306, mayo, 1984, sent. 12, p. 178. En directa relación con lo expuesto está el efecto de cosa juzgada que produce el recurso de protección. En efecto, como lo sostiene Eduardo Soto, el recurso de protección, acogido o rechazado (tratándose de particulares), produce cosa juzgada formal, pero no sustancial o material, lo que significa, que "no decide la sentencia sobre los derechos efectivos o concretos que puedan estar en disputa, para eso están las acciones ordinarias o especiales del ordenamiento legal, quienes pueden decidir darle la razón a recurrente o recurrido, en contra de lo fallado por la Corte." Soto, *op. cit.* en nota 2, pp. 292-4.

En este sentido se ha resuelto, "que el carácter transitorio de las medidas que se adopten dentro del marco de este recurso, queda de manifiesto en el propio texto del citado artículo (20 Constitución Política) que expresa que quedan a salvo los demás derechos que pueda hacer valer el afectado ante la autoridad o los tribunales correspondientes." *Gaceta*, Nº 127, enero, 1991, p. 20.

En este sentido cobra plena relevancia lo señalado por el integrante de la Comisión Constituyente señor Ortúzar, quien señalaba que el recurso de protección tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lenta el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado..." Burgos, Jorge y Patricia Salas, p. 6, citando a Ortúzar en "Recopilación de sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema, conociendo recursos de protección, amparo e inaplicabilidad", Memoria de Prueba, U.de Chile, 1982.

la relación contractual que tiene con el recurrente, ante el tribunal competente, y mediante el ejercicio de las acciones y de acuerdo al procedimiento que corresponda."⁵³

En definitiva, y más allá de algunos fallos en contrario, parece haberse impuesto en nuestros tribunales el criterio en orden a admitir el recurso de protección, como medio para resolver problemas originados en relaciones contractuales. Así lo demuestra la importante cantidad de recursos que han sido acogidos y que precisamente se han referido a conflictos de esta naturaleza.⁵⁴

2. El recurso de protección como medio de obtener el cumplimiento de obligaciones contractuales.

De conformidad a lo expuesto, el tema de si es o no posible perseguir el cumplimiento de una obligación contractual por medio del recurso de protección, queda subordinado a las premisas vertidas anteriormente.

En principio, debe señalarse que el incumplimiento contractual es una materia, que en general escapa al ámbito propio del recurso de protección, por cuanto ella supone la concurrencia de conceptos tales como la mora y la imputabilidad, los cuales por su propia naturaleza exceden la estructura de un procedimiento sumarísimo y concentrado, como es el que se estudia.

Por esta razón, en la mayoría de los casos, tratándose de conductas que importen la inobservancia de la obligación asumida, deberemos utilizar preferentemente el criterio de la arbitrariedad por sobre el de la ilegalidad, en la medida que siendo aquella menos estricta que el incumplimiento, no se encuentra con el inconveniente que para establecerla, deban concurrir los elementos propios de éste, lo que pensamos es indispensable para hablar de ilegalidad de la inobservancia de la conducta debida.

En este sentido la arbitrariedad a diferencia de la ilegalidad, difiere conceptualmente el incumplimiento.

En efecto, pensemos por ejemplo, en un arrendador que perturba al arrendatario en el goce de la cosa arrendada con el objeto de presionarlo a fin de que éste pague las rentas de arrendamiento, en

⁵³ Errázuriz y Otero, *op. cit.* en nota 24, p. 117.

⁵⁴ Ver notas 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

virtud de lo dispuesto en el artículo 1552 del Código Civil no se encuentra en mora y por lo tanto no ha incurrido en incumplimiento, pero qué duda cabe que está cometiendo un acto arbitrario. El incumplimiento en que se puede encontrar el recurrente purga la mora de su cocontratante, pero en ningún caso la arbitrariedad.

Lo señalado anteriormente no obsta a que la ilegalidad aparezca como criterio claro en conductas que más allá de constituir un incumplimiento importan un atentado en contra del contrato en cuanto tal, como lo es por ejemplo, el dejar sin efecto unilateralmente un contrato o desconocer su existencia, conductas éstas que vulneran el artículo 1545 del Código Civil al pretender privar al titular de su derecho personal emanado del contrato.⁵⁵

Conforme a lo expuesto, cuando la corte se vea enfrentada a una determinada actuación de una de las partes del contrato, que estimada agravante por la otra, aparezca representada por la inobservancia de la conducta a que se encuentra obligada por el contrato, deberá investigar si ésta importa una arbitrariedad o ilegalidad, sin que ello signifique un pronunciamiento en el sentido de si hay o no incumplimiento jurídicamente hablando.⁵⁶

En efecto, como se expuso en el apartado anterior, debe diferenciarse el ámbito en que opera el recurso de protección y las acciones que en materia de contratos buscan obtener el cumplimiento

⁵⁵ En este sentido nuestros tribunales han dicho que "Aun si se trata de una convención que es un contrato innominado, es igualmente aplicable la regla básica del artículo 1545 del Código Civil según la cual habiéndose legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Por ello, es ilegal la decisión adoptada por una de las partes, por sí y ante sí, de poner término a un contrato que llevaba más de un año y medio de ejecución y que fuera pactado por un término de cinco años." *RDyJ*, 1988, sección V, p. 143. Asimismo, y por sentencia de 7 de agosto de 1990, la Corte Suprema amparó a un titular de un contrato de concesión celebrado con ferrocarriles, por estimar que al ponérsele término por esta empresa al contrato no se siguió el procedimiento acordado de común acuerdo por las partes para tal efecto, conducta que importa una infracción a la Ley del Contrato conforme lo dispone el artículo 1545 del Código Civil, y de consiguiente "la resolución que en forma unilateral pone término al contrato de concesión, priva a la recurrente del legítimo ejercicio de los derechos que derivan de dicha convención." *Gaceta*, N° 124, octubre, 1990, p. 119. El fallo utiliza como criterio de ilegalidad y arbitrariedad, el llamado efecto vinculante del contrato contenido en el artículo 1545 del Código Civil, según el cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales."

⁵⁶ A propósito de los efectos del recurso respecto de las acciones que las partes puedan tener para discutir los problemas en él debatidos, ver cap. II, apartado 1, y nota 52.

de la obligación, ya que según se ha dicho la naturaleza y finalidad de una y otra difieren enteramente, sin perjuicio de que en algunos casos, al igual que ocurre en otras situaciones, las consecuencias prácticas derivadas de un fallo favorable sean en el hecho las mismas.

Al respecto es de hacer notar que el recurrente en ningún caso solicita a la corte el cumplimiento del contrato. Procesalmente hablando la pretensión en el recurso, esto es, lo que se pide al tribunal, "es que la Corte de Apelaciones respectiva dé cumplimiento al mandato constitucional de resguardar los derechos amparados por el recurso, restableciendo el imperio del derecho y dando la debida protección al afectado",⁵⁷ lo que en algunos casos, atendido el contenido del derecho cuyo amparo se solicita, se traducirá en el cumplimiento del contrato, como forma de materializar esa protección. Así lo demuestran algunas medidas de protección adoptadas por la Corte, que han obligado al recurrido a cumplir con lo pactado en el contrato.⁵⁸

Ahora bien, como la Corte debe resolver, en los términos del derecho personal del recurrente, si una determinada situación es arbitraria o ilegal, deberá, como criterio para calificar tal conducta, entrar a revisar aquella que se estima agravante, para lo cual habrá de confrontarla con la debida en el contrato.

En definitiva, lo que ésta debe hacer es determinar en cada caso concreto si la inobservancia material por parte de uno de los contratantes de lo pactado, constituye a su respecto una conducta arbitraria o ilegal que atenta en contra del derecho garantizado en el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política, lo que hará conforme a las facultades de apreciación en conciencia de las cuales la dotó el constituyente.

Lo anterior es lógico si pensamos que el contenido del derecho de propiedad del derecho personal, está constituido por la prerrogativa o poder de exigir a otra persona la ejecución de una prestación, por lo que, en el caso del obligado, la forma de agraviar al titular de ese derecho se encuentra naturalmente en el incumplimiento de lo pactado o infracción a la conducta debida.

⁵⁷ Errázuriz y Otero, *op. cit.* en nota 24, p. 30

⁵⁸ A modo de ejemplo ver *Fallos*, N° 379, junio, 1990, sent. 12, p. 117; *Fallos*, N° 388, marzo, 1991, sent. 4, p. 10, y *Fallos*, N° 381, agosto, 1990, sent. 12, p. 428.

Luego de este punto de partida, la Corte deberá revisar el porque de esa conducta, debiendo entrar a calificar si es ilegal y especialmente, como hemos dicho, arbitraria.⁵⁹

En el caso específico de los contratos la conducta será arbitraria cuando no exista razón que la fundamente, cuando el contratante actúe o se abstenga de hacerlo por una voluntad no gobernada por la razón, sino que por mero capricho, sin una razón legal o lógica que justifique su actuar u omitir. En fin, cuando exista falta de proporción entre los medios empleados y el fin a obtener, o bien ausencia de los hechos que pretendían fundamentar la actuación u omisión recurrida.⁶⁰

Los actos de autotutela (que más adelante se estudian) la negativa injustificada o caprichosa a cumplir lo pactado, y en general el desconocimiento sin fundamento del vínculo obligatorio en cuanto tal, configuran manifestaciones de conductas arbitrarias.

Puede apreciarse de las sentencias dictadas en esta materia que éste ha sido el razonamiento seguido por las cortes.

⁵⁹ Desde otro punto de vista debe considerarse que la arbitrariedad es sinónimo de mala fe, por lo que estas actitudes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, constituirían a su vez un incumplimiento del contrato.

⁶⁰ A propósito del sentido del termino "arbitrario". la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió con fecha 19 de Marzo de 1991, en sentencia confirmada por la Corte Suprema Que como aparece del contrato de cuenta corriente suscrito entre el recurrente y el Banco Sudamericano, que en copia rola a fs. 6, el referido Banco podría cerrar o poner fin a la cuenta corriente correspondiente en cualquier tiempo, a su arbitrio; expresión ésta que no debe interpretarse como sinónimo de 'arbitraria', sino que autoriza a la Institución para hacer uso de ella en la forma prudente que deben adoptar en sus manejos los Bancos e Instituciones Financieras". (*Fallos*, N° 392, julio, 1991, sent. 7, p. 287).

Lo fallado por la Corte, pensamos tiene una importancia que va más allá del caso concreto. En efecto puede extenderse la doctrina contenida en la sentencia a todos aquellos contratos llamados de adhesión, en que una de las partes impone su voluntad a su cocontratante, en las que cláusulas como la transcrita son usuales.

El contratante que haya impuesto su voluntad y sea beneficiario de cláusula de estas características, deberá hacer uso de ella prudentemente, so pena de incurrir en arbitrariedad. Dentro de este contexto el recurso de protección se transforma en la mayoría de los casos en el único instrumento efectivo de que dispondrá el otro contratante para poner rápido atajo a esa arbitrariedad.

En relación al concepto de arbitrariedad, Soto, *op. cit.* en nota 2, pp. 84, 189.

Así y en relación a un contrato de compra de bosques en que el vendedor se negaba a firmar el "Plan de Manejo", a tres meses de que expirara el plazo para empezar los trabajos de corta de los bosque comprados, la Corte, estimando arbitraria la negativa, dispuso el cumplimiento forzado del contrato, ordenando al vendedor suscribir el documento.

El fallo determinó que, estando dentro de las obligaciones que tiene el vendedor de esta especie de bienes dar al comprador todas las facilidades que sean necesarias para que éste pueda llevar a cabo la corta de árboles, la actitud del vendedor al negarse a suscribir el plan de manejo, constituye una arbitrariedad, puesto que con su actuar priva a la sociedad recurrente de uno de los atributos que son propios del dominio.

Finalmente, el fallo concluye señalando que no es posible que por un acto unilateral del tantas veces citado señor, la explotación del bosque, legítimamente comprado por el recurrente, quede suspendida, y por consiguiente, no se dé cumplimiento a un contrato legal y válidamente celebrado por el recurrente y recurrido.⁶¹

Como puede deducirse del fallo transcrito, la Corte determinó los alcances del contrato y en base a ello resolvió que la conducta del vendedor, en la medida que sin fundamento razonable alguno se negaba a cumplir con lo pactado, importaba claramente la realización de una conducta arbitraria.

Asimismo, y en relación a la negativa de pagar la cobertura de una prestación médica por parte de una ISAPRE, la Corte interpretó derechamente una de las cláusulas del contrato y en la cual el recurrido se amparaba para no efectuar el pago, ordenando su cumplimiento por estimar que el derecho reclamado no era seriamente controvertible, lo que en otras palabras quiere decir que la negativa era arbitraria.⁶²

⁶¹ Fallos, N° 329, abril, 1986, sent.12, p. 117.

⁶² En el mismo sentido en fallo de marzo de 1991 la Corte Suprema, a propósito de un contrato de maquila y frente a la negativa del dueño de la planta procesadora de pescado de permitir el ingreso a la misma de su contraparte, ordenó como medida de protección "que el recurrente puede continuar en las instalaciones de la planta Pesquera Bahía Austral S.A. y consecencialmente realizar su trabajo. Fallos, N° 388, marzo, 1991, sent. 4, p. 10.

Ahora bien, y esto debe ser destacado, atendida la naturaleza propia de esta acción, esto es, ser un procedimiento de emergencia, que ponga remedio pronto y eficaz, en forma sumarásima a los derechos fundamentales que puedan estar amenazados, restringidos o coartados, cualquiera sea la hipótesis de que se trate, la arbitrariedad o ilegalidad del acto cuya remoción se solicita, debe aparecer de "manifiesto, esto es patente, claro, que salta a la vista."⁶³

Como lo expresara un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, "el acto ilegal o arbitrario que se le impute a un recurrido de protección [...] debe ser lo suficientemente explícito y claro, que permita con la rapidez prevista para un recurso de esta especie restablecer el orden jurídico alterado reincorporando al afectado en su derecho [...]"⁶⁴

En este mismo sentido y a propósito de contratos de prestación de servicios de salud, los tribunales han lisa y llanamente ordenado a las ISAPRES dar cumplimiento al contrato, pagando la cobertura, cuando de los hechos se desprende que hay un "derecho evidente y no seriamente controvertible".⁶⁵

Es esta precisamente la idea que sostiene don Eduardo Soto, cuando expresa, al referirse a la finalidad del recurso, que dado que ésta es "proteger al afectado y restablecer el imperio del derecho, pero de una manera pronta, inmediata y sin mayor dilación, el agravio en general, ha de ser notorio, o manifiesto, o bien perceptible, de un modo fácil, sin profundas disquisiciones teóricas o sesudas investigaciones o complejas pruebas, o bien aun, que aparezca de la sola referencia del afectado, o del acto, ilegal o arbitrario invocado como fuente de agravio".⁶⁶

⁶³ *Gaceta*, N° 47, mayo, 1984, p. 56.

⁶⁴ *Gaceta*, N° 86, agosto, 1987, p. 35.

⁶⁵ *Fallos*, N° 366, mayo, 1989, sent. 4, p. 170; en el mismo sentido ver *Fallos*, N° 381, agosto, 1990, sent. 12, p. 428. En marzo de 1991, la Corte Suprema ha fallado, "que es evidente que cualquiera divergencia que del contrato surja, debe ser motivo de lato conocimiento, pero hay un hecho cierto que ha amenazado y perturbado el derecho de propiedad." *Fallos*, N° 388, marzo, 1991, sent. 4, p. 10.

⁶⁶ Soto, *op. cit.* en nota 2, p. 214.

3. Algunos criterios útiles a efectos de determinar la procedencia del recurso de protección en materia de contratos.

En las consideraciones anteriores hemos visto de modo general, cómo opera el recurso de protección en relación a contratos. En un orden lógico, corresponde ahora establecer algunos criterios que sirvan para determinar cuándo la protección es procedente en esta materia. En general podemos decir que los criterios básicos ya han sido expuestos en los apartados precedentes, y son aquellos que dicen relación con la estructura sumarísima de este procedimiento, su objetivo, naturaleza y finalidades, y el tratamiento de las ideas de lo ilegal y arbitrario en esta materia.

Conjuntamente con ellos se pueden distinguir algunos otros, que de alguna manera son aplicaciones de éstos y respecto de los cuales la Corte ha sido mayoritariamente proclive a acoger el recurso de protección, como en el caso de la alteración del statu quo en el desenvolvimiento de los derechos y los actos de autotutela de uno de los contratantes, junto a ellos encontramos la excepcionalidad del recurso y su finalidad, expresadas a través de la urgencia en resolver el conflicto materia del recurso.

a) La mantención del statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos.

Como se desprende de las actas de la comisión constituyente y reiteradamente lo han establecido nuestros tribunales de justicia, el objetivo del recurso de protección no es otro que el mantener el statu quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren la juridicidad vigente.

Como ya se dijo en el capítulo II apartado primero, la idea de alteración del statu quo es un criterio que tratándose de tracto sucesivo, como arrendamiento, sociedad, cuenta corriente bancaria, etc., se presenta con toda claridad, siendo tomada reiteradamente por nuestra jurisprudencia como argumento para acoger recursos en que uno de los contratantes por acciones (habitualmente de facto), pretende alterar una situación preexistente, tratando de imponer unilateralmente su criterio.

En efecto, en todos ellos por existir un desarrollo de la relación contractual en el tiempo, resulta posible que una de las partes, unilateralmente y por medio de una acción de esa naturaleza, altere el statu quo vigente en el desenvolvimiento de esa relación.

Así el arrendador o concesionario que por vías de hecho cambia los términos en los cuales el contrato se ejecutaba, o el banco que decide dar por terminado unilateralmente un contrato de cuenta corriente o finalmente el socio que excluye a su consocio de la sociedad, están ejecutando actos que alteran el orden jurídico establecido, los cuales quedarán sujetos a ser removidos mediante el recurso de protección, volviendo las cosas al estado anterior a la violación.

Nuestros tribunales, reiteramos, han sido prácticamente unánimes en utilizar la idea del statu quo como criterio cierto de procedencia del recurso en materia de contratos, acogiendo la protección en todos aquellos casos en que por uno de los contratantes ha existido una alteración del mismo, restableciendo a las partes, en el estado que presentaba la relación contractual con anterioridad al acto agravante.

En este sentido y en un fallo citado anteriormente la Corte de Apelaciones de La Serena, resolvió que:

[...] 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, como en el caso de autos, en que por decisión unilateral de una de las partes, se ha impedido a la otra ejercer los derechos que le otorga un contrato de arrendamiento y que estaba ejerciendo sin perturbaciones y amenazas hasta el 31 de octubre del año en curso.⁶⁷

La alteración del statu quo como criterio aplicable a las obligaciones de no hacer.

En general, puede sostenerse que la contravención de una obligación de no hacer, constituye, en cuanto viola un deber de abstención, una alteración del statu quo en los términos que se viene estudiando.

⁶⁷ Fallos, N° 325, diciembre, 1985, sent. 8, p. 849. En el mismo sentido ver a modo de ejemplo Fallos, N° 359, octubre, 1988, sent. 5, p. 646; Fallos, N° 317, abril, 1985, sent. 14, p. 136; Fallos, N° 330, mayo, 1986, sent. 4, p. 188; Fallos, N° 342, mayo, 1987, sent. 14, p. 209; Fallos, N° 373, diciembre, 1989, sent. 8, p. 770; Fallos, N° 376, marzo, 1990, sent. 4, p. 7; Fallos, N° 365, abril, 1989, sent. 18, p. 135; Fallos, N° 304, marzo, 1984, sent. 8, p. 18, y *Gaceta*, N° 124, octubre, 1990, p. 119.

Pensemos que se pacta una típica obligación de esta naturaleza, como es la prohibición para el vendedor de un establecimiento de comercio de instalar en un plazo dado un negocio del mismo giro que el vendido, o que se acuerde, dentro del marco de la negociación de un contrato, que en el evento que éste no se celebre, la parte que ha tenido acceso a la información, no podrá, también por determinado espacio de tiempo, por ejemplo un año, instalar una empresa cuyo giro sea precisamente el mismo objeto sobre el que versaban las negociaciones.

Pues bien, a muy poco andar y antes por cierto que se cumplan los plazos estipulados, ambas personas transgreden sin más la obligación asumida e instalan tales negocios.

Evidentemente, y a simple vista, estos actos se manifiestan como ilegales y arbitrarios, y atentatorios claramente contra el derecho personal del acreedor a exigir tal abstención, resultando imprescindible, para el beneficiario de tal prohibición, poner de modo urgente e inmediato remedio a tal conducta.

Estos actos constituyen un evidente quebrantamiento a la juridicidad vigente, constituyendo el recurso de protección el medio idóneo para restablecerla, mediante la mantención regular del orden jurídico y del statu quo en el desenvolvimiento de los derechos, flagrantemente vulnerados.⁶⁸

⁶⁸ A propósito de esta materia la Corte amparó al beneficiario de una cláusula de no enajenar transgredida. *Fallos*, N° 366, mayo, 1989, sent. 12, p. 186.

b) Los actos de autotutela en el desarrollo de la relación contractual.

Intimamente vinculada con la idea del statu quo, se encuentra la de autotutela.

Los actos que importan pretender hacerse justicia por sí mismo, necesariamente significan una alteración del ordenamiento jurídico vigente.

Nuestras cortes, estimando que todo acto de esta naturaleza es por esencia contrario al ordenamiento jurídico, invariablemente han acogido los recursos interpuestos por el contratante que ha sido víctima de una actuación de su contraparte, que importa un acto de autotutela que desconoce los efectos del contrato.

En este sentido, cobra plena relevancia lo señalado por Eduardo Soto cuando expresa que,

[...] tratándose del recurso de protección entre particulares, esta acción de amparo se colorea de un tinte muy especial: tiende a impedir la autotutela que un particular pueda ejercer sobre otro particular, tiende a evitar el hacerse justicia por sí mismo, no obstante que tenga a lo mejor el autojusticiero toda la razón sobre el fondo del asunto; para hacer justicia están sólo los tribunales en un país civilizado, y aun cuando esté en una situación jurídica amparada precisamente por el Derecho, debe acudir a los Tribunales para compeler a los remisos o incumplidores y no erigirse en juez de los demás particulares conciudadanos ya que esto conduciría irremisiblemente al caos.⁶⁹

En base a lo expuesto, el contratante que sufra en el desarrollo de la relación contractual acciones de facto de su contraparte, que importen el desconocimiento del vínculo obligatorio o bien la pretensión de obligar a la contraparte a una determinada conducta, tendrá la vía del recurso de protección para poner remedio a tales actos.

Ejemplo de este criterio es el fallo de 18 de octubre de 1988 dictado por la cuarta sala de la Corte Suprema en la causa Peralta

⁶⁹ Soto, *op. cit.* en nota 2, pp. 291-2.

Hirsch, Patricio Rol N° 13.193,⁷⁰ en el cual el recurrido, asociado en cuentas en participación con el recurrente, estimando que éste habría incumplido las obligaciones del contrato, envió una carta a la Dirección de Obras Municipales de Chillán, informando que el recurrido "ha dejado de pertenecer a nuestra empresa como Supervisor de Obras y Arquitecto a contar de la fecha 30 de junio de 1988."⁷¹

Ante este evidente acto de autotutela, la Corte estimó que la comunicación unilateral enviada por la recurrida importó privar al recurrente de su calidad de asociado, lo que constituye la ejecución de un acto arbitrario, impidiendo unilateralmente al recurrente ejercer sus derechos y obligaciones en el contrato.⁷²

En el mismo sentido la Corte ha determinado que sin duda alguna el retiro por acción unilateral del arrendador, de un letrero luminoso que anuncia el local comercial del arrendatario; el corte del suministro eléctrico y la colocación de un lienzo con determinada leyenda alusiva a la sociedad de la que forma parte el recurrente,⁷³ altera el ordenamiento jurídico.

Ninguna de las partes de un contrato puede por su cuenta tomar medidas para obligar a la otra parte a una determinada conducta, pretendiendo con ello hacerse justicia por sí mismo, restableciendo el imperio del derecho.⁷⁴

⁷⁰ En el caso en cuestión el recurrente celebró un contrato de asociación o cuentas en participación con una sociedad -recurrida- con el objeto de comprar, terminar y comercializar un conjunto de departamentos en la ciudad de Viña del Mar. La obligación del recurrente consistía en conducir profesionalmente las obras, relacionarse con las autoridades y servicios públicos y proporcionar todos los antecedentes técnicos y legales propios de su profesión de arquitecto que permitan la continuidad de los trabajos, la obtención de los permisos y recepciones municipales.

⁷¹ *Fallos*, N° 359, octubre, 1988, sent. 5, p. 646.

⁷² La misma doctrina contenida en este fallo, puede hacerse extensiva a la figura de exclusión de hecho, de uno o más socios, en las sociedades civiles y comerciales, casos en los cuales el socio apartado de la sociedad tendrá el recurso de protección, como herramienta para poner término inmediato a dicha exclusión que lo priva de sus derechos de tal.

⁷³ El letrero en cuestión contenía la siguiente leyenda: "Este hotel no se termina porque Brahm Autos no entrega el local."

⁷⁴ *Fallos*, N° 373, diciembre, 1989, sent. 8, p. 771.

c) Urgencia en resolver el conflicto suscitado.

El recurso de protección es un medio excepcional, de emergencia, que busca de modo rápido dar protección al ofendido.

Como se señalaba en la fundamentación del proyecto de 1972, antecedente directo del recurso de protección, "muchas veces es indispensable un acción inmediata para evitar daños irreparables al afectado."⁷⁵

Estas características especiales del recurso de protección, nos llevan a pensar que atendida su finalidad, la necesidad de solucionar el conflicto, objeto del recurso, debe estar vinculada a la idea de urgencia.

Este criterio, algunas veces de modo expreso y otras tácitamente se encuentra presente en los fallos de los tribunales.

Así en un recurso de protección que incidía en un problema suscitado con ocasión de un contrato de prestación de salud entre una ISAPRE y su afiliado, la Corte acogiendo el recurso señala expresamente en la fundamentación de su fallo, que "Existe urgencia en resolver este conflicto [...]"⁷⁶

Del mismo modo, en el caso ya expuesto en relación a la negativa del contratante de firmar el plan de manejo de corta de árboles y del también referido contrato de maquila, se desprende de los hechos una cierta urgencia en resolver el conflicto.

En efecto en el primero por cuanto, pasados tres meses de la fecha de interposición del recurso se cumplía el plazo para poder realizar la tala de los árboles y en el segundo por cuanto resulta evidente que la imposibilidad de procesar el pescado a que quedaba sujeto el contratante, le ocasionaría daños que una acción de cumplimiento de contrato o resolución del mismo no podría reparar satisfactoriamente.

De conformidad a lo expuesto podemos observar que la idea de urgencia nos lleva a un plano eminentemente casuístico, correspondiendo a los tribunales, en la apreciación del caso concreto determinarla.

⁷⁵ Soto, *op. cit.* en nota 2, p. 198.

⁷⁶ Fallos, N° 381, agosto, 1990, sent. 12, p. 428.

No obstante, pensamos que en determinados contratos, como por ejemplo los de las ISAPRES o AFP con sus afiliados, tal urgencia tiende a objetivizarse, emanando de la propia materia sobre los que versan, la salud en un caso y los derechos previsionales en el otro.

III. ALGUNOS TOPICOS EN RELACION A CONTRATOS Y RECURSO DE PROTECCION

1. Los problemas de vigencia del contrato, sus causales de terminación y su incidencia en la posibilidad de interponer el recurso de protección.

Como ya ha sido señalado, uno de los requisitos de admisibilidad del recurso consiste en que la privación, perturbación o amenaza, se produzca respecto del ejercicio legítimo de uno de los derechos y garantías contemplados en el artículo 20 de la Constitución Política.

Ahora bien, y como muy acertadamente lo resuelve un fallo de la Corte Suprema, para que un recurso "pueda prosperar es indispensable que el derecho personal que trata de protegerse se encuentre vigente, es decir, que no haya sobrevenido algún hecho que con arreglo a la ley importe la extinción de dicha obligación."⁷⁷

En consecuencia, y siendo la existencia de este derecho presupuesto del recurso, la fuente de la cual emana, el contrato, debe necesariamente encontrarse vigente.

Por ello pensamos, que si bien es correcto como la Corte lo ha sostenido, que no es necesario que el derecho que se reclama sea de carácter indiscutible o incuestionable, éste debe a lo menos discutidamente existir.

Esto significa que, en aquellos casos en que aparezca claramente de los hechos del recurso que el contrato ha terminado y por consiguiente no se encuentra vigente, la Corte debe rechazar el recurso por no existir el derecho cuyo amparo se reclama.

El tenor del artículo 20 de la Constitución es muy claro, el recurso protege derechos, no situaciones de hecho.

⁷⁷ Fallos, N° 319, junio, 1985, sent. 12, p. 316.

Por lo expuesto, estimamos ajustado a derecho el fallo que desestimó un recurso intentado por un arrendatario cuyo contrato había sido afectado por la causal de término contemplada en el artículo 1950 N° 3º⁷⁸ del Código Civil, resolviendo:

Que en caso de expropiación por causa de utilidad pública, como es el que se examina, los derechos que tienen los arrendatarios sobre la cosa expropiada se extinguen por el solo ministerio de la ley en el momento en que es pagada al expropiado el todo o cuota al contado de la indemnización, o ésta es consignada a la orden del tribunal [...] Por demás, el contrato de arrendamiento expira, y por ende, las demás obligaciones y derechos que el crea, por la extinción del derecho del arrendador por disponerlo así el art. 1.950 N° 3º del Código Civil.⁷⁹

El mismo tratamiento de los casos en que es el propio legislador quien señala las causales de terminación que operan por el solo ministerio de la ley merecen las cláusulas de terminación ipso facto o pactos comisorios calificados, en que dicho efecto es acordado por las partes.⁸⁰

⁷⁸ El artículo 1950 N° 3º señala: "El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente: N° 3º Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán".

⁷⁹ *Fallos*, N° 319, junio, 1985, sent. 12, p. 316.

⁸⁰ En efecto, como lo ha sostenido la misma Corte Suprema, la cláusula de terminación ipso facto convenida en contratos que no sean la compraventa opera de pleno derecho, la resolución se produce, a diferencia de la condición resolutoria tácita o pacto comisorio simple, sin necesidad de una sentencia judicial que la declare. Ver *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, artículos 1879, 1950 y 1977 del Código Civil.

Es por estas razones que estimamos incorrecto el fallo de la Corte, que requerida por el titular de un derecho de arrendamiento, encontrándose el contrato afectado por la resolución de pleno derecho, contravino expresamente la que había sido su jurisprudencia anterior en materia de cláusulas ipso facto, exigiendo al beneficiario de la cláusula demandar judicialmente la resolución del contrato. *Gaceta*, N° 110, agosto, 1989, p. 34. Por estas mismas razones estimamos incorrecto, en este punto, un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, que amparó a un arrendatario en su derecho de propiedad emanado del arrendamiento, en circunstancias que claramente aparecía del proceso que su derecho había terminado como consecuencia de la venta de que había sido objeto la propiedad, no estando el nuevo dueño en la obligación de respetar el arriendo. *Fallos*, N° 334, septiembre, 1986, sent. 13, p. 602. Pareciera que la idea que guía a estos fallos es que en todos ellos hay un acto de autotutela del recurrido, ante lo cual los tribunales, se detienen y acogen el recurso sin entrar a analizar la existencia o no del derecho.

Es importante dejar en claro que lo anterior no significa que la Corte resuelva sobre la vigencia del contrato, sino que, en la medida que la existencia del derecho es requisito del recurso, la Corte, para admitir el mismo, debe necesariamente entrar a pronunciarse sobre la vigencia de la convención, desestimando el recurso cuando claramente aparezca que ha sobrevenido algún hecho que de acuerdo a la ley o a la voluntad de las partes, importe la extinción del contrato. De lo contrario, y en ausencia de esta claridad, ha de preferirse la apariencia de vigencia del derecho, debiendo discutirse esta materia en los procesos correspondientes de la legislación común.

Podrá argumentarse en contra de lo sostenido, que su admisión importaría abrir una puerta a la autotutela. Sin embargo, pensamos que si bien es cierto que el recurso de protección es muy amplio, su extensión no puede llegar a cubrir situaciones en las que claramente no existe un derecho que amparar. Ello lo desnaturalizaría como medio de protección de los derechos fundamentales.

Así, y volviendo a aquellos casos en que la Corte acogió los recursos pese a que claramente el derecho no estaba vigente, el perjudicado por tales actos deberá buscar resguardo frente a tales actos, recurriendo por otras de las garantías contempladas en el recurso de protección, o bien, mediante otras acciones contempladas en el ordenamiento jurídico, pero no ya en virtud el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política.

2. Existencia de un compromiso o de una cláusula compromisoria en el contrato y su incidencia en la posibilidad de recurrir de protección.

Es de ordinaria ocurrencia en el tráfico negocial, que los contratantes convengan que los conflictos que se susciten con ocasión o motivo de un contrato, sean sometidos al conocimiento de un tribunal arbitral, ya sea que lo hagan bajo el modelo de un compromiso o de una cláusula compromisoria.⁸¹

⁸¹ El compromiso "es una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos presentes o futuros al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan." A su vez, la cláusula compromisoria "es un contrato por el cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y las someten a juicio arbitral, obligándose a nombrar árbitros en acto posterior." Aylwin, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953, pp. 304, 341.

Ahora bien, se trate de una u otra modalidad, como lo señala don Patricio Aylwin en su libro sobre el juicio arbitral, ambas producen un importante efecto procesal: derogan la jurisdicción de los tribunales ordinarios respecto de los objetos comprendidos en el compromiso. Estos quedan radicalmente privados de todo poder para juzgarlos, en estos casos "los tribunales comunes no sólo son incompetentes, sino que carecen en absoluto de jurisdicción respecto de materias y partes comprendidas en el compromiso" o en la cláusula compromisoria.⁸²

En este orden de ideas, y en presencia de estos pactos, se ha sostenido por los contratantes recurridos en sus defensas, especialmente ISAPRES cuando los afiliados recurren en su contra, "que la vía del recurso no sería adecuada en razón de que las partes estipularon que todas las dificultades provenientes de la interpretación, aplicación o cumplimiento del convenio será sometido a la resolución de un árbitro arbitrador."⁸³

Sin embargo, en forma reiterada y aplicando el criterio que estimamos correcto, los tribunales han desechado esta "excepción impeditiva de compromiso" (o cláusula compromisoria según el caso) o de "falta de jurisdicción" que tienen quienes se encuentran sometidos a arbitraje.⁸⁴

Efectivamente, tanto el sentido de la voz "sin perjuicio de los demás derechos", que emplea el artículo 20 de la Constitución Política, así como el objeto del recurso de protección demuestran que la existencia de los pactos de arbitraje no privan a la Corte

⁸² *Ibid.*, p. 341.

⁸³ A modo de ejemplo ver *Fallos*, N° 381, agosto, 1990, sent. 12, p. 428. En el mismo sentido, un voto de minoría de un ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco, en presencia de una cláusula compromisoria, pactada en un contrato de arrendamiento, falló que lo discutido quedaba fuera del ámbito del recurso de protección por cuanto las partes "han convenido que cualquier dificultad que surja entre ellas, en relación con este contrato, la que es obligatoria para las partes, deberá ser resuelta por un árbitro arbitrador, sustrayendo el problema del ámbito jurídico ordinario." A propósito del mismo caso, el ministro señor Correa y el abogado integrante señor Jiménez, sostuvieron en voto de minoría "que estando acordada por los contratantes la forma de solucionar sus litigios y constituyendo el de autos una dificultad derivada del incumplimiento contractual, debe recurrirse a esa forma de solución, que constituye una sede jurisdiccional válida y distinta y que, por tanto, hace que deba desecharse el recurso de protección que se ha deducido en estos autos." *Fallos*, N° 348, noviembre, 1987, sent. 12, p. 782.

⁸⁴ Aylwin, *op. cit.* en nota 81, p. 341.

de la facultad de conocer con ocasión del recurso, conflictos comprendidos en ellos.

Como ya fue explicado en el capítulo II, la existencia de otras acciones que permitan proteger el derecho reclamado por el recurrente no afecta en modo alguno la posibilidad de recurrir de protección, ya que esta acción "persigue una finalidad distinta y su naturaleza difiere enteramente de una acción ordinaria."⁸⁵

Es ésta precisamente una de las líneas argumentales que ha seguido la Corte para rechazar la excepción de cláusula arbitral:

Que en lo que atañe [...] a la improcedencia del recurso interpuesto, por existir en el contrato de salud que ligaba a las partes una cláusula arbitral relacionada con las prestaciones médicas a que tendría derecho la recurrente, corresponde también rechazarla, habida consideración a que la existencia de tal cláusula no ha podido privar a la afectada de su derecho de entablar el mencionado recurso, conforme a la norma del artículo 20 de la Constitución Política de la República, que autoriza a interponer dicha acción protectora en los casos que ella misma señala, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer el recurrente ante la autoridad o los tribunales correspondientes.⁸⁶

La segunda idea que apoya la tesis sustentada viene dada por el preciso objeto de este recurso, el que determina que las pretensiones que en él se persiguen sean enteramente independientes de las acciones ordinarias que se pueden entablar y que corresponden al conocimiento del árbitro.

En efecto el recurso de protección busca el amparo de los derechos fundamentales que la Constitución Política asegura a todas las personas y en cuyo legítimo ejercicio su titular se ve agraviado, luego, el pronunciamiento que se solicita de la Corte excede el ámbito de competencia que es propia del árbitro.

Como lo sostiene la Corte en un fallo que nos parece ejemplar

⁸⁵ Soto, *op. cit.* en nota 2, p. 215.

⁸⁶ *Fallos*, N° 366, mayo, 1989, sent. 4, p. 170.

[...] la protección impetrada apunta al quebrantamiento de una de las garantías constitucionales y por expresa disposición de la Constitución Política de la República de Chile ésta es una facultad que se le confiere en forma privativa a este tribunal y en consecuencia tal materia no podría ser resuelta por la vía arbitral como lo sostiene la recurrida, siendo, por estas razones, a criterio de los sentenciadores de segundo grado, esta Corte es competente para conocer este negocio.⁸⁷

En resumen, la existencia de un compromiso o de una cláusula compromisoria no puede afectar a la facultad de la Corte de conocer del recurso de protección, ya que ella se ejerce según el art. 20, norma de rango constitucional, sin perjuicio de los demás derechos que tiene el recurrente, y porque se trata de una facultad privativa de la Corte cuyo objeto, según hemos visto, exorbita el marco de la contienda arbitral. Sostener la tesis contraria, equivaldría a afirmar que los contratantes, por el hecho de pactar una cláusula compromisoria, han renunciado a la posibilidad de solicitar que se les ampare en los agravios de que puedan ser víctimas en el ejercicio de sus derechos fundamentales que la propia Constitución Política les garantiza, lo que resulta bajo todo respecto inadmisibles.^{88 89}

⁸⁷ *Fallos*, N° 329, abril, 1986, sent. 12, p. 117. En el mismo sentido, y basándose en la especialidad del recurso de protección la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que "en todo caso la circunstancia de que se haya dicho que puede conocer un árbitro, no quita competencia a la Corte de Apelaciones para conocer el recurso de protección pues éste constituye un procedimiento de carácter constitucional que tiene por objeto conocer en forma urgente y excepcional en caso de haberse incurrido en la violación de garantías fundamentales [...]" *Fallos*, N° 381, agosto, 1990, sent. 12, p. 428.

⁸⁸ Sin perjuicio de lo anterior, si se le diera ese alcance a la cláusula, ésta sería contraria al orden público, y por lo tanto adolecería de objeto ilícito, lo que acarrearía su nulidad absoluta, llegándose en definitiva, en el intento de otorgarle valor absoluto, a privarla de toda eficacia.

⁸⁹ En apoyo de esta tesis debemos tener presente además, como ya hemos visto, que recurrente y recurrido quedan a salvo en su derecho de discutir ante el árbitro todos los conflictos derivados de su relación, ya que el recurso de protección "es 'sin perjuicio' de lo que puede decidirse en definitiva en el asunto [...] sobre el fondo por el juez competente si se plantean las acciones ordinarias o de más lato conocimiento pertinentes". No decide el recurso de protección sobre los derechos efectivos y concretos que puedan estar en disputa, para eso están las acciones ordinarias o especiales del ordenamiento legal. Soto, *op. cit.* en nota 2, p. 291.

IV. EL EFECTO RELATIVO DE LOS DERECHOS PERSONALES, ACTOS DE TERCEROS AJENOS AL CONTRATO Y RECURSO DE PROTECCION

Se sostiene en general que los derechos personales a diferencia de los reales, tienen efecto relativo, esto es, sólo pueden reclamarse de ciertas personas que han contraído las obligaciones correlativas. Por ello se dice que son inoponibles a terceros.

La misma idea se encuentra en el llamado principio del efecto relativo de los contratos "o de la relatividad de su fuerza obligatoria" el que "significa que los contratos sólo generan derechos y obligaciones para las partes contratantes que concurren a su celebración, sin beneficiar ni perjudicar a los terceros. Para estos últimos los contratos ajenos son indiferentes: no les empecen, no los hacen ni deudores ni acreedores. Para los terceros los contratos son res inter alios acta [...]"⁹⁰

En este orden de ideas, podría pensarse que este efecto relativo obstaría a recurrir de protección cuando el agravio proviene de terceros ajenos a la relación contractual, o que sus actos de desconocimiento de los derechos personales emanados del contrato no constituirían conductas ilegales o arbitrarias, argumentándose que ellos no están obligados a respetar derechos personales respecto de los cuales no se encuentran obligados.⁹¹

Ahora bien, y frente a lo expuesto, compartimos plenamente la afirmación de Larroumet cuando señala que el derecho personal es oponible a terceros.

Como señala el jurista francés "esta oponibilidad no significa que el acreedor pueda forzar a los terceros a ejecutar la

⁹⁰ López Santa María, Jorge, *Los Contratos, parte general*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 241, con cursiva en el original.

⁹¹ En este sentido se ha fallado, a propósito de un arrendador que ordenó el corte del servicio telefónico del arrendatario, que "[...] estima esta Corte que la Compañía de Teléfonos de Chile sólo está obligada en sus relaciones comerciales con quien es su suscriptor y no tiene por qué inmiscuirse ni respetar obligaciones para con terceros a dicha relación contractual" *Fallos*, N° 365, abril, 1989, sent. 17, p. 133. En sentido contrario se ha resuelto que "El hecho de que la Compañía de Teléfonos haya cortado el servicio telefónico por orden del arrendador sin que hubiere mediado un proceso previo, ni cesación de pago, constituye un acto de autotutela no permitido por la ley, que viola el derecho de dominio de aquel sobre el bien incorporal aludido" (derecho personal emanado del arrendamiento). *Fallos*, N° 365, abril, 1989, sent. 18, p. 135.

prestación del deudor. Esto es imposible en razón del efecto relativo del derecho personal.

Ello significa más simplemente, que el acreedor, el titular del derecho personal puede forzar a los terceros a tener en cuenta la existencia de su derecho, es decir a no hacer nada que pueda significar una manifestación de que ese derecho no existe.

La existencia del derecho personal se impone a los terceros, lo que significa que no se pueden comportar como si ese derecho no existe. Su oponibilidad se manifestará en la posibilidad reconocida al acreedor de prohibir tal comportamiento o bien obtener una indemnización de perjuicios.⁹²

Manifestación de esta posibilidad, es entonces el recurso de protección, por lo cual el amparo procederá, sea que el acto agravante provenga del obligado, de un tercero o de ambos en conjunto.

CONCLUSION

Creemos haber dejado claramente establecido en el desarrollo del presente trabajo, que el titular de un derecho personal tiene sobre éste, un derecho de propiedad, el que se encuentra protegido por el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política.

⁹² Larroumet, *op. cit.* en nota 30, p. 313, la traducción es nuestra.

La misma idea sostiene Ramón Domínguez Aguila cuando sostiene: "no es efectivo que el contrato sea inoponible a terceros. Muy por el contrario, el contrato es por esencia, oponible a todos, porque nadie puede desconocer el contrato convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir, ni privar, ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato. Lo que ocurre es que el contrato no es únicamente una cuestión de creación de norma legal y de imperio de la voluntad. Se inscribe en un contexto social y, por lo mismo, es también un hecho social [...]" Ramón Domínguez Aguila, citado por López, *op. cit.* en nota 90, pp. 260-1.

La idea no es nueva. Ya nuestro Código Civil recoge esta posición en su artículo 1930, el cual expresa que "si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la reparación del daño". De lo cual se desprende claramente que yo no sólo soy arrendatario respecto del arrendador sino que también de los terceros. El derecho les es oponible.

Así lo ha entendido en general la jurisprudencia, que ha amparado al titular del derecho, especialmente en el caso de arrendatarios, aun cuando el agravio haya provenido de terceros ajenos al contrato. Ver *Fallos*, N° 304, marzo, 1984, sent. 8, p. 18; *Fallos*, N° 334, septiembre, 1986, sent. 134, p. 603, y *Fallos*, N° 365, abril, 1989, sent. 18, p. 135.

Por ello, y siendo perfectamente posible que con motivo de relaciones contractuales puedan realizarse conductas ilegales y arbitrarias que menoscaben ese derecho de propiedad, el recurso de protección debe ser admitido a su respecto.

Como hemos visto la correcta solución a esta cuestión, exige situarse bajo la perspectiva del objetivo, naturaleza y finalidad de este mecanismo procesal, diferenciándolo así de las demás acciones que el ordenamiento jurídico general o especial puedan contener para cautelar estos derechos.

Uno de los fines principales que motivaron la creación de este medio de protección de las garantías constitucionales, fue el de crear un procedimiento de emergencia que diera solución rápida, urgente e inmediata, frente a los agravios que atentan contra algunos de los derechos individuales, evitando así daños irreparables al afectado.

En este orden de ideas, nadie puede discutir que dado el dinamismo propio de las relaciones económicas y la importancia que a su respecto juega la obtención oportuna del beneficio que del contrato se espera recibir, los fines perseguidos por el recurso, precedentemente señalados, concurren plenamente, resultando absolutamente necesaria la existencia de un procedimiento que ágilmente permita, en determinadas circunstancias, que ciertos actos de los contratantes, especialmente de manifiesta arbitrariedad, sean prontamente terminados, por lo que, en ausencia de otras vías, el recurso de protección aparece como imprescindible.