

TEORIA GENERAL DEL CONTRATO¹

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES

1.- Razón de ser de una doctrina general del contrato.

Francesco Messineo se pregunta por qué debe enseñarse la doctrina general del contrato, señalando, en primer lugar, que hay **principios comunes a todos y cada uno de los contratos**, en cuanto cada figura de contrato en concreto, aun teniendo un contenido peculiar, participa de una común naturaleza y estructura. Cada contrato resulta de elementos formales constantes, si bien puede ser distinta la substancia de cada una de las figuras singulares. Pero además, sirve también para determinar las **reglas de las cuales participa un determinado grupo de contratos** (por ejemplo, los onerosos). En un tercer nivel, están **las normas que regulan un contrato en particular**. Estas reglas, determinan el contenido del contrato, y deben combinarse con las reglas comunes a todos los contratos (primer nivel) y con las reglas propias de cada uno de los diferentes grupos de contratos (segundo nivel). De esta manera, agrega Messineo, las reglas comunes y las reglas de los grupos de contratos, son sobre todo de carácter formal, atinentes a la estructura del contrato y tienden a la uniformidad. Y ambas, deberán aplicarse para “disciplinar” (o sea, para regular), cada figura particular de contrato. Así, “Desde un doble punto de vista, pues, las normas establecidas de manera exclusiva para el contrato específico, deben ser integradas, para que se pueda tener su completa disciplina. Así, quien necesite reconstruir la disciplina –supongamos- de la locación², deberá tener presentes al mismo tiempo las reglas generales aplicables a todos los contratos, las reglas propias de los grupos con contratos con prestaciones recíprocas, las de los contratos onerosos, las de los contratos conmutativos, las de los contratos de ejecución continuada, etcétera; y, finalmente, las reglas peculiares (y exclusivas) del contrato de locación.” De esta manera, al estudiar cualquier contrato particular, deben siempre tenerse presente las reglas comunes y las reglas propias a los distintos grupos de contratos. Aquí estriba la utilidad práctica de una doctrina general del contrato. Adicionalmente, este esquema general ofrece también utilidad respecto de los contratos innominados, es decir, los que no están regidos por una disciplina legal particular.³

2.- Origen del concepto moderno de contrato como categoría genérica.

Los romanos sólo conocían figuras concretas de contratos singulares, y no como ocurre en nuestros días, en que concebimos el contrato como tal, como una categoría genérica. En realidad, advierte Messineo, el concepto moderno de contrato no deriva del *contractus* de los romanos, sino del *nudo pacto (conventio)*, reconocido por el derecho pretorio, que indicaba el elemento voluntario y no lo que los romanos llamaban *contractus*,

¹ Fecha de última modificación: 22 de diciembre de 2015.

² En Chile, el contrato de arrendamiento envuelve también al contrato de locación.

³ Messineo Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, año 1968, Tomo I, pp. 1 a 3.

que era el vínculo que mediaba entre dos personas, tuviese éste su origen en un hecho voluntario o en otro hecho no voluntario. Además, el *contractus* era un vínculo que se producía tan solo en relación a un contenido determinado, al cual correspondían figuras igualmente determinadas de contrato. Sólo aquellas determinadas figuras de contrato engendraban acción, esto es, eran reconocidas por el ordenamiento jurídico y protegidas contra su incumplimiento.

Dos factores, posteriormente, contribuyeron a configurar el contrato como categoría genérica:

- a) Por un lado, la formación de la figura del contrato innominado, en el que se enfrentaban dos prestaciones no determinadas, pero susceptibles de resolverse en una relación;
- b) Por otro lado, el nudo pacto, que en su origen no engendraba ni obligaciones ni acción (*ex nudo pacto, actio non nascitur*), evoluciona durante la Edad Media, bajo la influencia de los canonistas, de los partidarios del derecho natural y de los comercialistas, en el sentido de que, lentamente, la voluntad de las partes adquiere el valor de elemento básico, que triunfa sobre el formalismo antiguo, y basta para dar vida al contrato. El contrato moderno, en realidad, no es sino un *pacto*, es decir, un acuerdo de voluntades, capaz – cualquiera que sea su contenido- de dar vida a una obligación. Pothier así lo entenderá, y luego los códigos consagrarán la misma idea. El contrato se transforma de esta manera en un paradigma general y abstracto, susceptible de acoger un contenido cualquiera, con tal que sea serio y lícito.⁴

3.- El concepto moderno⁵ de contrato.

El contrato es un acto jurídico bilateral o convención que crea derechos y obligaciones. Se atribuye a la voluntad de las partes un poder soberano para engendrar obligaciones.

La voluntad de las partes es por lo tanto, al mismo tiempo:

- Fuente de las obligaciones; y
- Medida de dichas obligaciones, en cuanto ella fija el alcance o extensión de las mismas.

La voluntad de las partes contratantes determina así el nacimiento del contrato y sus efectos.

Tal concepto de contrato es fruto de la doctrina de la autonomía de la voluntad, que recogida por el Código Civil francés, también se encuentra como uno de los principios fundamentales del Código Civil chileno.

Para la doctrina, este principio fundamental de la autonomía de la voluntad, se descompone, fundamentalmente, en dos subprincipios:

- El consensualismo; y
- La libertad contractual.⁶

Ambos subprincipios operan, según se estudiará, en el momento en que nace el contrato.

⁴ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 50 y 51.

⁵ Jorge López Santa María habla del concepto “tradicional”, aludiendo al concepto moderno. Se trata del mismo concepto, pero preferimos, siguiendo a Messineo, emplear esta última voz, para distinguirla del concepto que en el Derecho Romano se atribuía al *contractus*.

⁶ López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte general*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 1998, pp. 15 y 16.

Más adelante serán analizados, junto con los restantes subprincipios (efecto obligatorio y efecto relativo del contrato) también derivados de la autonomía de la voluntad, y junto al principio de la buena fe.

4.- El concepto de contrato en el Código Civil chileno.

Nuestro Código Civil menciona los contratos como una de las cinco fuentes clásicas de las obligaciones: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...” (artículo 1437).

El artículo 1438 define a su vez el contrato “o convención”, haciendo sinónimas ambas expresiones: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” Tal confusión es criticada por una parte de la doctrina nacional, puesto que la convención es el género (acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar, transferir o extinguir derechos u obligaciones)⁷ y el contrato una especie de convención (acuerdo de voluntades destinado a crear derechos y obligaciones), recordándose que todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato. Así, por ejemplo, la resciliación o mutuo disenso, el pago y la tradición son actos jurídicos bilaterales o convenciones, pero no son contratos, porque extinguen (los tres) y transfieren (la última) derechos y obligaciones, pero no los crean. Por su parte, la novación es a la vez convención y contrato, porque extingue y crea obligaciones, es decir, es al mismo tiempo un modo de extinguir las obligaciones y un contrato. La renegociación de un crédito, por ejemplo, es una convención que modifica obligaciones, pero no implica crear las mismas, pues su fuente generadora fue el respectivo contrato de mutuo.

La definición de contrato del Código Civil chileno tiene su fuente en la del Código Civil francés, que en su artículo 1101 define la institución en los siguientes términos: “El contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Sin embargo, cabe tener presente que esta confusión o identificación entre convención y contrato también la podemos encontrar en otros códigos civiles. Hoy, la mayoría de los códigos enfatizan el acuerdo de voluntades como elemento esencial del contrato, y no su contenido o finalidad. Así, el Código Civil italiano (del año 1942), para el cual contrato es “el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.⁸ Por su parte, el artículo 957 del Código Civil y Comercial argentino, establece: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. El Código Civil peruano, por su parte, claramente basado en el Código italiano, señala en su artículo 1351 que “El contrato es el acuerdo de

⁷ En cambio, el acto jurídico puede tener un quinto fin: transmitir derechos y obligaciones, como ocurre en el testamento. Ello no es posible tratándose de una convención o contrato, pues adolecería de objeto ilícito, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1463 del Código Civil, que proscribía los pactos sobre sucesiones futuras.

⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., p.17; Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 40 y 41. Este último autor (ob. cit., pp. 48 y 49), subraya el distingo entre contratos y convenciones no sobre la base de que se originen o no derechos y obligaciones (distingo que, según vimos, no considera el Código Civil italiano), sino atendiendo a si disciplinan o no relaciones patrimoniales: si lo hacen, estamos ante un contrato, y en caso contrario, ante una convención. Tal distingo no es considerado en la doctrina chilena.

dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.” El artículo 1254 del Código Civil español, a su vez, dispone que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”

En la doctrina francesa, el distingo entre convención y contrato es reconocido por Colin y Capitant, aunque relativizan su importancia. Parten proponiendo como concepto de contrato el siguiente: “El contrato o convención es un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos. Al contratar, las partes pueden proponerse, ya crear un vínculo jurídico; crear o transferir un derecho real u originar obligaciones; ya modificar una relación existente; ya, por último, extinguirla. El artículo 1101 parece distinguir el contrato de la convención, hacer de ésta el género y de aquél la especie. En efecto, se reserva alguna veces el nombre de contrato para las convenciones que tienen por objeto originar o transmitir un derecho⁹, derecho de crédito o derecho real.”¹⁰ Los autores franceses citan acto seguido a Pothier, quien decía: “‘La especie de convención, que tiene por objeto formar alguna obligación, es la que se llama contrato’, dice Pothier (Obligations, núm. 3º, edición Bugnet, tomo II, pág. 4). Las convenciones que no constituyan contrato serán, pues, los acuerdos de voluntades destinados a modificar o extinguir derechos, como la novación o el pago. Pero esta distinción entre los contratos y las convenciones sólo tiene un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a unos que a otros. Y hasta en algunos casos el Código emplea indiferentemente una u otra expresión.”¹¹

No todos concuerdan, sin embargo, con la crítica formulada al tenor del artículo 1438 en cuanto confundiría “contrato” con la “convención”. Patricio Carvajal, señala al respecto que “Desde luego, se intuye como insatisfactoria una respuesta que se basa en un ‘error’ o una ‘confusión’ de carácter tan elemental. Esto, pues no resulta fácil aceptar que el codificador, don Andrés Bello, haya cometido un error que en la práctica resulta imperdonable incluso para un alumno que rinde su examen del primer curso de Derecho Civil.” Sostiene que la crítica incurre en un anacronismo, pues se plantea a partir de la Teoría del Negocio Jurídico, elaborada con posterioridad a la redacción del Código: “En nuestra opinión, el asunto no se puede solucionar al amparo de una aproximación metodológica sincrónica, que consiste en analizar la cuestión únicamente a partir de nuestras concepciones actuales; vale decir, dando validez atemporal y absoluta a la teoría general del negocio jurídico.” Esta doctrina, dice, desconoce las normas que nos obligan a asumir las definiciones de los artículos 1437 y 1438 como términos de significación legal (artículo 20) y, además, a desechar las interpretaciones que generen problemas de correspondencia y armonía con el propio Código (artículo 22). Recuerda Carvajal que en el Derecho francés, la *convention* llegó a identificarse con la categoría general de contrato. Durante la Edad Media, y principalmente por el aporte de los canonistas, se abandona la regla romana *nuda pactio obligationem non parit* (no surge obligación del simple pacto), enfatizándose en cambio que tanto valen una simple promesa o convención, como las estipulaciones del Derecho Romano. Se proclamó entonces el deber de respetar la palabra dada, las *convenances*, bajo la regla *toutes convenances sont a tenir*. Esta tendencia se

⁹ Resulta evidente que los autores no emplean aquí la expresión *transmitir* en su acepción propia, de traspasar el dominio a la muerte del causante, sino en una acepción amplia, de traspasar el dominio por acto entre vivos, lo que corresponde más bien, como sabemos, al acto de *transferir*.

¹⁰ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, año 1951, Tomo III, tercera edición española, p. 594.

¹¹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, *ob. cit.*, p. 594.

plasmará en el artículo 1134 del Code, que reza: Las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho. Luego, nuestro Código Civil adopta la fórmula del Código francés, asimilando las nociones de contrato y de convención al acuerdo de voluntades destinado a ser fuente de obligaciones. En tal contexto, la definición del artículo 1438 debe vincularse con el artículo 1437, tal como lo destaca Claro Solar, cuando afirma que el “Código da por establecido en esta definición (artículo 1438) que contrato y convención son cosas sinónimas, indican la misma idea; pero esta asimilación es motivada, porque da aquí a la palabra convención el mismo sentido que acaba de atribuirle el artículo 1437, de concurso real de las voluntades de dos o más personas destinado a ser fuente de las obligaciones.” Consigna Carvajal que la referencia a las fuentes de las obligaciones (artículo 1437) parece la clave más importante para superar la aparente falta de sistematicidad del Código Civil al dar valores idénticos a los términos contrato y convención. Aceptando, así, que contrato y convención son sinónimos (y no puede ser de otra forma, si se tiene en consideración el artículo 20) y que dicha identificación se refiere a las fuentes de las obligaciones, la cuestión se resuelve. Concluye Carvajal que “resulta claro que nuestro Código Civil, siguiendo el francés, utiliza el concepto de convención como criterio de clasificación de las distintas fuentes de las obligaciones, por un lado se encuentra el ‘contrato’, designado a estos efectos como ‘convención’; y del otro, las fuentes distintas del contrato: los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley, todas ellas designadas, en perfecta correlación, como fuentes ‘no convencionales’. Vale decir, en un sistema en que el concepto ordenante es el ‘contrato’, la oposición entre ‘fuentes contractuales’ y ‘fuentes no contractuales’ viene designada en cada uno de sus polos como ‘fuentes convencionales’ y ‘fuentes no convencionales’. Así, desde la perspectiva de las fuentes de las obligaciones ‘convención’ funciona como concepto delimitador, adoptando la acepción más restringida de ‘contrato’: ‘contrato o convención’ tienen, por tanto, un mismo significado.”¹²

Una segunda crítica se formula a la definición del artículo 1438, en cuanto al objeto del contrato. Debemos recordar que el objeto de todo acto jurídico, y el contrato entre ellos, son los derechos y obligaciones, mientras que tales derechos y obligaciones tienen a su vez por objeto una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer (artículo 1460). De ahí a que se diga que cuando el artículo 1438 señala que en el contrato una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer, se omite una etapa, desde el momento que se hace referencia a la prestación como objeto del contrato, en circunstancias que la prestación es el objeto de la obligación y no del contrato.

Una definición de contrato más precisa, siguiendo al profesor Jorge López Santa María, sería la siguiente: “el contrato (es un acto jurídico que) engendra obligaciones y (...) éstas a su vez tienen por objeto dar, hacer o no hacer alguna cosa”¹³ (la definición está contenida en *Los Contratos. Parte General*, dos tomos, segunda edición actualizada del año 1998, la mejor obra en esta materia, y que seguiremos preferentemente en esta parte del curso).

5.- Elementos del contrato.

¹² Carvajal R., Patricio Ignacio, “Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. “Contrato” y “Convención” como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 2, pp. 289 a 302, 2007.

¹³ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 18.

En estas ideas preliminares en torno al contrato, debemos tener presente también que el artículo 1444 establece que en todo contrato distinguimos cosas que son de su esencia (comunes y propias), de su naturaleza y accidentales.

a) Elementos o cosas que son esenciales.

Son aquellos sin los cuales, el acto jurídico no produce efecto alguno o degenera en otro acto diferente. En otras palabras, de faltar, no nace el acto jurídico o muda en otro diferente al inicialmente propuesto.

Distinguimos dos tipos de elementos esenciales:

1º Elementos de la esencia generales o comunes a todo acto jurídico: son los requisitos de existencia y de validez de todo acto jurídico.

2º Elementos de la esencia especiales o particulares, de determinado acto jurídico: son aquellos que permiten singularizar un determinado acto jurídico, atendida su naturaleza o estructura. Así, por ejemplo:

- En el contrato de compraventa: la cosa; el precio (este último debe pactarse en una suma de dinero; si se pacta que el precio se pagará parte en una suma de dinero y parte en especies y éstas últimas valen más que el dinero, el contrato será de permuta y no de compraventa).
- En el contrato de comodato: gratuidad (si hay precio, estaremos ante un contrato de arrendamiento).
- En el contrato de sociedad: “*animo societario*”, obligación de aporte, participación en las utilidades y contribución a las pérdidas.
- En el usufructo, el plazo.
- En el contrato de transacción: la existencia de un derecho dudoso o discutido y las concesiones recíprocas de las partes.

b) Elementos o cosas de la naturaleza.

Son aquellos que no siendo esenciales en un acto jurídico, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial. Están señalados en la ley. En otras palabras, si las partes desean excluir estos elementos, deben pactarlo en forma expresa.

Ejemplos: saneamiento de la evicción o de los vicios redhibitorios en la compraventa; facultad de delegación en el mandato; en el mismo contrato, la remuneración u honorario a que tiene derecho el mandatario; la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales.

Los elementos de la naturaleza miran al estatuto normal de un acto jurídico, vale decir, a los derechos y obligaciones “tipo”. A diferencia de los elementos esenciales, que son de orden público, los elementos de la naturaleza son de orden privado y pueden ser modificados o excluidos por las partes, en una determinada relación jurídica.

c) Elementos o cosas accidentales.

Son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen al acto jurídico, pero que pueden agregarse en virtud de una cláusula especial que así lo estipule.

Ejemplo: las modalidades, como el plazo, la condición o el modo.

En realidad, los únicos elementos verdaderamente constitutivos del acto jurídico son los esenciales; los de la naturaleza no forman parte de la estructura básica del acto jurídico, sino que dicen relación con sus efectos; por su parte, los elementos accidentales no son requisitos del acto jurídico, sino de su eficacia, dado que a ellos puede subordinarse la producción de los efectos del acto jurídico.

6.- Funciones de los contratos.¹⁴

Muy amplio es el campo de acción de los contratos. Abarca todo acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, tanto en el campo de los derechos patrimoniales como de los derechos de familia, sin que tenga importancia si sus resultados son permanentes o transitorios.

En otras palabras, el campo de acción de los contratos no se restringe al aspecto patrimonial, a los bienes, sino que también abarca a las personas (así, por ejemplo, en el matrimonio). Con todo, como destacan algunos autores, de ambos campos, es en el patrimonial en donde el contrato domina como dueño, y aunque en el terreno del Derecho de Familia representa un papel importante, el contrato en éste ámbito no se parece en nada al contrato en el derecho patrimonial, por lo menos en cuanto a sus efectos, pues en el contrato propio del Derecho de Familia, ya no son las partes las que regulan las consecuencias jurídicas del acto, sino que la ley. Se agrega que en el campo patrimonial, el contrato no juega el mismo rol según se trate de derechos reales o personales. En el derecho de bienes, la libertad está mucho más limitada que en el dominio de los derechos de créditos. En efecto, las partes no pueden modificar a su gusto la organización de la propiedad territorial ni crear derechos reales distintos de los autorizados por la ley. El cuadro en que se mueve su voluntad es aquí mucho más estrecho.¹⁵

Para algunos autores, el concepto de contrato comprende solamente los actos jurídicos destinados a crear obligaciones de carácter transitorio, mientras que si se establece o crea un estatuto de carácter permanente, el acto dejaría de ser un contrato para convertirse en una institución. Esto explicaría que para algunos, el matrimonio no sea un contrato, sino una institución.

En términos generales, los autores hablan de dos funciones que cumplen los contratos: económica y social.

El contrato cumple sin duda una función económica de la mayor importancia: es el principal vehículo de las relaciones económicas entre las personas. La circulación de la riqueza –principio fundante del Código Civil-, el intercambio de bienes y servicios, se cumple esencialmente a través de los contratos. Ninguna persona en su actividad cotidiana, puede escapar al influjo de las normas legales que regulan a los contratos. Sin ellos, el mundo de los negocios sería imposible. Como señala Messineo, “El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se

¹⁴ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 19 a 24; y Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 35 a 37.

¹⁵ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 597 y 598.

combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad.”¹⁶

Pero el contrato cumple también una función social: no sólo sirve el contrato para la satisfacción de necesidades individuales. Además, es un medio de cooperación entre los hombres. Pensemos que el trabajo, la vivienda, el estudio, la recreación, la cultura, el transporte, etc., implican usualmente una dimensión social o una relación de cooperación entre diversas personas. En algunos códigos, se recoge explícitamente la idea de la “función social del contrato”, como en el artículo 421 del Código Civil brasileño: “La libertad de contratar será ejercida en razón y con los límites de la función social del contrato.”

Advirtamos sí que sólo en el Siglo XX llegó a consolidarse la función social de los contratos, en una tendencia destinada a corregir ciertos abusos que se amparaban en la noción de contrato exclusivamente voluntarista, propia del Siglo XIX. Ello hizo intervenir al legislador, dictando normas imperativas reguladoras de las cláusulas más importantes de aquellos contratos considerados socialmente más significativos. Aparece así el contrato dirigido, bajo la impronta del orden público social o de protección de aquellos individuos dotados de menos poderes de negociación, o sea, contratantes más débiles, frente a otros colocados en una posición más fuerte.

Aclaremos sí que no siempre la cooperación se impone a los contratantes externamente, por el poder público, sino que puede alcanzarse espontáneamente, cuando los particulares aúnan esfuerzos en torno a un objetivo de relevancia social.

Desde otro punto de vista, la función social de los contratos se relaciona directamente con el principio de la buena fe, que impone a cada contratante el deber de lealtad y de corrección frente a la otra parte durante todo el *iter contractual*, vale decir, desde las negociaciones o conversaciones preliminares –fase precontractual–, pasando por la celebración del acto jurídico hasta la ejecución del contrato y abarcando incluso las relaciones postcontractuales.

Desglosando las funciones económica y social de los contratos, distinguen los autores diversas subfunciones de los contratos, en todo caso no taxativas:

a) Función de cambio o de circulación de los bienes y de prestación de servicios: que se realiza mediante los contratos traslativos de dominio, por ejemplo, la compraventa, la permuta, la donación, el mutuo, la transacción (cuando recae en un objeto no disputado), el aporte en dominio a una sociedad, el cuasiusufructo y el depósito irregular. Como expresa Messineo, la institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad. El contrato es el vehículo de la circulación de la riqueza.¹⁷ Este autor distingue diversas clases de contratos de cambio: i) Contratos de cambio dirigidos a realizar un *do ut des*, en los cuales la materia del cambio es un dar a título oneroso, como una compraventa o una permuta; ii) Contratos de cambio, dirigidos a realizar un *do ut facias*, en los cuales la materia es un *facere*, es decir, la asunción de una obligación de hacer por parte del deudor, contra una prestación consistente en un dar, como el arrendamiento de servicios o el contrato de trabajo; iii) Contratos de cambio dirigidos a realizar un *facio ut facias*, en los cuales hay dos prestaciones de la misma estructura, si bien no del mismo contenido, que se enfrentan, como ocurre con la prestación de servicios recíprocos (por ejemplo, dos personas

¹⁶ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 34.

¹⁷ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 15.

que acuerdan constituirse cada una mandataria de la otra); iv) Contratos de cambio en los cuales se da una cosa o se asume una obligación sin retribución, cual es la donación.¹⁸

b) Función de crédito: mutuo, contratos bancarios. Estas son figuras onerosas; excepcionalmente, esta función es gratuita, como ocurre en el comodato o préstamo de uso.

c) Función de garantía: mediante contratos accesorios como la prenda, la hipoteca o la fianza, destinados a fortalecer el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento de la obligación principal caucionada.

d) Función de custodia: a través de contratos destinados a la guarda y conservación de bienes ajenos, como el depósito.

e) Función de uso y goce: que se concreta en contratos que proporcionan a un tercero el uso y a veces el goce de una cosa, pero no el dominio, como el arrendamiento, el usufructo, los contratos que generan los derechos reales de uso y la habitación.

f) Función laboral: contrato de trabajo, contrato de arrendamiento de servicios, mandato (especialmente el mercantil a comisionistas).

g) Función de previsión o de prevención del riesgo social: seguros mutuos, seguros comerciales, renta vitalicia, contratos con administradoras de fondos de pensiones, instituciones de salud previsional, etc.

h) Función cultural y educativa: contrato de prestación de servicios educacionales, de investigación científica, de extensión, etc.

i) Función de recreación: hotelería, transporte con fines turísticos, contratos de espectáculos, el juego y la apuesta, etc.

j) Función de cooperación: si bien se encuentra prácticamente en todos o en casi todos los contratos, aparece más patente en los llamados actos *intuitu personae*, como el mandato, la donación, las sociedades de personas, etc.

k) Función de previsión o de prevención del riesgo jurídico: contratos dirigidos a prevenir o dirimir una controversia, como son el compromiso o la transacción.

7.- Clasificación de los contratos.

Al respecto, debemos considerar en primer lugar aquellas clasificaciones legales, contenidas en el Código Civil, y en segundo lugar, aquellas que ha ido elaborando la doctrina recogiendo la cambiante realidad social, cultural y económica, cuya dinámica ciertamente excede las fijaciones que el legislador puede efectuar.

7.1. Clasificaciones del Código Civil chileno.

A) Contratos unilaterales y bilaterales.

a.1) Conceptos.

Se refiere a esta clasificación, el artículo 1439 del Código Civil: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”

¹⁸ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 35 y 36. Estos distinguos, nos recuerdan aquellos que formulara, a propósito de la causa, Jean Domat.

Los contratos se denominan unilaterales o bilaterales según impongan obligaciones a una sola de las partes o a ambas partes. No se atiende con esta clasificación al número de voluntades que se requieren para que se perfeccione el acto jurídico, sino al número de partes obligadas, partiendo de la base que ya existe acuerdo de dos o más voluntades, es decir, ya existe una convención o acto jurídico bilateral, que crea obligaciones.

No es lo mismo entonces un acto jurídico bilateral y un contrato bilateral, pero siempre el contrato, como acto jurídico, será bilateral, aun cuando como contrato pueda a su vez ser unilateral o bilateral.

En esta clasificación de los contratos tampoco se atiende al número de las obligaciones que se originan, sino a la circunstancia de que se obligue una parte o ambas mutuamente.

Contratos unilaterales, entonces, son aquellos en que una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna. Se requiere obviamente el consentimiento o acuerdo de voluntades de ambas partes, pero una asume el papel de deudor y la otra el de acreedor. Ejemplos de contrato unilateral: donación, comodato, depósito, mutuo, prenda, hipoteca, fianza.

Contratos bilaterales o sinalagmáticos¹⁹, por su parte, son aquellos en que ambas partes se obligan recíprocamente. El contrato genera obligaciones contrapuestas, de manera que cada parte es deudora y acreedora de la otra. Ejemplos: promesa, compraventa, permuta, transacción, arrendamiento, sociedad, mandato.

a.2) Trascendencia de la clasificación.

La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales es la que tiene consecuencias jurídicas más importantes, habida cuenta que hay importantes instituciones que sólo operan, o frecuentemente operan, tratándose de contratos bilaterales:²⁰

1º Resolución del contrato por falta de ejecución o cumplimiento: artículo 1489²¹, **condición resolutoria tácita**. En todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, caso en el cual el acreedor o contratante diligente (o sea el que por su parte ha cumplido o está llano a cumplir con sus obligaciones) puede solicitar la resolución del contrato con indemnización de los perjuicios, si el deudor se encuentra en mora de cumplir.

Según los términos del artículo 1489, la condición resolutoria tácita sería inoperante en los contratos unilaterales. No hay acuerdo en la doctrina, sin embargo. Para algunos, sólo tiene cabida en los contratos bilaterales; para otros, cabe en todo contrato oneroso (que usualmente será también bilateral, pero según veremos más adelante, hay varios casos de contratos unilaterales y onerosos). El Código Civil, en todo caso, contempla la condición

¹⁹ La expresión *contratos sinalagmáticos* encierra una tautología, pues *synallagma* quiere decir *contrato*: Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 605. Así por lo demás lo entiende el Diccionario de la Lengua Española.

²⁰ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 100 y 101.

²¹ El artículo 1489 tiene su fuente en el artículo 1184 del Código Civil francés, que consigna: La condición resolutoria se sobreentiende siempre en los contratos sinalagmáticos, en el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual no ha sido cumplida la obligación, puede elegir entre obligar a la otra al cumplimiento de la convención, cuando ello es posible, o pedir la resolución con la indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser pedida ante los Tribunales, y éstos pueden conceder al demandado un plazo, según las circunstancias.

resolutoria tácita a propósito de dos contratos unilaterales: en el comodato (artículo 2177) y en la prenda (artículo 2396). En ambas disposiciones, si el comodatario o el acreedor prendario infringen su obligación (el primero, porque destina la cosa a un uso que no corresponde al de su naturaleza y el segundo porque sencillamente usa la cosa, facultad de la que por regla general carece), el comodante o el constituyente de la prenda podrán exigir la restitución inmediata de la cosa prestada o prendada, extinguiéndose por ende el contrato.

¿Cualquier incumplimiento, por insignificante que fuere, faculta al contratante diligente para demandar la resolución del contrato? Tradicionalmente, se ha respondido que sí: basta –se afirma– cualquier incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, para pedir la resolución²². Carece de importancia la magnitud de la infracción y la importancia de la obligación infringida. Excepcionalmente, la ley considera la magnitud de la infracción:

- en el arrendamiento (arts. 1939, 1972 y 1979);
- en la compraventa (cuando se trata de una cosa que no existía al momento de la celebración del contrato, artículo 1814; en la evicción parcial, artículo 1852 inciso final; y tratándose de los vicios redhibitorios, artículo 1868);
- y en el usufructo (artículo 809).

Por otra parte, el juez no puede señalar al contratante en mora un plazo para el cumplimiento (a diferencia del Código Civil francés). De acuerdo al artículo 1494, sólo puede hacerlo en los casos especiales señalados por la ley (por ejemplo, artículo 904, restitución de la cosa en las prestaciones mutuas). Con todo, algunos han planteado la conveniencia de hacer un distingo entre las obligaciones **principales** del contrato, cuyo incumplimiento facultaría, razonablemente, para demandar la resolución del mismo, y aquellas obligaciones más bien **secundarias**, que no lo autorizarían. Luis Claro Solar señala al efecto: “No habiéndose referido (el artículo 1489) determinadamente a la totalidad de las obligaciones principales que nacen del contrato, sino **a lo pactado**, puede ocurrir que la inejecución de las obligaciones principales sea sólo parcial, o que se refiera a obligaciones accesorias, habiéndose cumplido las obligaciones principales que esencialmente constituyen el contrato. ¿Podría esta inejecución parcial de los compromisos contraídos por una de las partes, autorizar a la otra para demandar la resolución, para que fuera declarada por el juez? Ateniéndose al tenor de la ley habría que decidir que la resolución puede ser pronunciada porque la ley no exige la inejecución total; pero en una materia regida más bien por la equidad que por el rigor del derecho, esta solución podría ser demasiado absoluta, puesto que algunas de las obligaciones comprendidas en lo pactado por los contratantes pueden no tener sino un efecto relativo e insignificante y su inejecución no causar al otro contratante perjuicios apreciables (...) Esta solución está fundada evidentemente en el principio de equidad que sirve de fundamento a la condición resolutoria que la ley subentiende en los contratos sinalagmáticos; y a la buena fe con que éstos deben ser ejecutados. No nos parece, por eso, admisible la opinión que no admite distinción alguna entre la inejecución total o parcial, ni entre la inejecución total o parcial de una obligación principal y de una obligación accesorio o secundaria; y creemos que para

²² En tal sentido, Alessandri Rodríguez, Arturo, *Curso de Derecho Civil. Tomo III, De las Obligaciones*, Santiago, Editorial Nascimento, año 1941, p. 76; Somarriva Undurraga, Manuel, *Las Obligaciones y Los Contratos ante la Jurisprudencia*, segunda edición actualizada por Ramón Domínguez Benavente, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 1984, pp. 12 y 13. Cita abundante jurisprudencia.

declarar la resolución el juez debe determinar si no se ha cumplido **lo pactado**, es decir, lo que constituye el contrato en sí mismo y ante las estipulaciones de las partes que no habrían seguramente contratado si no había de ejecutarse por el demandado lo que éste quedó obligado a prestar.”²³

La cuestión no tiene una fácil solución, pero nos parece atendible el criterio a partir del cual los jueces podrían resolver la interrogante, apoyándose en el principio de la ejecución de los contratos de buena fe (artículo 1546 del Código Civil). En el Derecho francés, Colin y Capitant son favorables a la tesis de rechazar la acción de resolución, si el incumplimiento no fuere significativo, afirmando al efecto: “el juez podrá negar la resolución pura y simplemente y limitarse a fijar una indemnización de daños y perjuicios cuando se trate de un incumplimiento parcial de tan poca gravedad que deje al acreedor el **beneficio esencial del contrato**. Esta solución era evidente en el antiguo Derecho (Pothier, Vente, núm. 475). Y, si bien el Código Civil no la reproduce en el artículo 1184, numerosos artículos la aplican en otros sitios (véase art. 1636, en materia de venta, 1722 y 1729, en materia de arrendamiento). La jurisprudencia ha consagrado muchas veces su permanencia, ya cuando tuvo que decidir acerca de casos de incumplimiento parcial del contrato, ya –lo que viene a ser lo mismo– cuando se trataba de la violación de una cláusula accesoria del contrato.”²⁴

2° En cuanto a los riesgos: sólo en los contratos bilaterales se plantea el problema de los riesgos (artículos 1550 y 1820), que consiste en determinar si al extinguirse la obligación de una de las partes por caso fortuito o fuerza mayor, se extingue también o por el contrario subsiste la obligación de la otra parte. Recordemos que en el derecho chileno, la obligación de la otra parte subsiste, y por lo tanto, en la compraventa, por ejemplo, el comprador podrá pagar el precio sin recibir nada a cambio, cuando la cosa específica o cuerpo cierto se destruyó fortuitamente en manos del vendedor, sin mediar condición suspensiva o estipulación en contrario.

En los contratos unilaterales, tal problema no se plantea, puesto que el caso fortuito o fuerza mayor extingue las obligaciones de la única parte obligada, extinguiéndose por ende la relación contractual.

3° Principio de “la mora purga la mora”: contenido en el artículo 1552, se aplica sólo en los contratos bilaterales; ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras la otra no cumpla o esté pronta a cumplir sus obligaciones recíprocas. Es la llamada “excepción de contrato no cumplido”, conforme a la que el demandado puede negarse a cumplir la prestación que le corresponde, mientras el demandante no cumpla o no de principio a la ejecución de la obligación que el contrato ha puesto de su cargo. Se justifica lo anterior, pues en los contratos bilaterales las obligaciones recíprocas de las partes se sirven mutuamente de causa, es decir, de soporte jurídico.²⁵ Como señalan Colin y Capitant, si los contratantes no han determinado el orden de cumplimiento de sus obligaciones, este cumplimiento debe ser recíproco y simultáneo. Agregan que “Cada contratante, como sólo consiente en obligarse para obtener la prestación con que cuenta, vería burladas sus esperanzas si estuviese obligado a entregar lo que ha prometido sin recibir al mismo tiempo aquello que se le prometió en cambio.” Citan estos autores aquello

²³ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Décimo, De las Obligaciones, Santiago, Editorial Nascimento, año 1936, pp. 190 a 193.

²⁴ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 777.

²⁵ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 607.

que decía Domat, atinente a esta materia: “Siendo la obligación de uno el fundamento de la del otro, el primer efecto de la convención es el de que cada uno de los contratantes puede obligar al otro a cumplir su obligación cumpliendo él la suya por su parte.” Colin y Capitant recuerdan también lo que afirmaba Pothier, en la misma línea de Domat: “En los contratos sinalagmáticos se presume que cada uno sólo quiere cumplir su obligación en tanto la otra parte cumple al mismo tiempo la suya.”²⁶ La *excepción de contrato no cumplido* se descompone en dos hipótesis: *non adimpleti contractus*, cuando se opone dicha excepción al acreedor (y a la vez deudor también) que ninguna parte de su obligación ha cumplido; y *non rite adimpleti contractus*, cuando se opone la excepción al acreedor (y también deudor) que sólo ha cumplido una parte de su obligación. ¿Procede en ambos casos? Nadie podría discutir que en el primero, la excepción es completamente admisible. En el segundo caso, la cuestión no es tan clara. Es cierto que el demandado, en cuanto es también acreedor del demandante, tiene derecho a recibir un pago íntegro de su crédito, y si tal no ha ocurrido, podría levantar la excepción. Pero no es menos cierto que si el demandante ha cumplido con buena parte de su obligación, han surgido voces que han planteado que no parece razonable admitir que el demandado, quien en nada ha cumplido, pueda oponer al actor la excepción *non rite adimpleti contractus*. Esta cuestión viene a ser la otra cara del problema, ya mencionado, de si puede el contratante diligente demandar la resolución del contrato, cuando el demandado ha dejado de cumplir con una parte insignificante de su obligación. Por lo demás, bien podría afirmarse que si cumplió lo principal, es porque “está llano” a cumplir con lo que resta.

4° Cesión del contrato: en los contratos bilaterales, puede ocurrir que una de las partes ceda a un tercero el conjunto de sus créditos y obligaciones que emanan del contrato. Para que ello ocurra, es necesario sin embargo que consienta el otro contratante, pues de aceptarse la cesión sin que consienta en ella la otra de las partes del contrato, estaríamos tolerando una novación por cambio de deudor, sin que el acreedor consienta en ello, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 1635 del Código Civil.²⁷ En cambio, en un contrato unilateral, cuando la única parte que tiene derecho a recibir la prestación, transfiere su derecho a otro, estaremos no ante la cesión del contrato, sino ante la cesión del crédito.²⁸

5° Resolución y revisión del contrato: según lo estudiamos, en la doctrina comparada y en algunas legislaciones, se admite en los contratos bilaterales la resolución o la revisión de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente: teoría de la imprevisión, estrictamente

²⁶ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 762 y 763.

²⁷ Así lo plantea Abeliuk, a propósito del contrato de promesa. Señala al efecto: “Cesión de la promesa. El crédito consistente en el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo es, en principio, cesible, de acuerdo a las reglas generales de la cesión de créditos, y se efectúa mediante la entrega del título y la notificación o aceptación del deudor (...) Todo esto tiene una salvedad neta tratándose de la promesa bilateral y respecto a la obligación de otorgar el contrato prometido, ya que ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras de la misma obligación, por lo que no resulta posible ceder una calidad sin la otra que le va unida. Ha sido más frecuente que la cesión de promesa se efectúe entre nosotros, cediendo el prometiente comprador sus derechos a un tercero, y notificando al prometiente vendedor. Esto resulta perfecto respecto al crédito del prometiente comprador, pero en cuanto a su obligación de otorgar el contrato prometido, vendría a ser una delegación imperfecta. La verdadera figura que corresponde es la cesión de contrato, en que se traspaasa éste íntegramente, y que no está reglamentada y ha sido muy poco estudiada entre nosotros. En todo caso, para que la cesión de promesa bilateral sea plenamente eficaz, a nuestro juicio, debe hacerse con el consentimiento del otro prometiente, ya que en nuestra legislación nadie está obligado a aceptar el cambio de deudor sin su consentimiento”. Abeliuk Manasevich, René, *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 137 y 138.

²⁸ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 235 a 252.

ligada con los contratos onerosos, de ordinario opera respecto de los contratos onerosos bilaterales (lo que no excluye, en algunos casos, que pueda operar en un contrato oneroso unilateral).²⁹

a.3) Contratos sinalagmáticos imperfectos.³⁰

En el contrato propiamente bilateral o sinalagmático perfecto, todas las obligaciones nacen al mismo tiempo: al momento de perfeccionarse el contrato por la formación del consentimiento, o si se trata de contratos solemnes, al cumplirse la solemnidad, o si estamos ante contratos reales, con la entrega de la cosa (éste último caso, sólo en teoría, pues en la práctica los contratos reales son unilaterales).

Las obligaciones, que han nacido en un mismo instante, son interdependientes, de manera que lo que a unas afecta, repercute en las otras. Tal interdependencia no se agota en el nacimiento del contrato, sino que se mantiene durante su ejecución y se proyecta hasta su extinción.

Puede ocurrir sin embargo, que ciertos contratos que nacen como unilaterales, por circunstancias posteriores a su generación originen obligaciones para aquella de las partes que inicialmente no contrajo obligación alguna. Tales son los denominados “contratos sinalagmáticos imperfectos”.

Así ocurre, por ejemplo, en el depósito y en el comodato, contratos unilaterales, pues sólo generan obligaciones para el depositario y el comodatario, pero que pueden, a posteriori, generar obligaciones para el depositante y para el comodante, que consistirán en el reembolso de los gastos de conservación de la cosa o en indemnizar los perjuicios ocasionados por la mala calidad de la cosa (artículos 2235, 2191 y 2192). Igual acontece en la prenda (artículo 2396).

La doctrina critica sin embargo la denominación de sinalagmáticos o bilaterales imperfectos, porque da la idea que en definitiva nos encontramos ante contratos bilaterales, lo que no es exacto. En efecto, los contratos siguen siendo unilaterales, y tal naturaleza la debemos buscar al momento de su nacimiento o formación. El contrato unilateral no pierde su naturaleza si por hechos sobrevinientes queda obligada la parte que inicialmente no lo estaba. Las nuevas obligaciones, en verdad, no tienen su fuente en el contrato, sino en la ley, siendo independientes de las otras obligaciones primitivas, y no interdependientes.³¹ Las obligaciones primitivas, entonces, tienen por fuente el contrato, mientras que en el caso de las sobrevinientes, es la ley. Por lo demás, las obligaciones para el acreedor son eventuales, responden a un hecho que hubiera podido no producirse.³²

No tienen lugar en los contratos sinalagmáticos imperfectos, por tanto, las instituciones que antes reseñábamos como propias de los contratos bilaterales: condición resolutoria tácita (con las salvedades que hicimos respecto del comodato y la prenda), la teoría de los riesgos y la excepción de contrato no cumplido. Algunos autores, sin embargo, intentan asimilar la última a estos contratos unilaterales, pero ello debe descartarse, desde el

²⁹ Acerca de la resolución del contrato con prestaciones recíprocas (o bilateral) por excesiva onerosidad sobreviviente de la prestación, Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 373 a 400.

³⁰ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 101 y 102.

³¹ Como señala Messineo, en el contrato sinalagmático imperfecto las dos series de obligaciones nacen en momentos distintos y en virtud de razones diversas y no se encuentran en ese nexo lógico de interdependencia en que están en los contratos con prestaciones recíprocas: Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 415.

³² Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 606.

momento que la ley otorga en este caso otro instrumento: el derecho legal de retención (artículos 2193 y 2234).

a.4) Contratos plurilaterales o asociativos.^{33 34}

Son aquellos contratos que provienen de la manifestación de voluntad de dos o más partes, todas las cuales resultan obligadas en vista de un objetivo común. Arranca este concepto del Código Civil italiano.

Esta noción se aplica especialmente al contrato de sociedad. En verdad, entre contrato bilateral y plurilateral no hay diferencia cualitativa o de fondo, sino sólo cuantitativa. El contrato plurilateral, sin perjuicio de ciertos rasgos distintivos, sería una especie de contrato bilateral.

En la doctrina comparada, especialmente italiana, se indican algunas diferencias entre uno y otro:

1° En los contratos bilaterales surgen obligaciones correlativas y diferentes para las partes (por ejemplo, en la compraventa, la entrega de la cosa por el vendedor y el pago del precio por el comprador); en los plurilaterales, cada parte adquiere derechos y contrae obligaciones de idéntica naturaleza y respecto a todos los demás (en el contrato de sociedad, por ejemplo, todos los socios se obligan a efectuar un aporte y a soportar las eventuales pérdidas).

2° En los contratos bilaterales, los vicios del consentimiento traen consigo la nulidad del acto jurídico; en los plurilaterales, el vicio de que adolece la voluntad de uno de los contratantes implica la ineficacia de su concurso al acto jurídico, pero el contrato mantiene validez en la medida que las otras partes puedan lograr la finalidad en vista de la que se contrató. En otras palabras, el contrato subsiste entre las demás partes.

3° En principio, los contratos bilaterales están circunscritos a las partes originalmente contratantes (aunque cabe la posibilidad de cesión del contrato); los plurilaterales permiten el ingreso de nuevas partes o el retiro de las originales (en la sociedad, el retiro e ingreso de socios).

4° Los contratos bilaterales suelen extinguirse tan pronto nacen, suelen ser de ejecución instantánea (aunque, en ocasiones, también pueden ser de ejecución diferida), mientras que los plurilaterales suelen generar situaciones estables, jurídicas y económicas, destinadas a durar un tiempo prolongado (son, por ende, de tracto sucesivo o incluso de duración indefinida).

B) Contratos gratuitos y onerosos.^{35 36}

b.1) Conceptos.

El artículo 1440 del Código Civil define unos y otros: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes,

³³ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 103 a 105.

³⁴ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 76 a 78.

³⁵ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 105 a 113.

³⁶ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 416 a 420.

gravándose cada uno a beneficio del otro.” El aspecto fundamental reside en **la utilidad** que preste el contrato a las partes. Contrato a título oneroso es por tanto aquél en que cada parte paga la ventaja que obtiene del contrato, es decir, percibe un beneficio a cambio de una contraprestación actual o futura. Contrato a título gratuito, en cambio, es aquél en que una de las partes se procura una ventaja sin que ello le demande un sacrificio, porque no debe suministrar una contraprestación a cambio del beneficio que recibe.

Como señala López Santa María, lo que permite clasificar a los contratos en gratuitos y onerosos es un criterio económico, y no un criterio eminentemente técnico-jurídico, como el que sirve de base a la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales. De lo que se trata es discernir si el contrato resulta útil o provechoso para una de las partes o para ambas.³⁷

El criterio anterior, que resalta el beneficio o utilidad como elemento esencial, ha sido discutido por otros autores. Así, para Somarriva, para ser oneroso el contrato, las partes deben **gravarse** recíprocamente; la discrepancia entre los dos autores citados, se resume en lo siguiente: para concluir si estamos o no ante un contrato oneroso, basta, para López Santa María, que el contrato reporte utilidad para ambas partes, aunque dicho beneficio lo obtenga uno de los contratantes de un tercero ajeno al contrato (como ocurre en el caso de una garantía constituida por un tercero a cambio de un pago realizado por el deudor); en cambio, para Somarriva, además del beneficio para ambos, es necesario que las dos partes se graven recíprocamente, según se desprende del artículo 1440 del Código Civil.³⁸

b.2) Clases de contratos gratuitos.

El contrato gratuito, que no reporta utilidad para una de las partes, puede o no implicar, además, empobrecimiento para el mismo contratante. Si se produce tal merma patrimonial, como por ejemplo ocurre con el contrato de donación, podemos hablar de contratos gratuitos *propriamente tales*; cuando no se produce un empobrecimiento, es decir, cuando uno de los contratantes, movido del deseo de prestar un servicio a otro, no se empobrece en su beneficio, pero no recibe nada a cambio de la prestación que hace o se obliga a hacer, estamos ante contratos gratuitos *desinteresados*. Es lo que acontece, por ejemplo, en el comodato, el depósito y la fianza no remunerada.³⁹

b.3) Acerca de si los contratos bilaterales son siempre onerosos: regla general y excepciones.

Para Ramón Meza Barros, los contratos bilaterales son siempre onerosos: al obligarse, ambas partes reportan un beneficio y soportan el gravamen que significa la obligación recíproca.

Tal conclusión (que también sustentan Abeliuk, Mery y Somarriva), es criticada por López Santa María: señala éste que aun cuando lo habitual es que los contratos bilaterales sean onerosos, existen figuras concretas de contratos bilaterales gratuitos, citando al efecto:

³⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., PP. 105 y 106.

³⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, “*Tratado de las Cauciones*”, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., sin año, p. 342.

³⁹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 603 y 604.

1° El mandato no remunerado: si bien el mandato es por naturaleza remunerado, en la práctica muchas veces tiene carácter gratuito, especialmente considerando que se trata de un contrato de confianza. Cuando no se remunera al mandatario, el contrato es gratuito y exclusivamente en beneficio del mandante. Sin embargo, el contrato es bilateral, ya que siempre impone al mandatario la obligación de hacerse cargo de los negocios cuya gestión le encomienda el mandante y a éste la obligación de proporcionar al mandatario lo necesario para ejecutar el encargo.

2° La donación con cargas: la donación irrevocable o entre vivos, en la que se impone al donatario una carga o modo en beneficio de un tercero, es un contrato bilateral, pues genera obligaciones para el donante y para el donatario, y al mismo tiempo gratuito, ya que no origina utilidad económica al donante sino que exclusivamente al donatario y al tercero beneficiado con el modo.⁴⁰

b.4) Acerca de si los contratos unilaterales son siempre gratuitos: regla general y excepciones.

Por su parte, los contratos unilaterales son generalmente gratuitos, pero también pueden ser onerosos, como señala uniformemente la doctrina.⁴¹ Tal ocurre:

1° En el mutuo: cuando se refiere a dinero, el mutuario debe devolver la suma recibida (el capital), más los intereses devengados (Ley número 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero: la gratuidad no se presume en estas operaciones. A falta de estipulación, el mutuario debe pagar los intereses). El contrato entonces es provechoso para ambas partes, pero sigue siendo unilateral, pues el único que resulta obligado es el mutuario, a pagar las sumas adeudadas. En cambio, si se estipula que la suma prestada no devengará intereses de ninguna clase, el contrato será unilateral y gratuito, pues no le reportará beneficio alguno al mutuante.

2° En el depósito, cuando el depositario está facultado para usar la cosa en su provecho (artículos 2220 y 2222 número 2).

3° En el comodato en pro de ambas partes (artículo 2179): por ejemplo, el perro de caza que se presta con la obligación de amaestrarlo; o la parcela que se presta gratuitamente, obligándose el comodatario a efectuar innovaciones que incorporen nuevas tecnologías en el manejo de los frutales.

4° En las cauciones constituidas por terceros, ajenos a la obligación principal que se garantiza, en virtud de una remuneración o prestación en general realizada o prometida por el deudor principal. En tal hipótesis, el contrato de hipoteca, prenda, fianza, etc., tendrá carácter oneroso, pues tiene por objeto la utilidad del acreedor y del garante (López Santa María). Sin embargo, algunos autores estiman que en el caso anterior, el contrato es unilateral pero gratuito, pues para que fuere oneroso, las partes contratantes deben gravarse recíprocamente, y en los casos citados, es un tercero, ajeno al contrato, quien se grava a favor de una de las partes contratantes (Somarriva).

b.5) Trascendencia jurídica de la clasificación de contratos gratuitos y onerosos.⁴²

⁴⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 109.

⁴¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 107 y 108.

⁴² Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 110 a 113.

1° Para determinar el grado de culpa de que responde el deudor (artículo 1547): tratándose de los contratos onerosos, el deudor responde de la culpa leve, considerando que se obtiene por ambas partes un beneficio mutuo. En cambio, en los contratos gratuitos, debemos distinguir a qué parte reporta utilidad el contrato; si sólo reporta utilidad al deudor (comodato, por regla general), responde hasta de la culpa levísima, mientras que sólo responde de la culpa lata o grave, si quien recibe la utilidad es la contraparte (el depósito, por regla general). De esta manera, en los diversos contratos regulados por el Código Civil se responde de la siguiente manera:

- Contrato de compraventa: las partes responden hasta de culpa leve;
- Contrato de arrendamiento: las partes responden hasta de culpa leve;
- Contrato de sociedad: las partes responden hasta de culpa leve;
- Contrato de transacción: las partes responden hasta de culpa leve;
- Contrato de prenda: el acreedor prendario responde hasta de culpa leve;
- Contrato de comodato: el deudor responde incluso de culpa levísima.
- Contrato de depósito: el deudor responde sólo de culpa lata;
- Contrato de hipoteca: el deudor (constituyente) responde hasta de culpa leve;
- Contrato de promesa: las partes responden de culpa leve.
- Contrato de anticresis: el acreedor anticrético responde hasta de culpa leve.

2° Tratándose de la obligación de saneamiento de la evicción: esta se reglamenta en la compraventa (artículo 1838 y siguientes), arrendamiento (artículos 1928 y siguientes) y la sociedad (artículo 2085), pero en la doctrina nacional y comparada, se sostiene que es una obligación de la naturaleza de todo contrato oneroso. Algunos códigos civiles (argentino⁴³ y peruano) establecen que el saneamiento de la evicción se aplica a los contratos onerosos en general.

3° En los contratos gratuitos, la persona con quien se contrata es de relevante importancia: se trata de contratos *intuitu personae*. En consecuencia, el error en cuanto a la persona, vicia el consentimiento (artículos 1455, 1681 y 1682). En los contratos onerosos, la identidad de la persona con quien se contrata es normalmente indiferente, de manera que un error en tal aspecto no tiene trascendencia jurídica, no vicia el consentimiento. Excepcionalmente, los contratos onerosos son *intuitu personae*, como por ejemplo tratándose de la transacción (artículo 2456) o en el caso del mandato remunerado o de la sociedad de personas.

4° Los contratos gratuitos imponen ciertos deberes a quienes reciben los beneficios: así se aprecia en nuestro ordenamiento positivo, en las donaciones entre vivos, las que son revocables por ingratitud del donatario (artículos 1428 y siguientes). Ello es una excepción a la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos. Por su parte, el donatario está obligado a proporcionar alimentos al donante que le hizo una donación cuantiosa (artículo 321 número 5); el donante, por su parte, goza del beneficio de competencia, si el donatario le demanda el cumplimiento de la gratuidad (artículos 1417, 1625 –que define el beneficio de competencia– y 1626 número 5).

⁴³ Disponen los artículos 1033 y 1034 del Código Civil y Comercial argentino: “Artículo 1033.- Sujetos responsables. Están obligados al saneamiento: a. el transmitente de bienes a título oneroso; b. quien ha dividido bienes con otros; c. sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso”. “Artículo 1034.- Garantías comprendidas en la obligación de saneamiento. El obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos conforme a lo dispuesto en esta Sección, sin perjuicio de las normas especiales”.

5° La circunstancia de ser gratuito u oneroso el contrato determina las condiciones en que es atacable por medio de la acción pauliana o revocatoria: En efecto, conforme al artículo 2468, para revocar los contratos gratuitos celebrados por el deudor en perjuicio de los acreedores, basta la mala fe del primero; los contratos onerosos, en cambio, son revocables en la medida que estén de mala fe el otorgante (el deudor) y el adquirente (el tercero que contrató con el deudor), es decir, se requiere que ambos conozcan el mal estado de los negocios del deudor.

6° En los contratos gratuitos, la pura liberalidad es causa suficiente (artículo 1467); en los contratos onerosos, la causa está en relación a las prestaciones recíprocas y a las ventajas que se espera obtener.

7° En materia de contrato de arrendamiento, si el arrendador transfiere la cosa arrendada, el adquirente a título gratuito está obligado a respetar el contrato de arrendamiento; en cambio, si adquiere a título oneroso, no está obligado a respetar el arrendamiento preexistente, salvo que este se hubiere celebrado por escritura pública (artículo 1962).

8° En el cuasicontrato de pago de lo no debido, tratándose de una especie o cuerpo cierto, si la cosa ha pasado a poder de un tercero, quien pagó indebidamente podrá reivindicarla de dicho tercero, si éste entró en posesión por título gratuito. No cabe reivindicarla si el tercero adquirió por título oneroso y encontrándose de buena fe (artículo 2303). Nótese que título “*lucrativo*” es sinónimo de gratuito (igual cosa en el artículo 1962).

9° El legislador ha establecido diversas restricciones tratándose de ciertos contratos gratuitos: así, exige la ley insinuación para donar, esto es, autorización judicial para donar (artículo 1401); respecto también a las donaciones hechas a legitimarios o a terceros, podrán resultar inoponibles a los legitimarios, conforme al sistema de los acervos imaginarios, que incluyen la acción de inoficiosa donación (artículos 1185 a 1187).

10° Para determinar cuando el acreedor prendario no puede invocar la prenda tácita (artículo 2401): cuando el deudor vende la cosa dada en garantía o constituye a título oneroso un derecho para el goce o tenencia de la cosa, y el comprador o el tercero en cuyo favor se constituye el derecho, ofrece al acreedor pagar la obligación garantizada (art. 2404).

Tales son las consecuencias fundamentales de esta clasificación. Podemos entonces sintetizar el contrato oneroso como aquel que implica enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos, y al contrato gratuito como aquel que implica enriquecimiento para una de las partes y falta de beneficio para la otra (gratuitos *desinteresados*) o incluso empobrecimiento para la otra (gratuitos *propriamente tales*).

C) Contratos conmutativos y aleatorios.^{44 45}

c.1) Conceptos.

Se definen en el artículo 1441 del Código Civil y constituyen una subdivisión de los contratos onerosos: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o

⁴⁴ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 113 a 118.

⁴⁵ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 422 a 426.

hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

Lo que básicamente distingue a los contratos conmutativos y aleatorios, es que sólo en los primeros pueden las partes, al perfeccionar el contrato, apreciar o estimar los resultados económicos que traerá consigo. En los contratos aleatorios, en cambio, las partes no pueden hacer ningún cálculo racional en relación a las consecuencias económicas que producirá el contrato. El destino del contrato queda supeditado al azar, a la suerte, a la más completa incertidumbre.⁴⁶

Por ello, más precisa es la definición que de estos contratos hace el jurista español Sánchez Román: “Contratos conmutativos son todos aquellos en los que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, y bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, y aleatorios o de suerte, todos aquellos en que cada una de las partes tiene también en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, pero no bien determinado en el momento del contrato, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o pérdida”.

c.2) Críticas al art. 1441.

En la doctrina, se formulan dos críticas al precepto⁴⁷:

a) Desde el momento en que se adopta como determinante en el concepto de contrato conmutativo “la equivalencia de las prestaciones recíprocas”, se incurre en un doble error:

1º Se supone por el art. 1441 que el contrato oneroso es siempre bilateral, en circunstancias de que también puede ser unilateral, como ya vimos;

2º Porque da la idea de una supuesta igualdad en las prestaciones, significado que tiene precisamente la expresión “equivalente”. Sin embargo, todo contrato oneroso, sea conmutativo o aleatorio, conlleva riesgo o incertidumbre, lo que en definitiva trae consigo cierto grado de desigualdad en las ventajas económicas que obtienen las partes.

Recordemos en este punto que nuestro Derecho tolera tal desigualdad en las utilidades que obtienen las partes, y sólo excepcionalmente, en ciertos contratos, establece normas reguladoras, al existir una ruptura violenta del equilibrio en las prestaciones: lesión enorme, que puede conducir a la nulidad o a la reducción de la prestación excesiva o el aumento de la prestación ínfima. En estos casos, la regla general acerca de la subjetividad en la equivalencia de las prestaciones se modifica, tornándose dicha equivalencia objetiva.

b) Se sugiere por el precepto que sólo podrían tener carácter conmutativo los contratos onerosos que originan obligaciones de dar o de hacer; conforme al tenor literal del art. 1441, parecieran excluirse los contratos que originan obligaciones de no hacer, lo que ciertamente es inadmisibile.

c.3) Distinción entre contratos aleatorios y condicionales.

No debemos confundir ambas clases de contrato. En los contratos aleatorios, no queda supeditada a una contingencia la existencia o inexistencia de las obligaciones, como ocurre en los contratos condicionales. En los contratos aleatorios, lo que queda supeditado a

⁴⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 114 y 115.

⁴⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 113 y 114.

una contingencia es el resultado económico del contrato, es decir, la mayor o menor utilidad que obtendrán las partes. Pero el contrato aleatorio es un contrato puro y simple.⁴⁸

La condición es un elemento accidental, que las partes voluntariamente incorporan al acto jurídico. En cambio, la contingencia de ganancia o pérdida, que también implica futureidad e incertidumbre, es un elemento de la esencia de los contratos aleatorios, que las partes no pueden eliminar si acordaron celebrar un contrato de este tipo. Como señala Messineo, “El contrato aleatorio no puede confundirse con el contrato sometido a condición porque el álea no es un elemento autónomo con respecto al conjunto del contrato como, en cambio, lo es la condición; y también porque el contrato aleatorio es siempre un contrato puro y simple. Además, el contrato aleatorio importa un riesgo en relación a la ventaja económica, que está ínsito en la estipulación, mientras que el contrato condicionado hace depender la eficacia (ejecutabilidad, o, respectivamente, resolución) del contrato de un acontecimiento futuro e incierto que puede o no realizarse.”⁴⁹

Con todo, hay casos en los que existe gran analogía entre contratos condicionales y aleatorios, cuando del albur o contingencia incierta depende ya no la extensión de lo que a una parte corresponde pagar, sino que si tiene o no que pagar, es decir, si hay o no prestación. Así ocurre, por ejemplo, en los contratos de seguro contra determinados siniestros.⁵⁰

c.4) Ejemplos de contratos conmutativos y aleatorios.

La mayoría de los contratos onerosos son conmutativos: arrendamiento, mutuo con intereses, permuta, compraventa de cosas que existen, etc.

De los contratos aleatorios trata el CC. en los arts. 2258 a 2283 y entre ellos podemos mencionar la renta vitalicia, el juego, la apuesta, el seguro, etc. También se menciona como contrato aleatorio la venta de derechos litigiosos.

Hay contratos que pueden revestir carácter conmutativo o aleatorio, como ocurre en la compraventa de cosas que no existen, pero se espera que existan (arts. 1461 y 1813). Si las partes, al celebrar esta clase de contratos, nada agregan, se entiende que el contrato es conmutativo y condicional, y si la cosa en definitiva no llega a existir, se entenderá fallida la condición; por el contrario, si las partes estipulan que se compra la suerte, entonces estaremos ante un contrato puro y simple, pero aleatorio.⁵¹

c.5) Trascendencia jurídica de la clasificación.⁵²

Cabe citar un aspecto legal y otro doctrinario:

1º Aplicación de la lesión enorme⁵³ en algunos contratos conmutativos, cuando la ley expresamente lo dispone.⁵⁴ Recordemos que la regla general es que los contratos no sean

⁴⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 115.

⁴⁹ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 424 y 425.

⁵⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 115 y 116.

⁵¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 116 y 117.

⁵² Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 117 y 118.

⁵³ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, “Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del derecho romano al Código Civil de Chile”, en “Estudios dogmáticos de Derecho Civil”. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2005, pp. 207 a 251; Devoto Merrimán, Carolina, “La lesión enorme ante la Legislación Comparada y Código Civil Chileno”,

rescindibles por lesión enorme, puesto que la equivalencia es subjetiva, las prestaciones “se miran” como equivalentes por las partes (aunque en verdad bien puedan no serlo).

Excepcionalmente, esta equivalencia debe fijarse dentro de ciertos límites, cuando la ley así lo establece, y la sanción en caso de contravención será la nulidad relativa o la reducción de la prestación excesiva o el aumento de la prestación ínfima. Tal acontece en la compraventa y la permuta de bienes raíces, por ejemplo.

Tratándose de la lesión enorme, la equivalencia deja de ser subjetiva y se torna objetiva, considerando la grave desproporción de las prestaciones que las partes miraron como equivalentes.

En nuestra legislación, los únicos casos en que se puede alegar lesión enorme, son los siguientes:

- Compraventa voluntaria de inmuebles: arts. 1888 a 1896; el artículo 1889 dispone: “El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. / El justo precio se refiere al tiempo del contrato.”
- Permuta de inmuebles, por aplicación de las normas de la compraventa, art. 1900: “Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio.”;
- Mutuo con interés; habrá lesión, cuando se pacte un interés que exceda el máximo convencional. En cuanto al mutuo de cosas fungibles y consumibles que no sean dinero, dispone el artículo 2206: “El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente.”; en cuanto al mutuo de dinero, establece el artículo 6, inciso final de la Ley número 18.010: “No podrá estipularse un interés que exceda el producto del capital respectivo y la cifra mayor entre: 1) 1,5 veces la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención, según determine la Superintendencia para cada tipo de operación de crédito de dinero, y 2) la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención incrementada en 2 puntos porcentuales anuales, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional”; el artículo 8, inciso 1º, de la misma Ley, agrega: “Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención o al momento en que se devenguen los respectivos intereses, en el caso de las operaciones a que se refiere el inciso primero del artículo 6º ter”.
- Anticresis, art. 2443: “Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores. / Los intereses que

en *Temas de Derecho*, edición especial Jornadas de Derecho Civil en Homenaje al Bicentenario del Código Civil Francés, Santiago, Universidad Gabriela Mistral, enero-diciembre 2004, Año XIX, números 1 y 2, pp. 147 a 174.

⁵⁴ Cfr. Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 654 a 659.

estipularen estarán sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso de mutuo.”;

- Partición, art. 1348: “Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. / La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota.”;
- En la liquidación de la sociedad conyugal, art. 1776, que hace aplicable el art. 1348: “La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.”;
- Casos de cláusula penal enorme, art. 1544: “Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.”
- Aceptación de las asignaciones hereditarias, art. 1234: “La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla. / Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes. / Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad.”⁵⁵ Este es el único caso, típicamente unilateral, en el que cabe la lesión enorme. Para algunos, se trataría de un cuasicontrato (artículo 1437).

Sobre este tema, apuntemos finalmente que algunos autores incluyen entre los vicios del consentimiento a la lesión, lo que otros rechazan aludiendo a su carácter objetivo y no subjetivo: no interesa la intención o los móviles de los contratantes, reduciendo la lesión a una pura cuestión aritmética, con abstracción de toda otra consideración personal o subjetiva. Esto es lo que ocurre, en verdad, en el Derecho chileno.⁵⁶ En cambio, en otros ordenamientos jurídicos, la lesión tiene el carácter de vicio del consentimiento o está contemplada en términos generales. Así, dispone el artículo 332 del Código Civil y Comercial argentino: “Lesión. Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. / Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. /

⁵⁵ Así, por ejemplo, piénsese en un heredero que acepta una herencia intestada, pero después aparece un testamento, y en él, si bien se le instituye asignatario de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejoras, ambas son gravadas en términos muy onerosos para el causahabiente; o, por ejemplo, un heredero testamentario que acepta a la luz del testamento del causante, pero después aparece un segundo testamento, que sin revocar el primero, lo complementa, imponiendo los aludidos gravámenes. En ambos casos, el asignatario bien podría arrepentirse de haber aceptado, alegando la lesión grave.

⁵⁶ No fue esta la idea original de nuestro legislador: en los primeros proyectos de Código Civil, la lesión enorme, como destaca Alejandro Guzmán Brito, apareció tratada bajo dos conceptos: como vicio general del consentimiento en los contratos conmutativos y como causa particular de rescisión del contrato de compraventa y de permuta. Hasta el Proyecto de 1853, decía el artículo 1638 del mismo: “La lesión, como causa de vicio en los contratos, es propia en los conmutativos; i para viciar un contrato, ha de ser enorme, esto es, tal que el valor de lo que el uno de los contratantes da al otro no llegue a la mitad del valor de lo que el otro reciba de él, no constando haber habido intención de donar el exceso. / No se entenderá haber habido tal intención sino cuando se mencionen específicamente las cosas o cantidades que se donan.” La norma no subsistió en el Proyecto definitivo del año 1855: Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 207 y 208.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. / El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. / Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”. Por su parte, el artículo 157 del Código Civil brasileño, establece: “Ocurre una lesión cuando una persona, bajo necesidad apremiante, o por inexperiencia, se obliga a una prestación manifiestamente desproporcionada al valor de la prestación opuesta. / 1º Apreciase la desproporción de las prestaciones según los valores vigentes al tiempo en que fue celebrado el negocio jurídico. 2º No se decretará la anulación del negocio, si fuere ofrecido suplemento suficiente o si la parte favorecida concordare con una reducción del provecho.” A su vez, el artículo 21 del Código Suizo de las Obligaciones de 1912, establece: “En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede en el plazo de un año, declarar que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado si la lesión ha sido determinada por la explotación de su necesidad, de su ligereza o de su inexperiencia. El plazo de un año se cuenta desde la celebración del contrato.” El artículo 138 del Código Civil alemán, dispone: “Será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, y en particular aquél por el cual, explotando cualquiera la necesidad (algunos traducen aquí desgracia), la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o por un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan el valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella.” El Código Civil peruano también consagra la lesión como una sanción genérica (aplicable aún en los contratos aleatorios), consignando en el artículo 1447: “Artículo 1447º.- Acción por lesión. La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. / Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causa extrañas al riesgo propio de ellos.” Agrega el artículo 1448: “Presunción de aprovechamiento. En el caso del artículo 1447º, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del necesitado”.

2º Aplicación de la doctrina de la imprevisión (originada en Francia) o resolución o revisión de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente (originada en Italia). Esta doctrina sólo podría tener cabida tratándose de los contratos conmutativos. Nos remitimos a lo que explicamos sobre el particular, a propósito del estudio de los actos jurídicos y principalmente de las obligaciones, al tratar de la Teoría de la Imprevisión. A diferencia del Código chileno, en otros códigos se contempla expresamente la figura: así, en el Código Civil peruano, artículos 1440 a 1446, en el título “*Excesiva onerosidad de la prestación*” y en el Código Civil brasileño, artículos 478 a 480, en la sección “De la resolución por onerosidad excesiva.”

D) Contratos principales y accesorios.

d.1) Conceptos.

El art. 1442 se refiere a esta clase de contratos: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”

d.2) Ejemplos de contratos principales y accesorios.

Son contratos principales, por ejemplo, la promesa, la transacción, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, el mutuo, el comodato, el depósito, etc.

Son contratos accesorios, por ejemplo, la hipoteca, la prenda, la fianza, la anticresis. Se agregan a los anteriores otras figuras que en sí no son contratos, pero que se incorporan en él, como la solidaridad pasiva y la cláusula penal (especialmente de un tercero). Son en general las cauciones (art. 46). Estas pueden ser reales o personales. En las primeras, una cosa determinada garantiza al acreedor que se cumplirá íntegra y oportunamente la obligación principal. Puede ser tal cosa un bien mueble (prenda) o inmueble (hipoteca). En las cauciones personales, en lugar de garantizar el cumplimiento de una obligación principal con un determinado bien, es un sujeto (por ejemplo, un fiador o un avalista y codeudor solidario que suscribe un pagaré), quien se obliga a cumplir dicha obligación, si no lo hace el deudor principal.

Cabe recordar algo que explicamos en el estudio del acto jurídico: aun cuando las expresiones “garantía” y “caución” suelen utilizarse como sinónimos, hay entre ellas una relación de género a especie. En efecto, toda caución es una garantía, pero no toda garantía es caución, pues el derecho legal de retención es una garantía, pero no es caución, pues no se trata de una obligación “contraída” (artículo 46) para asegurar otra obligación. No hay de por medio un contrato, sino que es la ley, en este caso, la fuente de la garantía.⁵⁷ Lo mismo acontece con las medidas precautorias que pueda decretar el juez, en el transcurso de un litigio.

d.3) Importancia de la clasificación.

Esta clasificación tiene importancia, para determinar la extinción de un contrato, de acuerdo al aforismo “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. En tal sentido, el contrato accesorio tiene una vida refleja en relación al contrato principal (art. 2516, prescripción de acciones; art. 2381 número 3; y art. 2434).⁵⁸

Este principio, con todo, no es absoluto. En efecto, cabe formular dos alcances:

- Hay casos en los cuales, no obstante extinguirse el contrato principal, subsisten contratos accesorios, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la reserva de las cauciones, al operar una novación (artículos 1642 y 1643), o en el caso de la “cláusula de garantía general”, a la que aludimos seguidamente.
- Por otra parte, excepcionalmente puede ocurrir que el contrato accesorio influya en el contrato principal: así, por ejemplo, si la cosa dada en prenda era ajena al constituyente o si el derecho que sobre ésta tenía se resuelve, el acreedor que no reciba otra garantía equivalente podrá exigir el cumplimiento de la obligación

⁵⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., sin año, p. 8.

⁵⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 119.

(artículos 2406 en relación con el 2391); o si el inmueble hipotecado experimenta deterioros tales que deja de ser suficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor hipotecario exigir otra garantía y de no haberla, el pago inmediato de la deuda, si ella fuere líquida (artículo 2427). En ambos casos, la extinción del contrato accesorio, repercute en el contrato principal, operando la caducidad de los plazos convenidos para el cumplimiento de la obligación pactada en este último contrato (artículo 1496).⁵⁹

d.4) La “cláusula de garantía general”.

Si bien la lógica indica que el contrato principal debiera celebrarse antes o al menos coetáneamente al contrato accesorio, en ocasiones puede celebrarse un contrato accesorio no obstante que la obligación principal aún no existe. Tal es el caso de la “*cláusula de garantía general*”, cuya validez, respecto de la fianza y la hipoteca, admiten expresamente los arts. 2339, inciso 2º y 2413, inciso 3º (nada dijo el Código respecto de la prenda, por lo que algunos creen que no podría estipularse en esta garantía⁶⁰).

En otras palabras, la ley admite la posibilidad de que se celebren contratos accesorios para caucionar obligaciones principales futuras, que aún no existen y que no es seguro que vayan a existir, y de un monto también indeterminado. Usualmente, la cláusula se redacta en los siguientes términos: “Se constituye hipoteca en favor del Banco X, para asegurar el pago íntegro y oportuno de todas las obligaciones contraídas por la sociedad Z, presentes o futuras, directas o indirectas, en moneda nacional o extranjera, etc.”.

d.5) Los actos jurídicos dependientes.

En relación a esta clasificación, no deben confundirse los contratos accesorios con los llamados contratos dependientes. Estos últimos, si bien requieren para cobrar eficacia la

⁵⁹ Lo mismo ocurre en el artículo 2743 del Código Civil italiano, según destaca Messineo: ob. cit., Tomo I, p. 436. Señala al efecto: “...se ha observado que además del influjo del contrato principal sobre el accesorio (...) puede existir influjo del contrato accesorio sobre el principal como seguramente lo demuestran el artículo 2743, donde se prevé que el acreedor puede pedir el pago inmediato si, habiendo perecido o habiéndose deteriorado la cosa dada en garantía, ésta no fuese reintegrada...”

⁶⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, “*Tratado de las Cauciones*”, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., sin año, p. 217, quien a propósito de la ausencia en la prenda de una norma similar a las contempladas en la fianza y en la hipoteca, refiere: “Este silencio debemos interpretarlo en el sentido de que el legislador no acepta la prenda para garantizar tal clase de obligaciones; silencio que resulta más sugestivo si consideramos que en el Código la prenda está precisamente ubicada entre la fianza y la hipoteca. Corrobora esta interpretación el hecho de que el artículo 2385 diga que la prenda supone siempre una obligación principal a la cual accede, declaración que no formula al referirse a las otras garantías citadas. Hay, entonces, una estrecha relación entre el silencio que guarda en la prenda sobre la posibilidad de que garantice obligaciones futuras, y la expresa declaración de que ella supone una obligación a la cual accede. En la fianza e hipoteca, por el contrario, no se exige este requisito, y expresamente se acepta que ellas puedan garantizar obligaciones futuras.” De cualquier manera, en la práctica la cuestión suele solucionarse recurriendo a la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190, que expresamente admite la posibilidad de garantizar obligaciones indeterminadas o futuras: en su artículo 4, -obligaciones que pueden garantizarse con prenda-, se establece que pueden caucionarse con esta prenda toda clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato. Puesto que la ley no distingue, podrá tratarse de obligaciones propias o ajenas (artículo 1º de la misma Ley), directas o indirectas, en moneda nacional o en moneda extranjera, admitiéndose expresamente que estén determinadas o que se determinen más adelante.

existencia de otro contrato, del que dependen, no están destinados a garantizar el cumplimiento de este último. Tal ocurre con las capitulaciones matrimoniales, art. 1715. Para que sean eficaces, requieren la celebración del contrato de matrimonio, pero celebrado éste, las capitulaciones, que no lo garantizan por cierto, cobran vida propia, definiendo el régimen patrimonial entre los cónyuges.

Son también actos jurídicos dependientes los subcontratos, como el subarrendamiento, la subfianza y el submandato (llamado delegación). Aludiremos a ellos al tratar de las categorías contractuales.

Otro ejemplo que suele mencionarse es el contrato de novación que, en cuanto genera una nueva obligación, depende de la convención coetánea que extingue la antigua obligación (arts. 1628 y 1630). Sin embargo, es posible refutar el carácter dependiente del contrato de novación, sosteniendo que este es un acto jurídico unitario y no un acto jurídico doble. Acto único que simultáneamente extingue la obligación preexistente y crea la nueva obligación⁶¹ (de ahí la doble naturaleza jurídica de la novación: contrato y modo de extinguir, igual que acontece con la transacción).

E) Contratos reales, solemnes y consensuales.^{62 63}

e.1) Conceptos.

Dispone el artículo 1443: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

Esta clasificación –que en rigor, debió ser la primera de todas, pues cronológicamente, es la que opera antes que todas las demás-, dice relación con el momento en que nace el contrato, concretamente con los requisitos que hay que cumplir para que ello acontezca. Naturalmente que en todo contrato es requisito de existencia la voluntad, que se denomina “*consentimiento*” en los actos jurídicos bilaterales; pero el consentimiento debe expresarse en diferentes formas según el tipo de contrato de que se trate. Se denomina consensuales a los contratos para cuya formación basta el consentimiento de las partes, la declaración de voluntad del aceptante, sin que sea preciso cumplir con formalidades o más bien solemnidades, ni tampoco entregar la cosa materia del contrato. En los contratos solemnes, es necesario que el consentimiento se manifieste cumpliendo con la formalidad objetiva que la ley preestablece. Finalmente, en los contratos reales, el consentimiento se expresa con la *datio rei* o entrega de la cosa.⁶⁴

Desde este punto de vista, recordemos que las normas acerca de la formación del consentimiento contempladas en el Código de Comercio, son aplicables a los contratos consensuales, pero no explican por sí solas la formación del consentimiento en los contratos solemnes y reales.

e.2) Los contratos consensuales, regla general.

⁶¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 119.

⁶² Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 120 a 127.

⁶³ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 105 a 108.

⁶⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 121.

En nuestro Código, imbuido por el dogma de la autonomía de la voluntad, en teoría el contrato consensual es la regla general, dado que si la voluntad tiene el poder de generar derechos y obligaciones, fijando la medida o alcance de los mismos, no es posible, sin contradicción, exigirle a esa misma voluntad el obedecer o que se manifieste a través de fórmulas determinadas,⁶⁵ como ocurría sobre todo en el Derecho Quirritario en la antigua Roma.

En la práctica sin embargo, usualmente el contrato consensual es un contrato formal, dado que deben cumplirse otras formalidades para celebrarlo (de prueba, de publicidad o habilitantes). De ahí que algunos autores subclasifiquen los contratos consensuales en propiamente consensuales y consensuales formales.⁶⁶

Ejemplos de consensuales: compraventa de bienes muebles, permuta de bienes muebles, arrendamiento (salvo si se trata del arrendamiento de predios rústicos, pues en tal caso el contrato es solemne, art. 5, DL número 993), mandato, fianza civil, transacción, sociedad, etc.

e.3) Los contratos solemnes.

* Característica fundamental: son solemnes los contratos en que se requiere cumplir con una solemnidad objetiva, exigida por el legislador en atención a la naturaleza o especie del acto o contrato y no en atención al estado o calidad de las personas que los ejecutan o celebran (pues en tal caso estamos ante formalidades habilitantes); ni en atención a los intereses de terceros (pues en tal caso estamos ante formalidades de publicidad); ni en atención a exigencias probatorias (pues en tal caso estamos ante formalidades de prueba); ni en atención al pacto de los propios contratantes (pues en tal caso estamos ante formalidades convencionales).⁶⁷

* Sanción: recordemos que la sanción será distinta, según se infrinja una u otra de las formalidades reseñadas.

El incumplimiento de las solemnidades propiamente tales, trae consigo, en algunos casos, la inexistencia del acto (artículos 18 y 1701), y en otros, la nulidad absoluta del contrato (art. 1682)⁶⁸; una u otra será entonces la sanción, cuando el contrato es solemne.

La omisión de las formalidades habilitantes, originará la nulidad relativa del acto jurídico, por regla general. En algunos casos, la sanción será la inoponibilidad (artículo 1749 del Código Civil, en las normas de la sociedad conyugal, que contempla cinco casos en que la sanción es la nulidad relativa, y dos en que la sanción es la inoponibilidad. En los siete casos, se omite una formalidad habilitante: autorización de la mujer o de la justicia en subsidio, para que el marido puede celebrar ciertos actos o contratos).

La omisión de las formalidades de publicidad, traerá consigo la inoponibilidad del acto jurídico ante los terceros, si se trata de aquellas denominadas *sustanciales*; o la respectiva indemnización de perjuicios, si se trata de las llamadas *de simple noticia*.

⁶⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 121 y 122.

⁶⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 122.

⁶⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 122 y 123.

⁶⁸ Vial del Río, Víctor, *Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Teoría General del Acto Jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991, p. 149.

La omisión de las formalidades de prueba, supone la inadmisibilidad de un determinado medio de prueba, para acreditar el contrato.

La omisión de las formalidades convencionales, da derecho a retractarse de la celebración del contrato.

* Ejemplos de solemnidades propiamente tales: son diferentes, dependiendo del contrato; escritura pública (compraventa, permuta o donación de bienes raíces, hipoteca, arrendamiento de predios rústicos); escritura privada (promesa, fianza mercantil, también arrendamiento de predios rústicos); autorización o aprobación judicial (insinuación en las donaciones entre vivos y aprobación del contrato de transacción sobre alimentos futuros debidos por ley: arts. 1401 y 2451); en el caso del matrimonio, la intervención del Oficial del Registro Civil o ministro de culto y en ambos casos, dos testigos, etc.

* Solemnidades convencionales: las partes pueden hacer solemne un contrato al que la ley no da tal carácter (art. 1802, en la compraventa; y artículo 1921, en el arrendamiento). En tal caso, cabe el derecho a retractarse, mientras la otra parte no cumpla con la solemnidad. Con todo, el contrato podrá ser eficaz, no obstante no cumplirse la solemnidad convencional, si las partes ejecutan actos que implican renunciar al derecho a exigir el cumplimiento de la solemnidad.

Ciertamente, las partes no pueden privar a un contrato de su carácter solemne, si así lo dispuso la ley, pero en el caso del último inciso del art. 1701, una escritura pública defectuosa valdrá como instrumento privado. El defecto deberá ser de carácter formal (incompetencia del funcionario u otra falta en la forma, como por ejemplo, omisión de alguno de los requisitos exigidos por el Código Orgánico de Tribunales a las escrituras públicas en los artículos 404 y 405) y siempre que estuviere firmado por las partes.

e.4) Los contratos reales.

* Característica fundamental: son contratos reales aquellos para cuya formación o nacimiento se exige la entrega o tradición de la cosa materia del contrato. No debemos confundir la entrega como fase del nacimiento del contrato con la entrega de la cosa como fase de cumplimiento o ejecución del contrato.⁶⁹ Por ejemplo, en la compraventa de cosa mueble, el contrato se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades, es consensual, siendo la entrega de la cosa vendida y el pago del precio actos posteriores, propios de la ejecución del contrato. Su omisión no afecta la existencia del contrato, sin perjuicio de las acciones de las partes para exigir, a su arbitrio, el cumplimiento de las obligaciones respectivas o la resolución del contrato. En los contratos reales, en cambio, si no hay entrega, no hay contrato: la entrega es un **supuesto** para que nazca el contrato, y no una obligación del contrato. En los contratos reales, la entrega opera **antes** del contrato y como presupuesto fáctico del mismo.

* Casos de contratos reales: en el contrato real, quien entrega la cosa, se torna acreedor de una obligación restitutoria, y quien la recibe es el deudor. Por ejemplo, comodato, depósito, prenda civil, mutuo y anticresis. En los tres primeros casos y en el último, quien recibe la cosa pasa a ser un mero tenedor y por ende devolverá al acreedor la misma especie o

⁶⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 124.

cuerpo cierto. Tratándose del mutuo, el mutuario adquiere el dominio de lo recibido, pasa a ser poseedor, quedando obligado a restituir otro tanto del mismo género y calidad. En este punto, recordemos la figura del cuasiusufructo (art. 789), que muchos asimilan al mutuo (arts. 2197 y 2198). Sin embargo, se aducen algunas diferencias entre ambas instituciones:

- El título constitutivo es diferente: el cuasiusufructo puede constituirse por ley, testamento o contrato, mientras que el mutuo sólo por contrato;
- Sólo el cuasiusufructuario tiene el deber de prestar caución y hacer inventario;
- Sus causales de extinción son diferentes.

Recordemos que la expresión “tradición” que utiliza el art. 1443 no es del todo correcta, excepto para el mutuo, siendo la correcta la expresión “entrega”, más genérica. En realidad, mejor habría sido que el Código hubiere dicho: “entrega o tradición”.

Finalmente, cabe destacar que, en principio, los contratos reales son unilaterales.

7.2. Clasificaciones doctrinarias de los contratos.⁷⁰

A) Contratos nominados o típicos y contratos innominados o atípicos.⁷¹

a.1) Concepto.

Los primeros son aquellos que han sido expresamente reglamentados por el legislador en Códigos o en leyes especiales y los segundos los que no lo han sido.

Como apunta López Santa María, más correcto sería hablar de contratos típicos y atípicos, puesto que existen numerosos contratos dotados de un nombre consagrado por el repetido empleo y que sin embargo son atípicos, pues carecen de reglamentación específica: contratos de talaje, de cuota litis y de opción, por ejemplo.⁷²

Podríamos agregar una segunda razón: hay contratos que se encuentran regulados en la ley, pero que no son nominados por ésta, como por ejemplo, aquellos que convienen los padres para regular el cuidado personal de los hijos o el ejercicio de la patria potestad.

a.2) Fuente de los contratos atípicos.

Los contratos atípicos no están configurados por la ley y van surgiendo como creación de los particulares, fruto de la autonomía de la voluntad y del aforismo “en el Derecho Privado sólo no puede hacerse aquello que la ley expresamente prohíbe”. En definitiva, las partes van moldeando figuras contractuales en función de sus intereses. La libertad contractual viene a ser así una directa consecuencia de la autonomía de la voluntad. La jurisprudencia ha concluido: “Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos”. Especialmente, se agrega, que tengan objeto y causa lícitos. Como expresa Messineo, “La verdad es que el contrato innominado reproduce, en términos particulares, la situación, más general, por la cual el derecho estatuido se encuentra, en un cierto modo,

⁷⁰ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 129 a 162.

⁷¹ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 377 a 404.

⁷² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 129.

atrasado con respecto a la realidad vivida, en el sentido de que los institutos jurídicos tienen por lo común su germen, no en la fantasía de los juristas o del legislador, sino en la inventiva práctica de los mismos interesados y encuentran generalmente una primera disciplina en los usos, antes que la legislación se apodere de ellos. El fenómeno del uso (o costumbre) –que ningún legislador moderno (por muy absorbente que sea) podría ni abolir ni ignorar eficazmente, porque es un medio frecuente a través del cual el derecho objetivo se va adaptando incesantemente a las necesidades de la vida- encuentra una de sus más destacadas manifestaciones (si no la más destacada), precisamente en la materia del contrato por el trámite de los contratos nuevos, los cuales, aunque desconocidos por la ley, encuentran igualmente su propia disciplina.”⁷³ Agrega Messineo que el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución.⁷⁴

a.3) Clases de contratos innominados o atípicos.

La doctrina distingue tres clases de contratos innominados o atípicos:

- Hay contratos con un contenido completamente extraño a los tipos legales; ellos no tienen ningún parentesco conceptual con figuras disciplinadas por la ley. Se les llama “inéditos”, pues no corresponden en nada a los tipos reglamentados por el legislador.⁷⁵
- Hay contratos en los cuales sólo algunos elementos serían extraños a los legales, mientras otros, con una función prevalente, serían legales, es decir, elementos conocidos y propios solamente de un contrato dado;
- Hay contratos contruidos o compuestos por elementos que en su totalidad, están contemplados en la ley, pero que las partes combinan o disponen de manera diversa a la que establece la ley. Se les llama también “híbridos”.⁷⁶

Se afirma también que las dos primeras clases corresponderían al contrato innominado o atípico en sentido estricto, mientras que la tercera correspondería a un contrato “*mixto*”.⁷⁷

a.4) Calificación del contrato atípico.

A la luz del art. 1545, ninguna diferencia existe desde el punto de vista de la obligatoriedad para las partes, entre contratos típicos y atípicos: ambos son una ley para las partes, tienen plena fuerza obligatoria. El problema se plantea desde la perspectiva de los **efectos**, es decir, cómo quedan regulados los efectos de los contratos atípicos, si las partes no tuvieron en cuenta las dificultades sobrevinientes y por ende no acordaron para tales casos las estipulaciones pertinentes. Corresponde determinar por qué normas supletorias han de regirse. El criterio que se ha utilizado es el asimilar el contrato atípico al contrato o a los contratos típicos más parecidos, a objeto de aplicar al primero las normas de los

⁷³ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 381.

⁷⁴ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 381.

⁷⁵ Barcia Lehmann, Rodrigo, “*Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del acto jurídico*”, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 30.

⁷⁶ Barcia Lehmann, Rodrigo, ob. cit., p. 30.

⁷⁷ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 396.

segundos. Para ello, debe calificarse el contrato, es decir, establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que configuran el contrato, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado. Se trata de una cuestión de derecho, no de hecho, y como tal, susceptible de revisión por la Corte Suprema vía recurso de casación en el fondo. Para calificar un contrato atípico hay que interpretarlo, fijando para ello la intención de los contratantes. Así se determinará la legislación supletiva o supletoria de la voluntad de las partes, que se aplicará en todo lo no previsto por éstas. En síntesis, las lagunas contractuales se resuelven recurriendo a **la analogía**, relegándose a un plano secundario a la **equidad**.⁷⁸ Ahora bien, si no existiere ninguna norma análoga, deberá el juez fallar conforme a la equidad (artículo 170, número 5, del Código de Procedimiento Civil).

a.5) Algunas hipótesis de contratos atípicos o innominados.

Con el único propósito de mencionar algunos ejemplos, seguidamente aludimos a algunos contratos atípicos o innominados:

- Contrato de talaje: en verdad es una de las formas que puede asumir el contrato de arrendamiento, como ha precisado un fallo de la Corte de Santiago de abril de 1898: “El contrato en virtud del cual una de las partes coloca animales a talaje en el fundo de la otra es de arrendamiento y no de depósito, pues se concede el goce de los pastos del fundo a fin de alimentar animales ajenos mediante la remuneración estipulada”⁷⁹. “La circunstancia de que los animales sean talajeros no faculta la retención de ellos por el dueño del talaje, en razón de no habersele pagado éste, sin que tal retención haya sido ordenada o dictada previamente por la autoridad competente” (Corte de Santiago, fecha no expresada)⁸⁰.
- Contrato de opción: nos referiremos a él al tratar de los contratos preparatorios.
- Contrato de cuota litis: es aquél contrato en que una de las partes, el cliente, cede una cuota o parte alícuota de sus derechos litigiosos a su abogado o procurador, en pago de la defensa que éste se obliga a proporcionarle a fin de obtener que tales derechos sean reconocidos por los tribunales de justicia.
- Contrato de negociación: es aquél destinado a regular los tratos negociales previos. Por su intermedio, quienes entran en contacto con miras a celebrar un contrato, acuerdan regular la negociación ajustándola a ciertas reglas imperativas, que tienden a ordenarla y hacerla más transparente (por ejemplo, establecen a qué domicilios o correos electrónicos deben enviarse los documentos, en qué plazo debe responderse a las propuestas que cada parte formule, en qué plazo máximo debe concluir la negociación, sea que tenga un resultado feliz o que se frustre el objetivo perseguido, etc.). De existir un contrato de negociación y de infringir uno de los partícipes las cláusulas del mismo, la responsabilidad que pueda surgir deberá regularse por las normas de la responsabilidad contractual.

⁷⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 133 y 134.

⁷⁹ “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año 1996, Tomo VIII, p. 72.

⁸⁰ “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas”, Tomo VIII, pp. 118 y 119.

- Contrato de “leasing” mobiliario: es un contrato de arrendamiento de cosas muebles con opción de compra, que el arrendatario puede hacer efectiva al concluir el alquiler.⁸¹
- Contrato de franquicia o de franchising: se entiende por tal el contrato por el cual una parte, que tiene el carácter de comerciante otorga a otro la licencia o permiso para que venda productos o servicios de los que es titular el primero. Las partes se denominan, respectivamente, franquiciante y franquiciado.

B) Contratos de ejecución instantánea, de ejecución diferida, de tracto sucesivo y de duración indefinida.^{82 83}

b.1) Conceptos.

Reciben tal clasificación los actos y contratos, atendiendo a su permanencia en el tiempo.

Los contratos de ejecución instantánea o de una sola ejecución, son aquellos en los cuales las obligaciones se cumplen apenas se celebra el contrato que las generó. Producen sus efectos inmediatamente de celebrados, de manera que realizada la prestación debida, desaparece el vínculo contractual, las obligaciones recíprocas. En otras palabras, el contrato nace y se extingue de inmediato, quedando las partes liberadas.⁸⁴

Sin embargo, usualmente subsisten algunas obligaciones que se siguen proyectando, en estado latente o potencial. Así por ejemplo, en la compraventa, el acuerdo de voluntades, el pago y la tradición, suelen ser inmediatos. Subsiste sin embargo la obligación de saneamiento de la cosa vendida, tanto en lo que respecta a la evicción como a los vicios redhibitorios o defectos ocultos de la cosa (art. 1837). En rigor, se trata de una obligación postcontractual, cuya fuente no sería el contrato, ya extinguido, sino la ley.

Los contratos de ejecución diferida, son aquellos cuyos efectos se cumplen de una sola vez o se van cumpliendo progresivamente, pero en ambos casos, en el plazo estipulado por las partes o el que corresponda a la naturaleza de la obligación.⁸⁵ El plazo puede ser expreso o tácito, por ende. De esta manera, podemos distinguir dos categorías de contratos de ejecución diferida: la primera, es aquella en que las obligaciones se cumplen en el plazo convenido, en un solo acto, quedando liberadas las partes (por ejemplo, cuando celebrada que sea la compraventa, acuerdan los contratantes que el precio se pagará y la cosa se entregará treinta días después); la segunda, es aquella en que las obligaciones se irán cumpliendo en distintos plazos, hasta que al cumplirse la última de ellas, se extinga la relación jurídica. En la primera categoría, las obligaciones se cumplen *uno actu*; en la segunda categoría, en diversos actos (aunque en ambas, se cumplen en un plazo y no al momento mismo de celebrar el contrato, pues si así fuere, se trataría de un contrato de ejecución instantánea). Por ejemplo: compraventa en la que las obligaciones se cumplen en

⁸¹ La Ley número 19.281, rige el comúnmente llamado “leasing para la vivienda”, de manera que éste no es ya un contrato atípico o innominado. Adviértase sí que en este contrato, el arrendatario promete comprar, o sea está obligado a hacerlo, a diferencia del leasing mobiliario, en donde tiene la opción para comprar o no.

⁸² Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 135 a 137.

⁸³ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 429 a 435.

⁸⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 135.

⁸⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 135.

un cierto plazo; el mutuo (sea que se pague lo adeudado en una cuota, sea que se pague en cuotas); contrato de construcción; contrato de apertura de línea de crédito; etc.

Los contratos de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva, son aquellos que en el período de tiempo establecido por la ley o acordado por las partes, van renovando sus efectos. Su cumplimiento va escalonándose en el tiempo, durante un lapso prolongado.⁸⁶ En estos contratos, la relación jurídica que vincula a las partes, tiene permanencia. Ejemplos: contratos de arrendamiento, de sociedad y de trabajo. Estos contratos suelen llevar una cláusula en cuya virtud sus efectos se van renovando por períodos similares, salvo voluntad contraria de las partes. La renovación del contrato, sin embargo, no debe confundirse con la figura denominada “tácita reconducción”, que puede operar en el contrato de arrendamiento. En efecto, cabe consignar que a propósito de este contrato, tanto en el ejercicio forense como usualmente en la cátedra suelen emplearse como sinónimos la **renovación automática del contrato** y la **tácita reconducción**. En realidad, se trata de figuras distintas, pues en la primera, el mismo contrato prolonga su vigencia, mientras que en la segunda, nace una nueva relación contractual, lo que tiene directa incidencia en la pervivencia de las garantías constituidas por terceros, cuestión que no acaecerá en la hipótesis de tácita reconducción. La confusión puede deberse a que el mismo Código Civil, en el artículo 1956, tras aludir a las conductas que ponen de manifiesto la intención de las partes “de perseverar en el arriendo”, agrega que en tal hipótesis “se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes”, frase que parece indicar que se trata del mismo contrato. No es así, sin embargo. Como señala Meza Barros, “La reconducción importa la celebración **de un nuevo contrato de arrendamiento**, en las mismas condiciones que el anterior; se mantendrá idéntico el precio y las demás modalidades del contrato, pero variará su duración. Cualquiera que haya sido la duración del arriendo que terminó, el nuevo arrendamiento durará hasta tres meses si el bien arrendado es urbano, y hasta que puedan recogerse los frutos pendientes y aprovecharse las labores realizadas, si se trata de un predio rústico.”⁸⁷ Refiriéndose acto seguido a la suerte de las cauciones en caso de tácita reconducción, agrega: “Puesto que el contrato que liga en lo sucesivo a las partes es un nuevo contrato, se extinguen las cauciones constituidas por terceros para la seguridad de las obligaciones derivadas del primero. La renovación, en otros términos, no afecta a los terceros; éstos no quedarán obligados sino a condición de que accedan al nuevo contrato.”⁸⁸ En efecto, como una consecuencia de tratarse de una nueva relación contractual, advierte el artículo 1957 del Código Civil que, que habiendo operado la tácita reconducción del contrato, se extinguirán las garantías constituidas por terceros (se aplica el mismo principio consagrado en el artículo 1519, respecto a la solidaridad, y en los artículos 1642, 1645 y 1649, a propósito de la novación). Por lo demás, ello igual podría ocurrir, aunque se tratase de una renovación del contrato en lugar de la tácita reconducción, habida cuenta de lo dispuesto en el citado artículo 1649 del Código Civil, a menos que los terceros que habían constituido las cauciones, hubiesen consentido, de antemano o en el momento en que se produce, en la renovación del mismo contrato. Por ende, la importancia del distingo, estaría circunscrita a las garantías constituidas por uno de los contratantes (el arrendatario, usualmente) y no por un tercero.

⁸⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 135.

⁸⁷ Meza Barros, Ramón, “*Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, octava edición, Tomo I, p. 224.

⁸⁸ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 224 y 225.

Los contratos de duración indefinida son aquellos que nacen sin que las partes fijen un plazo expreso o tácito de vigencia de los mismos, teniendo éstas la pretensión de que se prolonguen en el tiempo, por períodos extensos: es el caso de sociedades que se pactan a duración indefinida (como es sabido, algunas son más que centenarias), o de arrendamientos pactados en la misma forma. La duración indefinida no implica, en modo alguno, perpetuidad, como se aprecia en el caso del último contrato, en el que cualquiera de las partes podría poner término al contrato, mediante el desahucio. El Código Civil peruano llama a esta clase de contratos, como “contratos continuados”, señalando al efecto el artículo 1365: “Artículo 1365°.- Fin de contratos continuados. En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.”

b.2) Interés jurídico de la clasificación.⁸⁹

1° Respecto de la nulidad y la resolución: tratándose de los contratos de ejecución instantánea y de ejecución diferida, la nulidad y la resolución operan con efecto retroactivo, conforme a la regla general, volviendo las partes al mismo estado en que se encontraban antes de contratar (artículos 1687, para la nulidad y 1487, para la resolución). En los contratos de tracto sucesivo o de duración indefinida, en cambio, en principio la nulidad y la resolución (que aquí se llama más bien *terminación del contrato*) sólo operan para el futuro, a partir de la fecha en que queda ejecutoriada la respectiva sentencia.

2° En materia de riesgos: tratándose de contratos de ejecución instantánea, no se presenta el problema; si se trata de contratos de ejecución diferida, extinguida la obligación de una de las partes por caso fortuito o fuerza mayor, subsiste sin embargo la obligación correlativa (arts. 1550 y 1820): el riesgo corre por cuenta del acreedor. En cambio, si el contrato es de tracto sucesivo o de término indefinido, la extinción por caso fortuito o fuerza mayor de la obligación de una de las partes, extingue la obligación de la contraparte (art. 1950).

3° En relación a la teoría de la imprevisión: la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, obviamente sólo cabe respecto de los contratos de ejecución diferida, de los contratos de tracto sucesivo y de los de duración indefinida.

4° Respecto de la resciliación (artículos 1545 y 1567), cabe señalar tres aspectos:

- No puede operar la resciliación, tratándose de contratos de ejecución instantánea, pues es indispensable, para resciliar, que existan obligaciones pendientes de cumplimiento;
- Nada obsta resciliar un contrato de ejecución diferida, siempre que reste por cumplir al menos una obligación;
- Tratándose de contratos de tracto sucesivo y de aquellos celebrados por tiempo indefinido, excepcionalmente, puede tener lugar la resciliación por voluntad unilateral de uno solo de los contratantes: desahucio (arrendamiento y contrato de trabajo, sea en este último caso desahucio propiamente tal, para cargos gerenciales o de confianza, sea bajo la modalidad de la causal de “necesidades de la empresa”).

⁸⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 136 y 137.

5° En cuanto a la caducidad convencional del plazo o “cláusula de aceleración”, opera sólo en los contratos de tracto sucesivo o en los de ejecución diferida (en estos últimos, salvo que fuere un contrato *uno actu*).

6° En cuanto a la posibilidad de que se origine un subcontrato, ello sólo puede ocurrir en los casos de contratos de ejecución diferida, de tracto sucesivo o de duración indefinida, pero no en los de ejecución instantánea, según veremos más adelante, al estudiar esta categoría contractual.

7° En cuanto a la posibilidad de aplicar la regla de la interpretación auténtica o de la aplicación práctica del contrato, consagrada en el artículo 1564, inciso 3° del Código Civil: como es evidente, no operará en los contratos de ejecución instantánea.

C) Contratos individuales y contratos colectivos.⁹⁰

c.1) Conceptos.

Contratos individuales son aquellos que requieren el consentimiento unánime de las partes a quienes vincularán. El contrato individual solamente crea derechos y obligaciones para los que consintieron en él. Es el tipo normal de contrato y el único que tuvieron en vista Andrés Bello y los demás redactores del Código Civil.⁹¹

Contratos colectivos son aquellos que crean obligaciones para personas que no concurrieron a su celebración, que no consintieron o que incluso se opusieron a la conclusión del contrato. Representan por ende una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, dado que en este caso la convención no afecta exclusivamente a quienes la celebraron.⁹² Ni el número de las partes ni la naturaleza de los intereses en juego, determina que el contrato deba considerarse colectivo. Lo sustantivo es que afecta a una colectividad o grupo de individuos que no necesariamente han concurrido a su celebración, por el hecho de pertenecer a dicha colectividad o grupo.

Se pregunta Brebbia, frente al ejemplo de contrato colectivo de trabajo, en virtud de qué fundamento resulta obligatoria la convención para todos los trabajadores, afiliados o no, y en particular para los no afiliados, que no han sido parte en el acuerdo ni han otorgado mandato ni están representados por las entidades participantes del convenio. Responde, señalando que el problema se clarifica si se tiene en cuenta que ese efecto vinculatorio para empleadores y trabajadores no representados o disidentes, se produce en el caso de convenios **homologados**, es decir, sometidos a la revisión de la autoridad pública, sea ésta un órgano estatal, sea el juez. Lo que demuestra que no es el convenio en sí mismo el que produce la obligatoriedad para esos terceros, sino el acto administrativo o judicial de la homologación, que aprueba el convenio.⁹³ En nuestro país, la homologación o revisión opera tanto respecto del convenio colectivo de trabajo (dispone el artículo 344 del Código del Trabajo que una vez suscrito el contrato, deberá enviarse copia del mismo, dentro del plazo de cinco días, a la Inspección del Trabajo), como respecto del Acuerdo de Reorganización Judicial (artículos 89 y 90 de la Ley N° 20.720). En cuanto a los acuerdos de los copropietarios, en el marco de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, el control es más

⁹⁰ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 436 a 439; y Brebbia H., Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*, Rosario, Editorial Juris, año 1997, Tomo I, pp. 215 a 217.

⁹¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 138.

⁹² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 138.

⁹³ Brebbia H., Roberto, ob. cit., Tomo I, p. 216.

indirecto, pero no inexistente, pues siempre cabe la posibilidad de recurrir el juez de Policía Local competente.

c.2) Ejemplos de contratos colectivos.

* En materia laboral, los contratos colectivos de trabajo; regirán a todos los trabajadores, aún a quienes se opusieron a su celebración, y también a los que se incorporen con posterioridad a la empresa; como señala Messineo, el contrato colectivo es una verdadera y propia fuente de normas jurídicas, cuando se refiere y disciplina la materia de las relaciones de trabajo. Tiene como finalidad fijar por anticipado y en abstracto ciertas cláusulas de futuros contratos individuales con relaciones a ciertas categorías de sujetos en cuyo interés obren las asociaciones gremiales (en Chile, los sindicatos) respectivas. Tales cláusulas deberán incluirse inderogablemente en los contratos individuales, valdrán para todos los integrantes de una determinada colectividad que estipulen los contratos individuales, con el efecto de que las cláusulas eventualmente discrepantes de los contratos individuales son sustituidas de derecho por las del correspondiente contrato colectivo.⁹⁴

* Acuerdos de los acreedores, en los procedimientos concursales de la Ley N° 20.720: acordados con el quórum exigido por la ley, serán obligatorios para todos los acreedores;

* En general, los acuerdos adoptados por los propietarios de las unidades, en el marco de la Ley número 19.537 de Copropiedad Inmobiliaria.

D) Contratos libremente discutidos y contratos de adhesión.⁹⁵

d.1) Conceptos.

Lo que caracteriza a la relación jurídica de Derecho Privado, es que consiste en una relación de coordinación, a diferencia de la relación de Derecho Público, que se caracteriza como una relación jurídica de subordinación. El contrato libremente discutido o paritario es aquél fruto de la negociación, deliberación de las partes en cuanto a su contenido, en un mismo plano de igualdad y libertad, en un ajuste de intereses contrapuestos que se produce en las negociaciones preliminares o fase precontractual. La autonomía de las partes sólo se verá limitada por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.⁹⁶

El contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes, limitándose la otra a aceptarlas en bloque, adhiriéndose a ellas.⁹⁷ Como destaca Messineo, la falta de negociaciones y de discusión, así como también de participación en la determinación del contenido del contrato, que es propia de la adhesión, implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil.⁹⁸

⁹⁴ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 437.

⁹⁵ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 140 a 159. Ver también *El Contrato por adhesión*, Ley número 19.496, de Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2002; Brebbia, Roberto, *Contrato de adhesión*, en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1986, Vol. IV; Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 440 a 447; y nuestro trabajo *El contrato de adhesión ante la doctrina y el Derecho nacional y comparado*, en La Revista de Derecho, Año IX, número 4, Universidad Central, pp. 347 a 368, Universidad Central.

⁹⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 140.

⁹⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 142.

⁹⁸ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 440.

Como señalan Colin y Capitant, aludiendo a los contratos de adhesión, “por su esencia misma, el contrato supone dos voluntades independientes e iguales que debaten y discuten libremente las condiciones de su acuerdo. Ahora bien, semejante situación se encuentra raramente realizada en la práctica. Aún en los contratos en que intervienen dos partes solamente, hay casi siempre una que se encuentra en una situación económica más fuerte que la de la otra y que establece la ley del contrato (...) Esta desigualdad económica entre las dos partes es algunas veces tal, que la independencia de una de ellas se encuentra casi enteramente paralizada. Ocurre esto en el contrato de trabajo con el obrero, que se emplea en la industria de un patrono, en el contrato de seguro con el asegurado, al que la Compañía impone las condiciones generales en la póliza del seguro, con el particular que trata con una Sociedad que explota un servicio público de transportes, de agua, de alumbrado, etc. (...) Se designa hoy a los contratos de la clase de los que acabamos de indicar con el nombre de contratos de adhesión, para indicar bien el papel borroso que representa la voluntad más débil de los contratantes.”⁹⁹ Frente a quienes han llegado a sostener que el contrato de adhesión no tendría en verdad un carácter contractual, atendida la falta de independencia de los contratantes e imposibilidad para uno de ellos de discutir los términos del vínculo proyectado, Colin y Capitan agregan que “De hecho, semejante observación es, acaso, fundada. En derecho es inexacta. Con razón han persistido los jurisconsultos en ver en los contratos de adhesión verdaderos contratos. El que se adhiere a las condiciones que se le proponen es, en realidad, libre para no aceptarlas; puede rechazarlas en bloque, y, por consiguiente, cuando las acepta, da, sin duda, su consentimiento. Sería entrar en dificultades invencibles negar a tales operaciones el carácter contractual.”¹⁰⁰

Nuestro Código Civil no reglamenta los contratos de adhesión, pero cada día han ido cobrando mayor fuerza. Por ejemplo: los contratos suscritos con Isapres, Administradoras de Fondos de Pensiones, compañías de seguros, de cuenta corriente bancaria, de líneas de crédito bancarias o abiertas en casas comerciales, etc. También operan en el ámbito del suministro de servicios básicos, como los relativos a energía eléctrica, agua potable, gas, etc. Responden estos contratos a la masificación de dichas relaciones jurídicas, a la exigencia de una rápida conclusión y a la necesidad de unificar relaciones semejantes. Constituyen los contratos de adhesión una realidad insoslayable en el mundo de los negocios. Constituyen “un instrumento indispensable en un sistema de producción y de distribución de masas.”¹⁰¹ No cabe duda que el contrato de adhesión presenta beneficios para la actividad económica. Uno de tales beneficios es la “reducción de costos de transacción que permite el contrato de adhesión, cuando la totalidad de estos costos los asume el ofertante. Es decir, se tiene la ventaja que los costos de asesoría, redacción, debate y relaciones precontractuales y el tiempo que demoran los asume el ofertante y ofrece un ‘producto final’ al aceptante.”¹⁰² El contrato de adhesión “permite además un mejoramiento de la gestión de la empresa. Facilita la división de las tareas en el seno de la empresa al concentrar el trabajo jurídico; reduce las necesidades de comunicación; facilita la planificación.”¹⁰³ No se trata entonces de *demonizar* los contratos

⁹⁹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 595 y 596.

¹⁰⁰ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 595.

¹⁰¹ Mariño López, Andrés, *Los contratos de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo*, en www.diariojudicial.com, p. 1.

¹⁰² Vallenás, Gaona, Jesús Rafael, *Contratos por adhesión y defensa del consumidor en el ordenamiento civil peruano*, en www.filosofíayderecho.com, p. 3.

¹⁰³ Mariño López, Andrés, ob. cit., p. 1.

de adhesión, sino de hacerlos más equitativos. Obtener, en otras palabras, que la reducción de costos para el ofertante, redunde también en un beneficio para el destinatario de la oferta, que puede adquirir bienes y servicios a un menor precio.

d.2) Configuración de la noción de contrato de adhesión y doctrinas postuladas para explicar su naturaleza jurídica.

El primero que se refirió a la materia fue el jurista francés Raymond Saleilles, quien en su obra “De la declaración de voluntad”, publicada en 1901, sostuvo que existía en el Derecho contemporáneo cierto género de convenciones en las que no se presentaba el acuerdo de voluntades que debía constituir el nudo central de todo contrato y, en las que, en consecuencia, uno de los contratantes es el que dicta “la ley del contrato.”¹⁰⁴ Postuló entonces Saleilles que estos actos no podían explicarse mediante la aplicación de la teoría contractual tradicional, porque en realidad eran actos producto de una sola voluntad y dio a los mismos la denominación de contratos de adhesión. En efecto, escribía Saleilles que “hay unos pretendidos contratos que no tienen de contratos más que el nombre (...) a falta de una mejor definición, podrían llamarse contratos de adhesión, en los cuales existe la predominancia exclusiva de una sola voluntad.”¹⁰⁵ Al poco tiempo, otro jurista francés, Georges Dereux,¹⁰⁶ concluyó que la expresión correcta era la de “contratos por adhesión”, puesto que “se quiere designar una convención realizada por la simple adhesión de una persona a una oferta cuyos términos no ha podido discutir.”¹⁰⁷ A pesar de la rectificación propuesta por Dereux, se mantuvo en los textos la denominación acuñada por Saleilles, aunque en la obra de los autores nacionales Tapia y Valdivia, ellos optan por la propuesta por Dereux.

Ante los planteamientos de Saleilles, surgen dos tendencias en la doctrina francesa. Una escuela es la de los “publicistas o normativistas, que niegan la existencia de un contrato en esa clase de actos, sosteniendo, por el contrario, que se trata de actos emanados de una autoridad privada, cuyos efectos quedan determinados por la sola voluntad del ofertante.”¹⁰⁸ Esta escuela tiene su origen en el propio Saleilles. El contrato de adhesión debe interpretarse como declaración unilateral de voluntad, por cuanto en él “existe más bien una ‘operación reglamentaria’ consistente en la ‘creación de un estatuto al cual la voluntad de los demás debe someterse pura y simplemente.”¹⁰⁹ No se trataría por ende de un contrato, sino de dos actos jurídicos unilaterales y entre sí independientes.¹¹⁰ Junto a Saleilles, encontramos entre los publicistas a Duguit y Hariou. En el marco de esta doctrina, se habla entonces, antes que de contrato de adhesión, de actos de adhesión. Para Hariou, el contrato de adhesión se descompone en la emisión de una “voluntad reglamentaria”, a la cual se viene a adherir otra voluntad, importando sólo la voluntad reglamentaria en lo referente a la interpretación de la convención.¹¹¹ De esta forma, “La voluntad del adherente

¹⁰⁴ Brebbia, Roberto, *Contrato de adhesión*, en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1986, Vol. IV, p. 247.

¹⁰⁵ Tapia y Valdivia, ob. cit., p. 23.

¹⁰⁶ Dereux, Georges, *De l'interpretation des actes juridiques*, pp. 152 a 210, Tesis, Paris, 1905.

¹⁰⁷ Tapia y Valdivia, ob. cit., p. 23.

¹⁰⁸ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 248.

¹⁰⁹ Tapia y Valdivia, ob. cit., p. 26.

¹¹⁰ Tapia y Valdivia, ob. cit., p. 26.

¹¹¹ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 248.

no tiene en realidad más que un rol completamente subsidiario. Duguit da como ejemplo probatorio de esta afirmación el de los distribuidores automáticos, sosteniendo que es un error querer referir el acto mediante el cual una persona extrae de los mismos un determinado producto al depositar una moneda, al tipo clásico de contrato. ‘No hay dos voluntades –dice- en presencia una de la otra, que entran en contacto y se ponen de acuerdo. Las dos voluntades no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato. Tenemos una voluntad que, en efecto, ha establecido un estado de hecho y no una situación jurídica individual, un estado de hecho de orden general y permanente y otra voluntad que quiere aprovecharse de ese estado de hecho (...) Acuerdo de voluntades no lo veo; no veo más que una declaración unilateral de voluntad.’”¹¹²

Señala López Santa María que la finalidad perseguida por esta teoría anticontractual consiste en atribuir al juez un poder de apreciación más amplio de aquél del que goza a propósito de los contratos libremente discutidos. Así, tratándose de éstos últimos, el juez no puede no respetarlos, pues el artículo 1545 del Código Civil, al consagrar el principio de su fuerza obligatoria, le prohíbe toda otra actitud (sin perjuicio, agregamos nosotros, del campo que se está abriendo progresivamente a propósito de la doctrina de la revisión de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente, y que ha buscado su fundamento positivo en el artículo 1546 del Código Civil). En cambio –prosigue López Santa María-, “en lo que atañe a los actos de adhesión, el juez podría rehusar la aplicación de cláusulas abusivas dictadas por el autor del ‘reglamento’ y que fuesen, por ejemplo, francamente contrarias a la equidad.”¹¹³

La otra escuela surgida entre los tratadistas franceses, se denomina “de los contractualistas”, agrupándose en ella, entre otros, Dereux, Ripert, Colin, Capitant, Demogue, Jossierand, Planiol, etc. Como puede observarse, toda un pléyade de juristas que tuvieron gran influencia entre los autores latinoamericanos en el decurso de los siglos XIX y XX, chilenos incluidos. Los sostenedores de esta corriente “rebaten los argumentos de los publicistas, afirmando que reducir a la nada el rol de la voluntad del adherente es una inexactitud en el terreno de los hechos y que no puede rehusarse a considerar esa voluntad como necesaria para la conclusión del acto.”¹¹⁴ En este sentido, como dice Ripert, “poco importa si la voluntad esté sujeta si ella es consciente y libre (...) Para la formación del contrato la ley exige dos consentimientos; ella no mide en el dinamómetro la fuerza de las voluntades (...) quien da su adhesión sin discutir está decidido ante todo a contratar.”¹¹⁵ Agregan los contractualistas que “La desigualdad económica de las partes tampoco constituye causa suficiente para descartar la noción de contrato.”¹¹⁶ En el mismo sentido, el jurista argentino Roberto Brebbia señala que “No se puede afirmar que el consentimiento se halle viciado en esta clase de actos por la ausencia de discusiones preliminares a la convención; no es requisito indispensable para que dos o más personas se pongan de acuerdo que haya habido un ‘regateo’ sobre todas y cada una de las cláusulas de una convención cualquiera. Ni en el Derecho romano ni en ninguna de las legislaciones, incluyendo la argentina, se ha establecido o establece como elemento esencial para la validez de un contrato la discusión previa de las cláusulas que integran dicho acto.”¹¹⁷

¹¹² Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 248.

¹¹³ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 146.

¹¹⁴ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 248.

¹¹⁵ Tapia y Valdivia, citando a Ripert, ob. cit., p. 248.

¹¹⁶ Brebbia, Roberto, citando a Planiol y Ripert, ob. cit., p. 248.

¹¹⁷ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 248.

En lo que respecta a la doctrina nacional, Arturo Alessandri Rodríguez también se plegó a la doctrina contractualista, señalando al efecto que “en estos contratos hay consentimiento, ya que el adherente ha podido perfectamente elegir entre contratar y no hacerlo; y en realidad, casi todos los contratos son de adhesión, porque se forman mediante la oferta, en que una de las partes fija las condiciones y la aceptación, en que la otra parte se limita lisa y llanamente a admitirlas o rechazarlas.”¹¹⁸ Concluía Alessandri, en términos premonitorios, afirmando: “No puede, pues, alegarse la eficacia de estos contratos, que corresponden a las necesidades de la vida real; y si ellos tienen algún inconveniente, puede fácilmente subsanarse si la ley restablece el equilibrio roto, lo que puede hacer prohibiendo la estipulación de ciertas cláusulas onerosas, o haciendo obligatorias otras destinadas a amparar al contratante más débil; mientras tanto los tribunales hacen bien en interpretar estos contratos a favor de las partes menos favorecidas.”¹¹⁹ Entre los autores chilenos contemporáneos, Jorge López Santa María admite también que estamos ante una clase de contrato, de características particulares, según veremos. Por su parte, Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia concluyen en igual sentido: “Aunque la voluntad del adherente sea ‘borrosa’ y se limite a la mera aceptación del contrato de adhesión, es su consentimiento el que desencadena sus efectos. Por ello, el contrato por adhesión es un auténtico contrato, al que se aplican las reglas generales en materia de formación del consentimiento, capacidad, objeto, causa, interpretación y sanciones de ineficacia. No obstante, la oferta y la imposición (de las cláusulas por una de las partes) a que se ha aludido justifican un tratamiento particular respecto de los requisitos de publicidad de sus cláusulas, el control de su contenido, la interpretación de la voluntad de las partes y el alcance de la nulidad, que no desnaturalizan sino confirman su carácter eminentemente contractual.”¹²⁰

En síntesis, parece más razonable admitir que nos encontramos ante un contrato y no ante un acto jurídico unilateral impuesto por una persona. Pero aceptado que sea que nos encontramos ante un contrato, surge la interrogante siguiente: ¿nos encontramos ante un contrato de naturaleza particular o especial, que por sus características debiera ser excluido del régimen de derecho común aplicable a los contratos, o sencillamente se trata de contratos en los cuales se han incorporado nuevas modalidades, a consecuencia de las transformaciones experimentadas en la actividad económica, y que no obstante lo anterior, en lo esencial, continúan rigiéndose por las normas contractuales de derecho común? Intentaremos responder la interrogante, a la luz de las características que serían propias de estos contratos.

d.3) Características de los contratos de adhesión.¹²¹

Demogue cree encontrar el rasgo característico de los contratos de adhesión como figura contractual diferente en el objeto de los mismos, que es siempre –a juicio de este autor– “un servicio privado de utilidad pública.” Serían así típicos contratos de adhesión los celebrados con las empresas de servicios de luz eléctrica, agua, gas, etc. La importancia del servicio, que es de interés general, explica la predominancia de la voluntad del ofertante, siempre que se desenvuelva en un límite razonable y que no atente a su vez contra las

¹¹⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, Santiago de Chile, Imprenta Editorial Bellas Artes, 1930, p. 23.

¹¹⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 23.

¹²⁰ Tapia y Valdivia, ob. cit., p. 28.

¹²¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 142 y 143.

exigencias del mismo servicio.¹²² Este enfoque ha sido rebatido sin embargo, aduciéndose que “es bien aleatorio el prever que una sociedad de seguros, una usina o una empresa teatral pueden llegar a ser verdaderos servicios públicos por el camino de una evolución normal; y es todavía más difícil definirlos por esa tendencia. ¿Cuál es la empresa con algún desenvolvimiento que no pueda pretender que algunos de sus fines no son de interés colectivo y que por su importancia y por los servicios que rinde a la sociedad no sea digna por tal causa de atraer la atención del Estado?”¹²³

Así las cosas, Roberto Brebbia señala que si no se pueden precisar los caracteres de los contratos de adhesión, si no es posible distinguirlos netamente de las demás figuras contractuales, quiere decir que, a juicio de este autor, no existe jurídicamente dicha clase de contratos. No existen en realidad los contratos de adhesión. Lo que sí existe son nuevas modalidades en los actos jurídicos como producto de la evolución industrial y económica de las sociedades contemporáneas.¹²⁴ Estas nuevas modalidades que han dado origen a la teoría de la adhesión, pueden resumirse de la siguiente forma:

1. La oferta tiene un carácter general y permanente.
2. La oferta emana de un contratante que goza de un monopolio de hecho o de derecho o de una gran potencia económica.
3. El objeto del contrato es la prestación de un servicio privado de utilidad pública.
4. La oferta se presenta bajo la forma de un contrato tipo cuyas cláusulas esenciales no pueden discutirse.
5. El contrato contiene una serie de cláusulas concebidas en exclusivo interés del ofertante.¹²⁵

Para López Santa María, los signos distintivos del contrato de adhesión serían los siguientes:¹²⁶

1° Se trata de contratos estrictos o rígidos, en el sentido que el adherente nada puede cambiar, se encuentra ante un “contrato-tipo”. Existe un obvio desequilibrio en el poder negociador de los contratantes. El destinatario de la oferta, siendo el más débil, no puede discutirla, circunscribiéndose a aceptarla. Esta característica engloba los elementos de predisposición o redacción anticipada del contrato y de imposición de sus cláusulas.

2° Son generales o impersonales, usualmente, van dirigidos al público en general. La oferta está destinada a toda una colectividad o grupo de contratantes potenciales. En todo caso, cabe advertir que la generalidad no es un elemento indispensable para configurar un contrato de adhesión; por ello, las normas de los contratos de adhesión se aplicarán aún cuando estemos ante un contrato redactado por el oferente para un caso particular.

3° Son permanentes: la oferta se formula por un determinado plazo, usualmente prolongado. La oferta suele mantenerse vigente mientras su autor no la retira o modifica.

4° Minuciosidad: la oferta es pormenorizada, reglamentándose todos los aspectos de la convención, aún aquellos extremadamente hipotéticos o improbables.

d.4) Remedios propuestos frente a los inconvenientes que presentan los contratos de adhesión.

¹²² Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 249.

¹²³ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 250, citando a Edmond Sallé.

¹²⁴ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 250.

¹²⁵ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 250.

¹²⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 143.

La doctrina ha propuesto diversas vías para remediar los inconvenientes que surgen del contrato de adhesión. Las examinaremos a continuación:

1. Intervención del legislador: como señala Brebbia, “El primer remedio y, tal vez el más eficaz, es la intervención legislativa en las relaciones contractuales, con el fin de nivelar la balanza caída del lado del contratante económicamente más fuerte. La voluntad privada debe ceder así ante la regla obligatoria de orden público.”¹²⁷ A través de leyes y normas reglamentarias, se produce un “intervencionismo estatal tendiente a evitar situaciones de perjuicio y desigualdad para un determinado sector de la población (arrendatarios, consumidores, etc.) que, de otra manera, se vería aplastado por el poder económico superior de otro sector circunstancialmente preponderante.”¹²⁸

Planiol y Ripert hacían notar en su época que este era un procedimiento utilizado antes en el Derecho, específicamente en lo concerniente a “La reglamentación legal del trabajo, que prohíbe un gran número de cláusulas o de prácticas e impone al empleador obligaciones imperativas, penalmente sancionadas”, contrato que cronológicamente fue el primero en sufrir una intervención del legislador, “porque el trabajo humano –remarcaban los ilustres juristas galos-, no puede quedar enteramente librado a la libertad contractual.”¹²⁹

La intervención legislativa, como mecanismo de control de los contratos de adhesión, puede asumir dos formas: un control abstracto y un control concreto. El primero es el que se le concede a órganos administrativos del Estado que controlan el contenido de las condiciones generales de los contratos (al que aludiremos en el número 2). El segundo, es el que realizan los órganos jurisdiccionales. Este último es que más difusión ha tenido en el derecho comparado.¹³⁰

Para López Santa María, la intervención del legislador da origen a una categoría contractual especial, la del contrato dirigido. Expresa dicho autor: “En los casos marcados de abusos de los oferentes, v. gr., en los contratos individuales de trabajo, en los arrendamientos, en los contratos de edición, el legislador ha intervenido reglamentando imperativamente las cláusulas más relevantes de estos contratos, cautelando así los intereses de los débiles (...) La intervención del legislador es tanto más fructífera cuando en lugar de reprimir, en ciertos casos y a posteriori, los abusos de quien dicta la convención – como ocurre con cualquiera solución jurisprudencial- permite anticiparse a la adhesión, evitándola de manera general respecto a todos los casos de conclusión de la especie de contrato que el legislador reglamenta. Esta intervención del legislador, que ha dado a luz el llamado contrato dirigido, era indispensable.”¹³¹

De esta forma, concluye López Santa María, “En las situaciones subsanadas por el legislador por medio de la transformación de los contratos de adhesión en contratos dirigidos o reglamentados imperativamente, la contratación deja de ser la imposición de la voluntad de una de las partes. Tanto el oferente como el aceptante, en el contrato dirigido, consienten en vincularse por un marco legal preestablecido. De esta manera, los contratos de adhesión más característicos han sido sometidos a un estatuto de orden público que,

¹²⁷ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 250.

¹²⁸ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 251

¹²⁹ Brebbia, Roberto, ob. cit., p. 250.

¹³⁰ Mariño López, Andrés, ob. cit., p. 3.

¹³¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 154.

previendo la protección del contratante más débil, atribuye carácter obligatorio a ciertas cláusulas, o prohíbe otras.”¹³²

Sin perjuicio de aceptar como una herramienta idónea la del intervencionismo del Estado a través de la imposición de cláusulas, puede resultar, como la experiencia lo ha demostrado, una práctica muy peligrosa. Recuérdese, por ejemplo, lo dispuesto en Chile, en algunas épocas, en las leyes relativas al arrendamiento de predios urbanos, que establecían que, en algunos casos, la renta anual de arrendamiento no podía exceder de cierto porcentaje del avalúo fiscal del predio, situación que a la postre se tornó abusiva para los arrendadores, protegiéndose en exceso a los arrendatarios, especialmente si tenemos en cuenta que el avalúo fiscal de los inmuebles suele estar muy alejado del valor venal de los mismos.¹³³

¹³² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 155.

¹³³ Disponía el artículo 1° de la Ley número 11.622, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de septiembre de 1954 y rectificado su texto por Decreto Supremo número 4.255, de 20 de octubre de 1954, publicado en el Diario Oficial de fecha 23 de noviembre de 1954, que “Reglamenta el arrendamiento de inmuebles por casas o departamentos, piezas, secciones o locales y fija la renta máxima que se podrá cobrar por dichos arrendamientos”: “Artículo 1°: La renta anual máxima de arrendamiento de bienes raíces urbanos, cualquiera que sea su destino, no podrá exceder del 11 por ciento del avalúo vigente para el pago del impuesto territorial. Para los efectos de esta ley, se entenderá como predio urbano el que está situado en poblado y el edificio que fuera de población se destine normalmente a vivienda y no a menesteres campestres. / Si se modificaren los avalúos vigentes para el pago del impuesto territorial, el arrendador o el arrendatario, en su caso, podrán ajustar las rentas de arrendamiento en la misma proporción en que se hubieren modificado los avalúos de los inmuebles respectivos.” Se trataba entonces de una renta máxima legal. El Decreto Ley número 964, sobre “Arrendamiento de bienes raíces urbanos”, publicado en el Diario Oficial con fecha 12 de abril de 1975, que derogó a la Ley número 11.622, dispuso en su artículo 5, una norma similar: “Artículo 5°: La renta anual máxima no podrá exceder del 11% del avalúo vigente para el pago del impuesto territorial. Si se modificaren los avalúos vigentes para el pago de dicho tributo, la renta máxima de arrendamiento se ajustará automáticamente en la misma proporción en que se hubieren modificado los avalúos respectivos pudiendo el arrendador cobrar hasta dicha renta sin necesidad de convención modificatoria especial. / El Servicio de Impuestos Internos establecerá de oficio en el Rol General de Avalúo y en los Recibos de Contribuciones, la renta anual máxima de arrendamiento aplicables a los inmuebles en general y a que se refiere el inciso primero del artículo 5° de este decreto ley y otorgará de oficio, a petición de parte o de la Dirección de Industria y Comercio el respectivo Certificado de renta.” El artículo 6°, por su parte, se refería al arriendo de piezas, secciones o dependencias del inmueble, en cuyo caso también regiría la restricción consagrada en el artículo 5: “Artículo 6°: La renta del inmueble que se arrienda por piezas, secciones o dependencias, se determinará separadamente por cada una de ellas y no podrá exceder, en conjunto, de la renta máxima total de todo el inmueble. / Cualquiera de las partes podrá solicitar al Servicio de Impuestos Internos la fijación de la renta de la o las piezas, secciones o dependencias del inmueble.” Agregaba el artículo 7°: “El subarrendador sólo podrá cobrar al o a los subarrendatarios la renta proporcional a la renta máxima legal correspondientes a todo el inmueble, aumentada hasta en un 10%. / No obstante, si se subarrendara todo el inmueble se estará a lo dispuesto en el artículo anterior.” Se establecía también una restricción legal, tocante a la garantía que el arrendador podía exigirle al arrendatario, consignando el artículo 11°, inciso primero: “El arrendador podrá exigir al arrendatario que caucione sus obligaciones mediante una garantía que deberá ser en dinero y, en tal caso, ésta no podrá exceder de un mes de renta.” El artículo 13, inciso 1°, a su vez, señalaba: “El arrendatario, en caso de negativa del arrendador a recibir la renta o a otorgar el correspondiente recibo podrá depositar la renta de arrendamiento en cualquiera oficina de la Dirección de Industria y Comercio, de la comuna o del departamento en que estuviere situado el inmueble, otorgándosele el correspondiente recibo. Este pago se considerará como hecho al arrendador para todos los efectos legales.” Finalmente, el artículo 2° transitorio de la Ley número 18.101, que rige en la actualidad el arrendamiento de predios urbanos, publicada en el Diario Oficial de fecha 29 de enero de 1982, que derogó el Decreto Ley número 964, también dispuso una restricción semejante a la de los anteriores cuerpos legales, pero sólo de manera temporal: estableció que en los contratos de arrendamiento que se celebraren durante los cuatro años siguientes a la fecha de publicación de la citada ley (vale decir, en el período que transcurrió entre el 29 de enero de 1982 y el 29 de enero de 1986), la renta

Por ende, gran prudencia ha de exhibir el legislador, cuando decide inmiscuirse en el terreno de la equivalencia de las prestaciones, pues no cabe duda, como lo reconoce López Santa María, que el contrato dirigido supone una ruptura del principio de la libertad contractual. Los disímiles criterios ideológicos que pueden inspirar a los gobiernos de turno, y las circunstanciales mayorías parlamentarias que pueden tener, podrían suscitar también, por la vía que analizamos, una grave ruptura al principio de la libertad contractual, siendo entonces, como dice al antiguo y sabio adagio, peor el remedio que la enfermedad.

2. Homologación de los contratos: una segunda vía utilizada por el legislador para morigerar los efectos negativos de los contratos de adhesión, consiste en “La homologación por el poder público de los modelos de contratos estandarizados que van a ofrecerse después a los consumidores. Todo contrato redactado e impreso de antemano, para ser propuesto a los adherentes, previamente debería someterse al control y a la autorización de una determinada autoridad, la que se preocuparía, justamente, de tutelar los intereses de los futuros aceptantes.”¹³⁴ Un ejemplo de esta modalidad de control, es el de los contratos de seguros, ya que de conformidad a lo dispuesto en la ley, la Superintendencia de Valores y Seguros tiene la obligación de mantener un registro público de los modelos de los textos de las pólizas y de sus modificaciones, quedando vedado a las compañías de seguros proponer a sus clientes modelos de contratos que no hubieren sido previamente aprobados por el citado organismo.

Otro caso en nuestra legislación, es aquél contemplado en la Ley número 19.496, Título V, “Del sello SERNAC¹³⁵, del servicio de atención al cliente y del Sistema de Solución de Controversias”. Este título fue introducido por la Ley número 20.555, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de diciembre de 2011, llamada “Ley de Sernac Financiero”. Conforme al artículo 55 de la Ley número 19.496, el Servicio Nacional del Consumidor deberá otorgar un “sello SERNAC” a los contratos de adhesión:

- de los Bancos e instituciones financieras;
- de los establecimientos comerciales;
- de las compañías de seguros;
- de las cajas de compensación;
- de las cooperativas de ahorro y crédito;

anual máxima no podía exceder del 11% del avalúo vigente para el pago del impuesto territorial. En todo caso, la restricción en el monto de la renta no afectaba a numerosos inmuebles, excluidos de la norma legal, entre ellos los construidos conforme al Decreto con Fuerza de Ley número Dos del año 1959, las viviendas cuyos avalúos para los efectos del pago del impuesto territorial fueren superiores a 406 Unidades de Fomento y los destinados a locales comerciales o industriales, oficinas, teatros y cines, y, en general, a actividades lucrativas. Fue la última restricción que rigió en la materia. Hoy, las partes contratantes pueden convenir con plena libertad el monto de la renta de arrendamiento y el pago de una garantía igual o superior a un mes de la renta.

¹³⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 156.

¹³⁵ Servicio Nacional del Consumidor. Este organismo está regulado por el Título VI de la Ley número 19.496, y debe velar en Chile por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley número 19.496 y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor (artículo 58). Se trata de un servicio público funcionalmente descentralizado y desconcentrado territorialmente en todas las regiones del país, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (artículo 57).

- de otros proveedores de servicios crediticios, de seguros, y en general, de cualquier producto financiero.

La obtención del “sello SERNAC” no es sin embargo obligatoria. Se otorgará a petición de la respectiva entidad, siempre que demuestren cumplir con las siguientes condiciones:

- i) Que el Servicio Nacional del Consumidor constate que todos los contratos de adhesión que ofrezcan y que más adelante indicaremos, se ajustan a la Ley número 19.496 y a sus disposiciones reglamentarias.
- ii) Que cuenten con un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamos de los consumidores.
- iii) Que permitan al consumidor recurrir a un mediador o a un árbitro financiero que resuelva las controversias, quejas o reclamaciones, en el caso de que considere que el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente sus consultas o reclamos por cualquier producto o servicio financiero del proveedor que se otorgue en virtud de un contrato de adhesión de los señalados con antelación.

Agrega el artículo 55 que los proveedores de productos y servicios financieros que deseen obtener el sello SERNAC deberán someter a la revisión del Servicio Nacional del Consumidor todos los contratos de adhesión que ofrezcan, relativos a los siguientes productos y servicios financieros:

- tarjetas de crédito y de débito;
- cuentas corrientes, cuentas vista y líneas de crédito;
- cuentas de ahorro;
- créditos hipotecarios;
- créditos de consumo;
- condiciones generales y condiciones particulares de los contratos colectivos de seguros de desgravamen, cesantía, incendio y sismo, asociados a los productos y servicios financieros indicados con antelación, sea que se encuentren o no sujetos al régimen de depósito de modelos de pólizas, conforme a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley número 251, de 1931, del Ministerio de Hacienda.
- Los demás productos y servicios financieros de características similares a los señalados precedentemente que señale el reglamento de la ley.

El Servicio Nacional del Consumidor tendrá 60 días para pronunciarse sobre una solicitud de otorgamiento de sello SERNAC, contado desde la fecha de recepción del o los contratos respectivos, en la forma que determine dicho Servicio mediante resolución exenta.

Excepcionalmente, y previa solicitud fundada del Servicio Nacional del Consumidor, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, mediante resolución exenta, podrá extender este plazo hasta por 180 días adicionales, si el número de contratos sometidos a su consideración excede la capacidad de revisión detallada del referido Servicio.

Si el Servicio Nacional del Consumidor no se pronuncia en el plazo de 60 días o en su caso en el plazo extendido conforme a lo antes señalado, el o los contratos sometidos a su conocimiento contarán con sello SERNAC por el solo ministerio de la ley.

Conforme al artículo 55 B, el proveedor que tenga contratos con sello SERNAC y ofrezca a los consumidores la contratación de un producto o servicio financiero de los enumerados en el artículo 55 mediante un nuevo contrato de adhesión, deberá someterlo previamente al Servicio Nacional del Consumidor para que éste verifique el cumplimiento

de las condiciones establecidas en dicho artículo. Lo mismo ocurrirá si el contrato que cuente con sello SERNAC fuere modificado.

El sello SERNAC se podrá revocar mediante resolución exenta del Director del Servicio Nacional del Consumidor, fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 55 C (por ejemplo, cuando por causas imputables al proveedor de los productos o servicios financieros, se han infringido algunas de las condiciones previstas en el Título V de la Ley; o por haberse dictado sentencias definitivas ejecutoriadas que declaren la nulidad de una o más cláusulas de un contrato de adhesión; o por haberse aplicado multas por infracciones a lo dispuesto en la Ley en relación con los productos o servicios financieros ofrecidos a través de un contrato con sello SERNAC, etc.).

La resolución que niegue el otorgamiento del sello SERNAC o que lo revoque, será reclamable ante el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, en el plazo de 10 días hábiles contado desde su notificación al proveedor. La reclamación deberá resolverse en el plazo de 15 días hábiles desde su interposición.

En el Derecho Comparado, cabe mencionar como ejemplo el caso de México. Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la “Ley Federal de Protección al Consumidor”, dentro del capítulo X concerniente al “Reglamento y Estatuto Orgánico de la Procuraduría Federal del Consumidor”, la autoridad podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría, cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas de sujeción podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio. Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría. El artículo 86 quater previene que cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta. El artículo 87, a su vez, consigna que los contratos de adhesión que requieran un registro previo ante la Procuraduría, deberán ser presentados ante la misma por los proveedores, en forma previa a su utilización. La Procuraduría se limitará a verificar que los modelos se ajusten a las normas correspondientes y emitirá su resolución dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro. Entre los contratos de adhesión cuyo registro es obligatorio, encontramos, por ejemplo, los relativos a: tiempo compartido; servicios funerarios; reparación y mantenimiento de automóviles; lavanderías y tintorerías; eventos sociales, etc.

El registro del contrato de adhesión reporta ventajas tanto para el proveedor como para el consumidor. Para el proveedor, porque le confiere mayor prestigio comercial; es considerado un proveedor confiable; facilita la solución de controversias; le da mayor certidumbre. Para el consumidor, porque tendrá mayor seguridad al contratar un producto o servicio; le permite presumir la buena fe del proveedor; y se sabe amparado por la “Procuraduría Federal del Consumidor.”¹³⁶

En el caso argentino, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 de la “Ley de Defensa del Consumidor”, la “Dirección de Defensa del Consumidor de la Nación” verifica

¹³⁶ Información en Internet de la *Procuraduría Federal del Consumidor*, México, reproducida por www.canaco.net.

sistemáticamente los textos, por rubros de actividad, controlando que los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas. Para ello, luego de un riguroso análisis, emite un dictamen en el que se determinan si existen o no cláusulas abusivas. En caso de existir, se requiere al proveedor responsable que cambie la cláusula o las cláusulas, imponiéndole una sanción en caso que no lo haga. Si el proveedor no comparte los términos del dictamen de la autoridad, puede apelar ante la justicia, quien dirimirá definitivamente la cuestión.¹³⁷

3. Establecimiento de contratos-tipo bilaterales, acordados por grupos con intereses antagónicos: López Santa María menciona esta tercera vía. Estos contratos-tipos, “visados”, por así decirlo, por los principales actores, servirían para subsanar las dificultades entre ambas partes o grupos opuestos. El texto aprobado de común acuerdo, será después empleado en la celebración de numerosos contratos individuales, calcados sobre el modelo preestablecido. El autor propone, como ejemplo, a fin de fijar las condiciones de la contratación masiva de los seguros voluntarios contra riesgos inherentes a la conducción de vehículos motorizados, que los automovilistas chilenos podrían agruparse y negociar con las compañías aseguradoras una póliza tipo, que más tarde sería utilizada en los miles de contratos de seguros individuales, no siendo éstos, en tal hipótesis, contratos de adhesión, dada la participación directa o indirecta del asegurado, durante la fase previa del contrato tipo bilateral. Deseable sería entonces fomentar la celebración de contratos colectivos entre grupos que en principio, tienen intereses contrapuestos o complementarios.¹³⁸ Rodríguez Grez alude al respecto a la “voluntad institucional del consumidor”, como uno de los factores a tener presente en la materia: “Si para desterrar los excesos que conlleva el ‘contrato de adhesión’ (instrumento insustituible en un mercado masivo) estuviéramos obligados a optar por el ‘contrato dirigido’ (en el cual se prescinde de la voluntad de aquellos afectados por sus efectos), parece necesario concebir otra fórmula, que no clausure la libertad tan drásticamente y preserve los beneficios de una economía competitiva. De lo contrario, ello repercutirá en el menoscabo de la capacidad productiva de las empresas y frenará fatalmente el desarrollo. A nuestro juicio, en este proceso falta un elemento: la voluntad institucional del consumidor –no del gobierno en funciones-, que debe ser, en definitiva, la llamada a salvaguardar el equilibrio entre los que concurren a una negociación de esta naturaleza. Hoy es posible, gracias al proceso tecnológico, dar vigor y mayor representatividad a las asociaciones de consumidores y transferir a ellas el poder de negociación de quienes demandan bienes y servicios en una economía moderna”. De esta manera, agrega, se trata de que el contrato de adhesión “fuera negociado por un organismo representativo de los consumidores, pero ajeno a intereses partidistas”.¹³⁹

4. Ampliación del ámbito de aplicación de la lesión enorme: a partir del Código Civil alemán de 1900 (artículo 138, citado), se ha abierto camino una nueva concepción de la lesión enorme, que permite neutralizar los casos ostensibles de abusos del oferente sobre el adherente. En tal sentido, frente a una concepción restringida de la lesión enorme en nuestro Derecho, circunscrita a muy pocos casos, el más importante de ello a la compraventa voluntaria de inmuebles, el Código Civil alemán declara nulo cualquier acto

¹³⁷ *Ley de Defensa del Consumidor*, de la República Argentina.

¹³⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 157 y 158.

¹³⁹ Rodríguez Grez, Pablo, “De la adhesión al dirigismo contractual”, en diario *El Mercurio*, Santiago de Chile, edición del 26 de mayo de 2013, cuerpo A, p. 2.

jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que se hallen en desproporción chocante con el valor de dicha prestación. Como dice López Santa María, esta concepción amplia de la lesión, que tipifica el vicio de un modo genérico, aplicable respecto de todos los actos jurídicos en que haya explotación del otro contratante, presupone una sólida confianza ciudadana en los jueces, quienes asumen su papel de censores, revestidos del poder discrecional que con frecuencia es indispensable para administrar justicia. El Código Civil italiano, a su vez, en la misma línea, establece, aludiendo a la acción general de rescisión por lesión, que si hubiere desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato.¹⁴⁰

d.5) Limitaciones legales a los contratos de adhesión, en el Derecho chileno.

En parte como un modo de impedir o al menos morigerar la eventual inequidad que supone para una de las partes el contrato de adhesión, se promulgó la Ley número 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. En el marco de esta ley, se define el contrato de adhesión como aquél cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido. Esta ley ha constituido un avance para frenar los eventuales abusos en que puede incurrir quien redacta el contrato. Especialmente importantes son las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión (art. 16). Se dispone al respecto que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

- otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o suspender unilateralmente la ejecución del contrato;
- Establezcan incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamientos o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales;
- Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no les sean imputables;
- Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor.
- Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.
- En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

¹⁴⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 157 y 158.

E) Contratos preparatorios y contratos definitivos.¹⁴¹

e.1) Conceptos.

Contrato preparatorio o preliminar es aquel mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato, que por ahora no pueden concluir o que está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad.¹⁴² Al decir de Fernando Fueyo, es una vinculación, nacida de contrato, cuya eficacia, en el querer de las partes, es sólo preliminar o previa, puesto que lo que se intenta es una relación futura y definitiva, la cual, ordinariamente, es entre las mismas partes concertantes. Mediante el contrato preparatorio, las partes que no pueden obtener de inmediato el resultado económico que esperan, quedan vinculadas jurídicamente y pueden mientras tanto resolver las dificultades legales, financieras, etc., hasta que una vez subsanadas, puedan celebrar el contrato definitivo y satisfacer plenamente sus intereses.

Contrato definitivo es aquel que se celebra cumpliendo con la obligación generada por el contrato preparatorio. Tal obligación es de hacer, y consiste en suscribir, dentro de un plazo o si se cumple una condición, el futuro contrato.¹⁴³

e.2) Clases de contratos preparatorios.

Según la doctrina, se clasifican en generales y especiales.

Entre los contratos preparatorios generales de más ordinaria ocurrencia se encuentran:

- * El contrato de promesa de celebrar contrato (art. 1554);
- * El contrato de opción: según Fueyo, “es aquel que consiste en la oferta unilateral de contrato que formula una de las partes, de manera temporal, irrevocable y completa, en favor de la otra que de momento se limita a admitirla, reservándose libremente la facultad de aceptarla”; Messineo refiere que el contrato de opción es un contrato preliminar unilateral, acentuando que sólo una parte (destinatario de la promesa-acreedor) tiene el derecho de exigir que se estipule el futuro contrato y que ella tiene preferencia sobre todas las otras personas, si se decide a estipular el contrato, mientras la otra parte no tiene derechos, sino solamente obligaciones, subordinadas a la voluntad de la primera (condición meramente potestativa), sin poder revocar la promesa. Identifica una figura en el caso de la compraventa a prueba o al gusto, que el Código Civil chileno recoge en el artículo 1823.¹⁴⁴
- * El contrato de corretaje o mediación (en este caso, la obligación que asume una de las partes es con el corredor o intermediario, y no con la otra parte actual o futura, con la que celebrará el contrato definitivo);

Entre los contratos preparatorios especiales, son los más usuales:

- * En el ámbito procesal, el contrato preparatorio de arbitraje o cláusula compromisoria (se acuerda someter un litigio, actual o eventual, a la jurisdicción arbitral, sin designarse todavía al árbitro);
- * El pacto o promesa de preferencia;

¹⁴¹ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 353 a 370.

¹⁴² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 160.

¹⁴³ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 160.

¹⁴⁴ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 355 y 356.

* La compraventa con pacto de retroventa (que para la mayoría de los autores, es una venta bajo condición resolutoria ordinaria: art. 1881);

* El contrato de apertura de crédito o línea de crédito (en su virtud, un Banco, por ejemplo, se obliga a proporcionar préstamos en favor de cierta persona, fijándose desde ya la tasa de interés, los plazos máximos de vencimiento y demás particularidades de los mutuos, cumplida que sean por el futuro mutuario determinadas condiciones, usualmente la constitución de garantías, el alzamiento de garantías constituidas en favor de otro acreedor, presentación de balances, estados de situación patrimonial, etc.); y

* El contrato de suscripción de acciones de una sociedad anónima en formación.

F) Contratos “intuitu personae” y contratos impersonales.¹⁴⁵

Como destaca Messineo, algunos contratos se califican y forman un grupo aparte por el hecho de que la persona de uno de los dos contratantes y a veces de ambos es elemento esencial, en el sentido de que un interés cualquiera ha inducido a uno de los contratantes a escoger una persona determinada porque está dotada de cualidades o aptitudes particulares, o de una especial pericia técnica, etc. Tal es el contrato *intuitu personae* (alocución latina que significa “en atención a la persona”). Esta figura de contrato se vincula con la de la obligación de hacer no fungible, considerando que el contrato, usualmente, origina una obligación de ese tipo. Es decir, esta figura se presenta especialmente en el caso que esté en juego una colaboración (casi siempre de carácter continuado) entre los contratantes, en la que el elemento de la **confianza personal** adquiere una importancia especial.¹⁴⁶ Los casos principales corresponden, en el ámbito patrimonial, al contrato de mandato, de comodato, de arrendamiento de servicios, de transacción, de depósito, de donación, de sociedad (la de personas, que regula el Código Civil, no la de capitales), el contrato de trabajo, etc., y en el ámbito extrapatrimonial, ciertamente el contrato de matrimonio.

Las consecuencias más importantes de los contratos “intuitu personae” son las siguientes:

- La esencialidad del error en la persona del otro contratante, que dará derecho a solicitar la rescisión del contrato;
- La pretensión del otro contratante a que el contrato sea ejecutado personalmente por la contraparte y no por otros, con el consiguiente derecho de rehusarse a recibir la prestación si ésta fuese obra de otra persona;
- La intransmisibilidad del contrato al heredero del sujeto a quien incumbe la prestación;
- La imposibilidad de ceder los derechos y las obligaciones que origina el contrato.¹⁴⁷

Por el contrario, cuando la persona concreta del contratante es jurídicamente indiferente, estamos ante un contrato impersonal. En estos casos, el contrato no se celebra en consideración a la persona del otro contratante. Cualquiera podría ser la contraparte. Por ende, el error no será esencial ni dará derecho a pedir la rescisión del contrato; será admisible la ejecución por un tercero extraño al contrato (como ocurre cuando se debe, por ejemplo, una suma de dinero); operará la transmisión del contrato al heredero del

¹⁴⁵ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 179 y 180.

¹⁴⁶ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 179.

¹⁴⁷ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 180.

contratante fallecido; será factible que cualquiera de las partes haga cesión del contrato y sea entonces sustituido por un tercero en la relación jurídica, etc.¹⁴⁸

G) Contratos de familia y contratos puramente patrimoniales.

Los contratos **de familia** se refieren a la situación de una persona dentro de su familia y a sus relaciones con los restantes integrantes de la misma. Son contratos de esta índole, por ejemplo, el contrato de matrimonio; el acuerdo de unión civil; el pacto a que alude el artículo 45 de la Ley 19.620, sobre Adopción de Menores; el pacto mediante el cual los padres que viven separados, convienen que el cuidado personal del hijo menor corresponde a uno de aquéllos o lo ejercerán en forma compartida (artículo 225, inciso 2º del Código Civil); etc. Algunos de los contratos de familia, ciertamente, tienen también efectos patrimoniales –como ocurre, por lo demás, con el propio contrato de matrimonio–, pero seguirán siendo contratos de familia, en cuanto a que junto a ellos contienen elementos extrapatrimoniales, que generan deberes jurídicos no avaluables en dinero, como ocurre con el respeto mutuo, el deber de fidelidad, convivencia, cohabitación, etc.

Los contratos **puramente patrimoniales** son aquellos destinados a crear, modificar, transferir o extinguir un derecho patrimonial o valuable en dinero. En este caso, la totalidad del contrato regula aspectos patrimoniales. Tal es el caso de todos los contratos regulados en el Código Civil, salvo el matrimonio. Algunos de estos contratos pertenecen a la esfera del Derecho de Familia, pero en cuanto tienen un contenido puramente patrimonial, no son *contratos de familia*; tal es el caso de las capitulaciones matrimoniales convenidas antes del matrimonio, cuando generan derechos y obligaciones para los esposos; y el pacto mediante el cual se atribuye el ejercicio de la patria potestad, a aquél de los padres que no tenga el cuidado personal del menor (artículo 245, inciso 2º del Código Civil).

H) Contratos de formación instantánea y contratos de formación progresiva.

Se formula ésta clasificación según si el contrato nace de una sola vez o por un solo acto, por el mero acuerdo de las voluntades, en cuyo caso estaremos ante contratos de formación instantánea; o si por el contrario, el contrato requiere para nacer de un proceso de negociación previo, en el cual los interesados van acercando posiciones y consensuando las diversas materias que el contrato regulará, en cuyo caso estaremos ante un contrato de formación progresiva. En estos últimos contratos, aunque ellos nazcan por un solo acto, existe una fase anterior, de carácter precontractual, que resulta imprescindible para el nacimiento del acto jurídico.

Interesa esta clasificación, para determinar si puede o no operar la responsabilidad precontractual, cuestión propia de los contratos de formación progresiva, cuando éstos no llegan a celebrarse por el retiro de la negociación por una de las partes. En cambio, en los contratos de formación instantánea no se presenta cuestión alguna vinculada con la responsabilidad precontractual.

Por cierto, no debemos confundir los contratos de formación progresiva con los contratos de ejecución progresiva, pues en éstos, no se atiende al tiempo requerido para que el contrato nazca, sino al tiempo estipulado para que el contrato se cumpla.

¹⁴⁸ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 180.

D) Contratos puros y simples y sujetos a modalidades.

Atendiendo a si los actos y contratos producen de inmediato sus efectos normales o si se insertan en ellos modalidades, se clasifican en la forma indicada.

Actos jurídicos puros y simples son aquellos que inmediatamente de celebrados hacen nacer un derecho, que puede ejercerse sin más dilación.

Actos jurídicos sujetos a modalidades son aquellos que están supeditados en sus efectos a cláusulas restrictivas.

Las modalidades son ciertas cláusulas particulares que pueden ser insertadas en los actos jurídicos para modificar sus efectos, desde el punto de vista de la existencia, ejercicio o extinción de los derechos y obligaciones derivados del acto jurídico.

Las modalidades más usuales son el plazo, la condición y el modo.

El plazo es un hecho futuro y cierto, del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho. La más importante clasificación de los plazos es aquella que distingue entre plazos suspensivos o extintivos, según si al cumplirse hacen exigible o extinguen un derecho. El plazo también podrá ser expreso o tácito; fatal o no fatal. El Código Civil define el plazo en el artículo 1494, señalando que “es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación.”

La condición es un hecho futuro e incierto, del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho. La más importante clasificación de las condiciones es aquella que distingue entre condición suspensiva y resolutoria, según si con su cumplimiento nace o se extingue un derecho. La condición resolutoria se subclasifica a su vez en condición resolutoria ordinaria (cuando la condición consiste en cualquier hecho distinto al incumplimiento del contrato), condición resolutoria tácita (consagrada en el art. 1489, y que va envuelta en todo contrato bilateral, consistiendo en este caso en el incumplimiento de lo pactado por uno de los contratantes, lo que da derecho al contratante cumplidor de sus obligaciones, para pedir la resolución del contrato y la indemnización respectiva) y pacto comisorio (condición resolutoria tácita expresada en el contrato, consistente en pactar que en el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, el contrato quedará resuelto). El pacto comisorio a su vez, puede ser simple o calificado. Será simple, aquél que corresponde a la definición de pacto comisorio que recién dimos (y que el Código Civil consigna en el artículo 1877). Será calificado, cuando a la definición del simple, agregamos las expresiones *ipso facto*, caso en el cual se aplicará el artículo 1879 del Código Civil.

El modo es una carga establecida en los actos jurídicos a título gratuito, con el propósito de limitar el derecho del adquirente (por ejemplo, se deja en legado una pinacoteca, con la obligación de darla en comodato al Museo de Bellas Artes, con el propósito de exponerla al público, con cierta periodicidad). La carga, entonces, se le impone al beneficiario de una liberalidad, y si bien no impide que adquiera su derecho, lo obliga a ejercerlo bajo ciertas circunstancias que normalmente no pesan sobre el propietario.

CAPITULO II: LAS CATEGORIAS CONTRACTUALES.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 163 a 230.

Hablamos de “categorías contractuales”, para referirnos a ciertas figuras que pueden presentarse en todo tipo de contratos, sin importar su clase. Son por ende figuras que tienen un carácter genérico. Poseen sin embargo un rasgo común: estas categorías afectan o alteran a algunos de los principios generales de la contratación o inciden en ellos. En efecto, las del contrato dirigido, del contrato forzoso y del contrato-tipo, afectan al principio de la libertad contractual; la del contrato-ley refuerza el principio de la fuerza obligatoria del contrato y la del autocontrato extiende éste principio; la del subcontrato, la del contrato por persona a nombrar y la del contrato por cuenta de quien corresponda alteran o extienden el principio del efecto relativo del contrato. Las revisaremos seguidamente.

1.-) El contrato dirigido.

También se le conoce como contrato normado o dictado por el legislador.¹⁵⁰ Usualmente, las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, se aplican en el silencio de los contratantes. Tratándose de los contratos dirigidos, por el contrario, las normas legales asumen un carácter imperativo. Las partes no pueden alterarlas, sea en materia de **contenidos o efectos** de la convención, sea en materia de **personas** con las cuales debe celebrarse el contrato.¹⁵¹

Algunos Códigos establecen el “*dirigismo*” en términos generales, como ocurre con el artículo 1355 del Código Civil peruano: “Artículo 1355º.- Regla y límites de la contratación. La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.”

Josserand subraya que el “dirigismo contractual” constituye uno de los fenómenos mayores del derecho contemporáneo, “debido a causas políticas económicas profundas – primacía de lo social sobre lo ‘individual’; acumulación de capitales y concentración de empresas; desigualdad de poder entre los contratantes; necesidades de proteger a los individuos contra la tiranía de las agrupaciones, de las compañías, de las sociedades- no es particular de Francia, sino que se afirma en todos los países sin distinción entre regímenes políticos liberales y organizaciones totalitarias”¹⁵²

Distingue Josserand entre el “dirigismo jurisprudencial” y el “dirigismo legislativo”. En el primer caso, señala como casos admisibles, los siguientes: a) El derecho que se reconoce al juez de restituir a un acto jurídico su verdadero carácter, que había sido disimulado, falseado por las partes; b) Cuando estamos ante hipótesis de “abusos de derechos”; c) Al revisar el juez una convención, para reducir los honorarios del mandatario, del arquitecto, del médico, del cirujano, etc. En este último caso, “la economía del contrato es entonces modificada, autoritariamente, por la acción del tribunal, que salva al cliente de la lesión con que estaba amenazado por parte del profesional.” En cambio, mucho más discutibles le parecen los siguientes casos de “dirigismo jurisprudencial”: a) La política de amplificación del contenido obligatorio que se practica cada vez con mayor amplitud por la Corte de Casación, en virtud de la cual el juez hace surgir de la convención obligaciones en las que no habían soñado siquiera las partes, y en las que una de ellas por lo menos no hubiera consentido, como por ejemplo, la obligación de seguridad absoluta que se reconoce

¹⁵⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 163.

¹⁵¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 163.

¹⁵² Josserand, Louis, “*Teoría general de las Obligaciones*”, Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., R. Pröschle G. & S. Soto B., Editores, año 2008, p. 220. Esta obra, como advierten los editores, hace parte del “*Tratado de Derecho Civil*” de Josserand.

a cargo del porteador de personas; b) Otro caso discutible, para Josserand, es el del reconocimiento de la teoría de la imprevisión, afirmando al respecto: “Pero sobre todo es discutible la tesis llamada de la imprevisión, la cual reconoce al juez el poder de tener en cuenta, en el funcionamiento de la convención, los acontecimientos imprevisibles –o imprevistos- que sobrevinieron durante su ejecución y que, verdaderas ‘circunstancias extracontractuales’, han roto el equilibrio de la operación; el deudor, el proveedor, alcanzado por ese golpe del destino, va a poder exigir de quién con él contrató, sino la rescisión, por lo menos la revisión de la carta contractual, cuyo equilibrio será restablecido.” En cuanto al “dirigismo legislativo”, resalta Josserand que “En el curso de los últimos años, el legislador se ha distinguido en esta obra de flexibilización del contrato; incesantemente se ha inmiscuido en la vida de la convención, y siempre para acudir en ayuda del deudor, considerado por él como el más débil, el más digno de atención.” Menciona, entre otros, los siguientes casos: a) La práctica de los “términos de gracia” favorecida por varias disposiciones legislativas (alquiler de inmuebles, préstamos hipotecarios, etc.); b) Cuando el legislador suspende, de pleno derecho, todos los procedimientos de ejecución para cierta categoría de deudas o en provecho de ciertos deudores; c) Cuando se dictan leyes que imponen a una de las partes la continuación o renovación de la situación jurídica que había sido establecida contractualmente; d) A la inversa, cuando el legislador favorece la rescisión anticipada de un contrato, y antes de expirar el período durante el cual, según la voluntad de las partes, tenía que desarrollar sus efectos; e) Cuando el legislador derrumba la economía de los contratos, modificando el equilibrio establecido entre las prestaciones de las partes, al autorizar una revisión para disminuir o excepcionalmente para elevar la tasa de alquiler o de la renta y para realizar así un ajuste de precios, etc. Concluye Josserand afirmando: “Esta política no es condenable en tesis general e indistintamente; todo depende del fin que persiga y de las aplicaciones que de ella se hagan: benéfica en cuanto tiende a la organización racional y equitativa del contrato, resulta nefasta cuando lleva a la desorganización, a la anarquía y a la inseguridad. Nada mejor que los poderes públicos se preocupen de organizar el contrato, fenómeno social y no exclusivamente individual; sobre todo, es deseable que el juez y el legislador se esfuercen en proteger al más débil contra el más fuerte y en asegurar, con medidas preventivas o represivas, el equilibrio de la operación (prohibición de cláusulas leoninas; prevención o represión de la lesión). En compensación, se deben criticar y censurar duramente las medidas que producen el efecto de desorganizar el contrato, permitiendo al deudor, llamado con excesiva ligereza ‘de buena fe’, sustraerse fácilmente a la ejecución de los compromisos que adquirió libre y normalmente, y a derrumbar la economía de una operación considerada hasta ahora poco menos que intangible; el cambio de las condiciones económicas no debería, en tesis general, justificar la falta a la palabra empeñada. Al contratar, las partes han podido, han debido prever la posibilidad de tal cambio, y precisamente para asegurarse contra tal eventualidad, han adquirido compromisos entre sí; la destrucción del contrato es también la de la confianza y la de la seguridad jurídica; si se generaliza, si bajo el benévolo pretexto de abrir las válvulas de seguridad en salvaguardia de la paz social, se la hiciera entrar en nuestras costumbres, llevaría consigo el retorno a ese régimen no contractual que, según afirmación de Sumner-Maine, era el de las sociedades primitivas; nos haría retroceder a la edad de las cavernas. ¿A qué contratar cuando se sabe

que los compromisos tomados no comprometen? Organización y socialización del contrato, sí; desorganización y anarquía contractual, no.”¹⁵³

En el Derecho nacional, respecto del **contenido** o los **efectos** de la convención, son contratos dirigidos, por ejemplo:

- El contrato de trabajo;
- El contrato de matrimonio; y
- El contrato de arrendamiento de predios urbanos.

Respecto a las **personas** con las que se celebra el contrato, cabe señalar, por ejemplo:

- Art. 25 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece en favor de los accionistas el derecho de compra preferente de las nuevas acciones que se emitan;
- Art. 10 del Código de Minería, por el cual se establece que el Estado tiene un derecho de compra preferente respecto de ciertos minerales (en los que haya presencia de torio y uranio, ambos radioactivos).

El fenómeno del contrato dirigido se inicia a comienzos del Siglo XX, especialmente en el ámbito del incipiente Derecho Laboral. Van introduciéndose por el legislador una serie de derechos irrenunciables por el trabajador, que las partes por ende no pueden excluir del contrato individual de trabajo.

Como se expresó a propósito del estudio de los contratos de adhesión, el legislador ha reaccionado ante dicha clase de contratos, creando precisamente la categoría de contrato dirigido, destinado a proteger al contratante más vulnerable.

2.-) El contrato forzoso.

En nuestra doctrina, al examinar las llamadas “categorías contractuales”, se suele aludir a los contratos forzosos, entendiéndose por tales aquellos que el legislador obliga a celebrar o dar por celebrado.¹⁵⁴ La definición precedente es la que propone el profesor Jorge López Santa María, que en su obra acerca de la parte general de los contratos, examina la materia que nos ocupa.

Por cierto, si hablamos de contratos de naturaleza forzosa, estamos describiendo una realidad opuesta a la que normalmente acontece, cual es que un contrato sea voluntariamente acordado.

El Código Civil, parco a veces en definiciones y distingos, no se refiere explícitamente a los contratos forzosos, pero según revisaremos, sí lo hace de manera implícita en diversas disposiciones. Por lo demás, aunque sea defectuosa, la definición de contrato del artículo 1438 no exige la voluntariedad del acuerdo como un elemento esencial del instituto. Por cierto, estamos entrando en un terreno peligroso, pues a todos nos han enseñado que el primero de los requisitos del acto jurídico y por extensión de una convención y en particular de un contrato, es la voluntad de los concertantes. Luego, el artículo 1445 agrega que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario, entre otros requisitos, que dicha persona consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. Aunque nadie podría discutir que lo anteriormente señalado es indubitado en el Código, tampoco se puede rebatir que tal escenario es el normal, más no el exclusivo. Y por añadidura, comoquiera que los casos de contratos forzosos son más numerosos de lo que se cree usualmente, es dable concluir que

¹⁵³ Jossierand, Louis, ob. cit., pp. 221 a 225.

¹⁵⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 167.

el Código en el artículo 1445 sólo se refiere a la situación general, pero sin pretender que sea la única que pueda acaecer.

La doctrina nacional tampoco trató de los contratos forzosos en las décadas posteriores a la vigencia del Código Civil. Arturo Alessandri Rodríguez, en sus clases recopiladas como apuntes por sus alumnos, no aludía a aquellos.¹⁵⁵ Decía el recordado maestro, y con razón, que “Desde el momento que el contrato es un acto jurídico bilateral o convención, y que todo acto jurídico necesita de la voluntad para generarse, se comprende que no puede haber contrato sin el concurso de las voluntades de las partes”.¹⁵⁶ Un autor popular de las últimas décadas del Siglo XX como Ramón Meza Barros, tampoco se refiere a los contratos forzosos en su manual atinente a las fuentes de las obligaciones y cuando trata de las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, discurre más bien acerca de hipótesis de contratos dirigidos, aunque sin nominarlos de esa forma.¹⁵⁷ Un diccionario jurídico clásico de mediados del Siglo XIX, como el de Joaquín Escriche, no recoge ninguna entrada acerca del contrato forzoso, definiendo al contrato en condiciones muy similares a lo que algunos años después hizo nuestro Código Civil, esto es, como “Una convención por la cual una o más personas se obligan para con otra ú otras a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa.”¹⁵⁸

Ocurre con el contrato forzoso algo similar a lo que acontece con el contrato de adhesión, a saber, ambos, de alguna manera podemos decirlo, son el resultado de la masificación de los vínculos contractuales, fenómeno creciente a partir de la segunda mitad del Siglo XX.

Cuando decimos “forzoso”, estamos hablando de fuerza. En efecto, conforme al sentido natural y obvio, “forzosa” es aquella “precisión ineludible en que uno se encuentra de hacer algo contra su voluntad”, mientras que “forzar”, implica “obligar o precisar a que se ejecute una cosa”¹⁵⁹

Así las cosas, el contrato forzoso constituye una severa restricción al principio genérico de la autonomía de la voluntad y particularmente a uno de sus subprincipios, el relativo a la libertad contractual. En efecto, el contrato forzoso afecta de manera directa uno de los aspectos de la libertad contractual, cual es el de libertad de conclusión, esto es, la de celebrar o no un contrato. La ley, en el caso del contrato forzoso, nos obliga a concluirlo, o en algunos casos extremos, lo da por concluido, como si hubiéramos manifestado nuestra voluntad.

En Chile, el mérito de haber subrayado la presencia de los contratos forzosos como una categoría contractual perfectamente discernible, corresponde al profesor López Santa María. Distingue él dos categorías de contratos forzosos, los “ortodoxos” y los “heterodoxos”. ¿Por qué tales denominaciones? Téngase presente lo que el Diccionario de la lengua española dice de tales expresiones. Lo “ortodoxo” es aquello conforme con la

¹⁵⁵ Véase al efecto “*Derecho Civil. Segundo año. De los Contratos. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil del Señor Arturo Alessandri Rodríguez*”, Santiago de Chile, Imprenta Editorial Bellas Artes, año 1930.

¹⁵⁶ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 15.

¹⁵⁷ MEZA Barros, Ramón, “*Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*”, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, sexta edición), p. 26.

¹⁵⁸ ESCRICHE, Joaquín, “*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*”, (Paris, Librería de Rosa, Bouret y Cía, año 1852), p. 506.

¹⁵⁹ “*Diccionario de la Lengua Española*”, Real Academia Española, Buenos Aires, año 2007, vigésima segunda edición, Tomo I, p. 1080.

doctrina fundamental de cualquier secta o sistema o con las doctrinas o prácticas generalmente aceptadas.¹⁶⁰ A su vez, a contrario sensu, lo “heterodoxo” corresponde a lo no conforme con la doctrina fundamental de una secta o sistema o con las doctrinas o prácticas generalmente admitidas.¹⁶¹ Según López Santa María, el contrato forzoso ortodoxo se forma en dos etapas: interviene, en primer lugar, un mandato de autoridad que exige contratar. Más tarde, quien lo recibió, celebra el contrato respectivo, pudiendo, generalmente, elegir a la contraparte y discutir con ella las cláusulas del negocio jurídico. La segunda etapa conserva, así, la fisonomía de los contratos ordinarios, pues la formación del consentimiento implica negociaciones o al menos intercambio de voluntades entre las partes. En cierta medida, entonces, subsiste la autonomía contractual. El contrato forzoso heterodoxo, en cambio, se caracteriza por la pérdida completa de la libertad contractual, ya que el legislador constituye el contrato de un solo golpe, sin que distingamos etapas, y sin que el contrato precise intercambio de voluntades. Tanto el vínculo jurídico como las partes y el contenido negocial se determinan de manera heterónoma por un acto único del poder público.¹⁶²

Por nuestra parte, proponemos otra nomenclatura, que, pensamos, es más directa para describir el fenómeno: a saber, la de contrato forzoso propiamente tal y la de contrato forzoso ficto. En los primeros, si bien la ley nos obliga a celebrar el contrato deja un margen para la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, y corresponden por tanto a los “ortodoxos”. En los segundos, la ley nos obliga a dar por celebrado el contrato, sin que sea necesaria la manifestación de las voluntades. Corresponden por ende a los “heterodoxos”. En rigor, en este último caso estamos ante una ficción de la ley, que genera un contrato del que somos partes, como si hubiéramos concurrido a celebrarlo.

A su vez, los contratos forzosos propiamente tales se pueden subclasificar en contratos celebrados sin intervención de la justicia, y en los cuáles por ende actúan sólo particulares, y aquellos celebrados por orden de la justicia, interviniendo el juez como representante legal de una de las partes contratantes.

Ahora bien, ¿Cuándo nos encontramos realmente ante un contrato forzoso? Por cierto, no es suficiente un mandato de la ley en orden a cumplir con una determinada conducta, como ocurre por ejemplo con las normas que obligan al pago de alimentos a favor de ciertas personas. En este caso, la ley no genera ningún vínculo contractual. Para que tal ocurra, la norma, además de contener un mandato legal, debe señalar que los sujetos involucrados han de entenderse llamados a una relación contractual que ellos mismos deben acto seguido originar (contrato forzoso propiamente tal) o lisa y llanamente concernidos en una relación contractual que el propio legislador crea e impone (contrato forzoso ficto).

En el marco de estas reflexiones, nos parece relevante precisar cuáles son, a nuestro juicio, los principales factores que determinan la celebración de un contrato forzoso o que lo dan por celebrado, Al efecto, distinguimos cinco:

- A consecuencia del ejercicio de un derecho;
- Para el desempeño de un trabajo o de un cargo;
- Para obtener o para asegurar el cumplimiento de una obligación;

¹⁶⁰ “Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, Buenos Aires, año 2007, vigésima segunda edición, Tomo II, p. 1.635.

¹⁶¹ “Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, Buenos Aires, año 2007, vigésima segunda edición, Tomo II, p. 1204.

¹⁶² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 168.

- Para resarcir perjuicios o reparar un enriquecimiento sin causa; y
- para suplir el silencio de las partes contratantes.

En las líneas que siguen, revisaremos qué casos constituyen, a nuestro juicio, hipótesis de contratos forzosos, atendiendo a cada uno de los factores precitados. Advertimos, sin embargo, que en algunos casos, estos factores actúan de manera combinada o simultánea en una misma hipótesis, como ocurre, por ejemplo, en el ejercicio de un derecho y al mismo tiempo en la necesidad de asegurar el resarcimiento de perjuicios que dicho ejercicio ocasione a otra persona. En tales casos, hemos optado por adscribir el contrato a uno solo de los factores, para evitar reiteraciones. Por cierto, los casos que seguidamente indicamos no constituyen sino ejemplos, y en ningún caso hemos pretendido que constituyan una enumeración taxativa.

1.- A consecuencia del ejercicio de un derecho.

Puede ocurrir, en efecto, que una persona se vea en la obligación legal de celebrar un contrato, si pretende ejercer un derecho, o en algunos casos, que después de ejercer un derecho, se vea compelido a celebrar un contrato o a cumplir obligaciones derivadas de un contrato que la propia ley ha creado; y a la inversa, que deba celebrarlo cuando otro reclama un derecho. Atendiendo a este factor, visualizamos los siguientes casos:

- El del artículo 89 del Código Civil, en la muerte presunta, para entrar en posesión provisoria de los bienes del desaparecido: “Cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución...”.
- El del artículo 775 del Código Civil, en el usufructo: “El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución...”.
- El del artículo 1 de la Ley número 18.490, que establece el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados. Se trata de un seguro contra riesgo tanto por accidentes personales, como por los daños causados a vehículos con ocasión de un accidente de tránsito. Además, la norma introduce aquí una prenda sin desplazamiento legal: “Todo vehículo motorizado que para transitar por las vías públicas del territorio nacional requiera de un permiso de circulación, deberá estar asegurado contra el riesgo de accidentes personales a que se refiere esta ley. Además, si el vehículo no contare con un seguro por los daños personales y materiales causados con ocasión de un accidente de tránsito, el vehículo conducido quedará gravado con prenda sin desplazamiento y será puesto a disposición del tribunal respectivo, de forma de responder por las indemnizaciones contempladas en esta ley.” El artículo 4 agrega que la obligación de contratar el seguro recaerá sobre el propietario del vehículo. Se presumirá que tiene carácter de propietario la persona a cuyo nombre aparezca inscrito el vehículo en el Registro correspondiente. El artículo 5 advierte que los contratos de seguro que se celebren en cumplimiento de esta ley, regirán por todo el plazo de la vigencia señalado en el respectivo certificado, no se resolverán por la falta de pago de las primas, ni podrán terminarse anticipadamente por decisión de las partes. Sólo por sentencia judicial ejecutoriada se podrá poner término al contrato antes de la fecha de su vencimiento. Se observa por ende, que en la Ley número 18.490 se consagran dos contratos forzosos: uno, propiamente tal, que obliga a contratar el seguro obligatorio; el otro,

ficto, que ordena dar por constituida una prenda sin desplazamiento, para el caso de que el propietario del vehículo no hubiere celebrado el primero de estos contratos.

- El del artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, a propósito de la celebración de contratos de promesas de compraventas: “Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquéllas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, y que celebren contratos de promesa de compraventa, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados, autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo, para el evento que éste no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo Conservador de Bienes Raíces, a favor del promitente comprador.”¹⁶³
- El del artículo 36, inciso 1º, de la Ley número 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que ordena al administrador de un condominio contratar un seguro contra incendios: “Salvo que el reglamento de copropiedad establezca lo contrario, todas las unidades de un condominio deberán ser aseguradas contra riesgo de incendio, incluyéndose en el seguro de los bienes de dominio común en la proporción que le corresponda a la respectiva unidad. Cada copropietario deberá contratar este seguro y, en caso de no hacerlo, lo contratará el administrador por cuenta y cargo de aquél, formulándose el cobro de la prima correspondiente conjuntamente con el de los gastos comunes, indicando su monto en forma desglosada de éstos. Al pago de lo adeudado por este concepto, se aplicarán las mismas normas que rigen para los gastos comunes.” El artículo 26 del Reglamento de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, establece por su parte: “El administrador tendrá las funciones que se establezcan en el reglamento de copropiedad y las que específicamente le conceda la asamblea de copropietarios. A falta de disposiciones en el reglamento de copropiedad y en el silencio de la asamblea, serán funciones del administrador las siguientes: (...) 4. En el caso a que se refiere el inciso primero del artículo 36 de la ley, contratar por cuenta y cargo del copropietario el seguro de incendio de la respectiva unidad en el caso que aquel no lo hiciere...”
- El del artículo 10 de la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias: establece el artículo, en su inciso 1º, que el juez podrá ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución (como una fianza o codeuda solidaria). En este caso, es facultad del juez ordenar que se constituya la caución. Por su parte, dispone el inciso 2º del mismo artículo que el juez lo ordenará

¹⁶³ Ver artículo *Nuevos requisitos establecidos por la Ley General de Urbanismo y Construcciones para la celebración de contratos de promesa de compraventa de determinados inmuebles*, de Juan Pablo Sepúlveda Larroucau, publicado en revista LEX ET VERITAS, número 2, año 2004, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK, pp. 379 y siguientes.

especialmente si hubiere motivo fundado para estimar que el alimentante se ausentará del país. En tal caso, mientras el alimentante no rinda la caución ordenada, que deberá considerar el período de ausencia, el juez decretará el arraigo del alimentante, el que quedará sin efecto por la constitución de la caución, debiendo el juez comunicar este hecho de inmediato a la misma autoridad policial a quien impartió la orden, sin más trámite. En este segundo caso, entonces, el juez, si así se lo pidiere el alimentario, está obligado a ordenar que se constituya la caución, y en el intertanto, decretará el arraigo. Podríamos afirmar entonces que en este último caso, estamos ante un caso de contrato forzoso, de los que la doctrina denomina ortodoxos, que impone la ley al alimentante que pretenda ausentarse del territorio nacional. No indica la ley por cuanto tiempo ha de ausentarse del país el alimentante, de manera que el alimentario podrá solicitar que se constituya la caución y en el intertanto se decrete el arraigo, cualquiera fuere el plazo por el cual se ausentará el deudor de la pensión alimenticia.

- El del artículo 71, inciso 1°, del Código Tributario: “Cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o traspaso a otra de sus bienes, negocios o industrias, la persona adquirente tendrá el carácter de fiador respecto de las obligaciones tributarias correspondientes a lo adquirido que afecten al vendedor o cedente. Para gozar del beneficio de excusión dentro del juicio ejecutivo de cobro de los respectivos impuestos, el adquirente, deberá cumplir con lo dispuesto en los artículos 2358 y 2359 del Código Civil.”
- El del artículo 847 del Código Civil, respecto de la constitución de una servidumbre de tránsito o paso: “Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.” A propósito de este caso, como señala López Santa María, para que la servidumbre legal se traduzca en un poder jurídico y no teórico, los sujetos concernidos, esto es, el dueño del predio sirviente y el dueño del predio dominante, deberán celebrar un contrato traslativo, que claramente reviste el carácter de forzoso.¹⁶⁴
- El del artículo 84, número 5, de la Ley General de Bancos, respecto de la obligación de los Bancos de enajenar los inmuebles que adquieran, en el plazo máximo de un año: dispone la norma que si un Banco adquiere bienes en remate judicial (en verdad, por compraventa forzada) en pago de deudas vencidas previamente contraídas a su favor, el Banco deberá enajenar los bienes dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de adquisición (se entiende entonces, si se trata de inmuebles, que debe ser la fecha de la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente y no la data de la respectiva escritura pública de compraventa). Tratándose de acciones, éstas deberán ser vendidas en un mercado secundario formal, dentro del plazo máximo de seis meses contado desde su adquisición. Sin embargo, la Superintendencia de Bancos podrá autorizar que la enajenación se efectúe en licitación pública. No obstante, la citada Superintendencia, mediante normas generales (son las que corresponden a la Recopilación de Normas, vinculantes para los Bancos), podrá establecer que, en

¹⁶⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 170.

casos justificados, el Banco disponga de un plazo adicional de hasta 18 meses para la enajenación de los bienes. Será requisito para gozar de la prórroga, haber castigado contablemente el valor del bien. Al Banco que no enajene tales bienes dentro del plazo y en la forma que corresponda, se le aplicará una multa igual al 10% del valor de adquisición actualizado de acuerdo con las normas establecidas por la Superintendencia, por cada mes calendario que los mantenga.

- El de los artículos 2305 en relación al 2081 del Código Civil, que establecerían, a juicio de algunos, una suerte de contrato de mandato tácito y recíproco, entre los socios y entre los comuneros¹⁶⁵. Se trataría, de haber tal contrato, de un caso de aquellos que hemos llamado contrato forzoso ficto, pues la ley lo entiende celebrado, sin que los que integran una sociedad, en un caso, o los indivisarios, en otro caso, hayan manifestado su voluntad al efecto.
- El previsto en la Ley número 19.386, publicada en el Diario Oficial de fecha 31 de mayo de 1995, que “Establece normas para enajenación de bienes comunes provenientes de la Reforma Agraria”. Conforme a esta normativa, dos o más titulares de derechos sobre un bien común, o uno sólo que represente el 20% o más del total de los mismos, podrán recurrir al Juez de Letras, para solicitar se cite al resto de los comuneros a un comparendo, a objeto que se pronuncien sobre la enajenación del mismo. El quórum para acordar la enajenación será el del número de comuneros que representen, a lo menos, el 51% de los derechos en la comunidad. El juez suscribirá la escritura pública de enajenación, y si ésta fuere a título oneroso, percibirá también el precio a nombre de la comunidad y lo distribuirá entre los comuneros a prorrata de sus derechos. Dicho en otros términos: el juez concurrirá en representación legal de la parte vendedora, si tal fuere el contrato. Como se puede colegir, el contrato será forzoso para aquellos comuneros que no se pronunciaron favorablemente por la enajenación.

2.- Para el desempeño de un trabajo o de un cargo.

Atendiendo a este factor, se constata la existencia de los siguientes casos:

- El del artículo 2, inciso 1º, del Decreto Ley número 3.500 sobre sistema de pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivencia, respecto de la obligación de quienes celebran un contrato de trabajo, para afiliarse a una administradora de fondo de pensiones: “El inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondo de pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los independientes.” A su vez, el artículo 17 establece que los trabajadores afiliados al Sistema menores de 65 años de edad si son hombres y menores de 60 años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10% de sus remuneraciones y rentas imponibles. Los trabajadores deben cotizar además en la

¹⁶⁵ A favor de esta tesis, al menos en lo que respecta al contrato de sociedad, Jorge López Santa María, ob. cit., p. 171 (este autor señala también el caso de la comunidad, pero sin pronunciarse si está o no a favor de incluirlo entre las hipótesis de contratos forzosos); en contra de esta tesis, Fernando Rozas Vial, *Los Bienes*, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, cuarta edición, año 2007, p. 112 (se inclina más bien por entender que habría una agencia oficiosa); y especialmente, Manuel Somarriva Undurraga, *Indivisión y Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, quinta edición actualizada, año 2002, pp. 178-181. Nuestra jurisprudencia, con todo, ha acogido en algunas oportunidades la tesis del mandato tácito y recíproco.

misma AFP un porcentaje que fluctúa entre el 2,5% y el 3,74% de su remuneración mensual, para la cobertura de las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Por su parte, el artículo 84 establece que el trabajador debe optar entre un sistema público (Fonasa) o un sistema privado (Isapre) de prestaciones de salud. En ambos casos, deberá contribuir con el 7% de su remuneración mensual. Tal contrato forzoso también ha de celebrarlo un trabajador independiente, pues el inciso 1° del artículo 89, establece por su parte que “Toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerza individualmente una actividad mediante la cual obtiene rentas del trabajo de las señaladas en el inciso primero del artículo siguiente, deberá afiliarse al Sistema que establece esta ley”. El Artículo 92 consigna que “Los trabajadores independientes que en el año respectivo perciban ingresos de los señalados en el inciso primero del artículo 90, estarán afectos a las cotizaciones que se establecen en el Título III y a un siete por ciento destinado a financiar prestaciones de salud, las que se enterarán en el Fondo Nacional de Salud, cuando correspondan. Dichas cotizaciones se pagarán de acuerdo a lo establecido en los incisos cuarto y quinto del presente artículo y en el artículo 92 F. Los afiliados independientes a que se refiere el inciso tercero del artículo 90, estarán afectos a las cotizaciones que se establecen en el Título III y a un siete por ciento destinado a financiar prestaciones de salud, que será recaudado por la Administradora y enterado en el Fondo Nacional de Salud”.

- El del artículo 374, inciso 1°, del Código Civil, relativo a las guardas: “Para discernir la tutela o curaduría será necesario que preceda el otorgamiento de la fianza o caución a que el tutor o curador esté obligado.”
- En el artículo 1315, a propósito de los albaceas fiduciarios: “El albacea fiduciario podrá ser obligado, a instancias de un albacea general, o de un heredero, o del curador de la herencia yacente, y con algún justo motivo, a dejar en depósito, o afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue, para responder con esta suma a la acción de reforma o a las deudas hereditarias, en los casos prevenidos por ley. / Podrá aumentarse esta suma, si el juez lo creyere necesario para la seguridad de los interesados. / Expirados los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión, se devolverá al albacea fiduciario la parte que reste, o se cancelará la caución.”
- El del artículo 30 de la Ley número 18.045, referida a los corredores de Bolsa y agentes de valores: “Los corredores de bolsa y los agentes de valores deberán constituir una garantía, previa al desempeño de sus cargos, para asegurar el correcto y cabal cumplimiento de todas sus obligaciones como intermediarios de valores, en beneficio de los acreedores presentes o futuros que tengan o llegaren a tener en razón de sus operaciones de corretaje. / La garantía será de un monto inicial equivalente a 4.000 unidades de fomento. La Superintendencia podrá exigir mayores garantías en razón del volumen y naturaleza de las operaciones del intermediario, del total de las comisiones ganadas en el año precedente al de la exigencia, de los endeudamientos que afectaren al agente o corredor o de otras circunstancias semejantes. / La garantía podrá constituirse en dinero efectivo, boleta bancaria, póliza de seguros o prenda sobre acciones de sociedades anónimas abiertas u otros valores de oferta pública y se mantendrá reajustada en la misma proporción en que varíe el monto de las unidades de fomento. / Con todo, el monto

de la garantía que se constituya en prenda sobre acciones de sociedades anónimas abiertas, no podrá exceder del veinticinco por ciento del total de la misma. / La garantía deberá mantenerse hasta los seis meses posteriores a la pérdida de la calidad de agente de valores o de corredor de la bolsa o hasta que se resuelvan por sentencia ejecutoriada las acciones judiciales que se hayan entablado en su contra, dentro de dicho plazo, por los acreedores beneficiarios a que se refiere esta disposición. Si estos demandantes no obtuvieren sentencia favorable serán necesariamente condenados en costas.”

3.- Para obtener o para asegurar el cumplimiento de una obligación.

La ley contempla varias hipótesis de contratos forzosos, a veces para que se obtenga el cumplimiento de una obligación, en ocasiones creando cauciones, que aseguren el cumplimiento futuro de cierta obligación.

- El de los artículos 660 y 662 del Código de Procedimiento Civil, relativos a la hipoteca legal: dispone el artículo 660: “Salvo acuerdo unánime de las partes, los comuneros que durante el juicio divisorio reciban bienes en adjudicación, por un valor que exceda del ochenta por ciento de los que les corresponda percibir, pagarán de contado dicho exceso. La fijación provisional de éste se hará prudencialmente por el partidor.”
A su vez, establece el artículo 662: “En las adjudicaciones de propiedades raíces que se hagan a los comuneros durante el juicio divisorio o en la sentencia final, se entenderá constituida hipoteca sobre las propiedades adjudicadas, para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios, siempre que no se pague de contado el exceso a que se refiere el artículo 660. Al inscribir el conservador el título de adjudicación, inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances. / Podrá reemplazarse esta hipoteca por otra caución suficiente calificada por el partidor.”
- El del artículo 695 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 671 del Código Civil, respecto a la compraventa y tradición efectuada por orden de la justicia: se trata, que duda cabe, del caso más importante de contrato forzoso. Estamos aquí ante ventas forzadas hechas a petición de un acreedor y en pública subasta, en las que el juez asume la representación del deudor para los efectos de realizar la tradición. Las ventas forzadas son en realidad un verdadero contrato de compraventa; prueba de ello es que el legislador, al ocuparse de este contrato, en muchos casos se refiere expresamente a las ventas forzadas, como por ejemplo, al aludirse a la lesión enorme, que no tiene cabida en las ventas forzadas (artículo 1891); o al restringirse la responsabilidad del vendedor a consecuencia de la evicción que sufra el comprador, si se trata de ventas forzadas, pues en tal caso el primero sólo estará obligado a restituir el precio que haya producido la venta (artículo 1851); o al advertirse que la acción redhibitoria no tiene lugar en las ventas forzadas (artículo 1865). En las ventas forzadas de inmuebles, cabe subrayar que hay dos escrituras de compraventa: una, para los efectos del artículo 1801, inciso 2º del Código Civil, es el Acta de Remate; la otra, corresponde a la escritura pública de venta definitiva, que suscribirá el juez en representación del ejecutado, debiendo insertarse en ella el Acta de Remate, y los demás antecedentes o piezas

más importantes del juicio (artículo 695 del Código de Procedimiento Civil), o alternativamente, exhibir al Notario que autorice la escritura de venta, copia autorizada del respectivo expediente, agregándolo al final de su protocolo (artículo 410 del Código Orgánico de Tribunales).

- El del artículo 2401 del Código Civil, referido a la prenda tácita: así como hay una hipoteca legal, en rigor también podríamos aseverar que existe también una prenda legal, cual es precisamente la denominada prenda tácita consagrada en el artículo 2401. Recordemos la norma:

“Satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda.

Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

1° Que sean ciertos y líquidos;

2° Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda;

3° Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.”

De esta forma, la ley crea directamente el nuevo contrato de prenda, y es forzado, pues se lo impone al deudor, no obstante que éste ha pagado la obligación que justificó que entregare el acreedor la cosa pignorada. Es, creemos, incluso un caso de contrato forzoso ficto o heterodoxo, pues la ley obliga a darlo por celebrado. El deudor, sin embargo, puede impedir que nazca este contrato tácito y forzoso, en los casos previstos en el artículo 2404: primero, cuando la tenencia de la cosa sale del poder del acreedor y llega a manos del deudor, quien puede retenerla pagando la obligación garantizada con la prenda (artículo 2393, inciso 3°); y en segundo lugar, cuando el deudor vende la cosa dada en garantía o constituye a título oneroso un derecho para el goce o tenencia de la cosa, y el comprador o el tercero en cuyo favor se constituye el derecho, ofrece al acreedor pagar la obligación garantizada.

- En el artículo 1792-21 del Código Civil: dispone el Código Civil que el crédito de participación en los gananciales es puro y simple. Por ende, ha de pagarse inmediatamente, una vez determinado, culminada que sea la liquidación. Excepcionalmente, el juez podrá fijar un plazo no superior a un año para el pago del crédito, cumpliendo los siguientes requisitos: 1° Si se probare que el pago inmediato causa grave perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes; 2° Que el crédito se exprese en unidades tributarias mensuales; 3° Que se asegure por el deudor o un tercero, que el crédito del cónyuge acreedor quedará indemne. Tocaré al juez determinar la caución que deberá rendirse; y 4° Que el plazo no sea superior a un año. El término se contará desde que quede firme la resolución judicial que liquida el crédito.
- En el artículo 221, inciso 2° de la Ley N° 20.720, sobre “Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”: “Los bienes que integran la unidad económica se entenderán constituidos en hipoteca o prenda sin desplazamiento, según su naturaleza, por el solo ministerio de la ley, para caucionar los saldos insolutos de precio y cualquiera otra obligación que el adquirente haya asumido como consecuencia de la adquisición, salvo que la Junta de Acreedores, al pronunciarse sobre las bases respectivas, hubiese excluido expresamente determinados bienes de tales gravámenes.”

- El del artículo 214 del Código de Aguas, en relación al artículo 212 del mismo Código: conforme a lo dispuesto en el Código de Aguas, quienes sean comuneros en comunidades de aguas, deben concurrir a los gastos de mantención de la comunidad, a prorrata de sus derechos (artículo 212 número 3). Agrega el citado Código que los derechos de aprovechamiento de aguas quedarán gravados de pleno derecho –se trata por ende de un caso de contrato forzoso ficto-, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijan las juntas y directorios. Los adquirentes a cualquier título de estos derechos, responderán solidariamente con su antecesor de las cuotas insolutas al tiempo de la adquisición (artículo 214). Finalmente, el artículo 258 del Código de Aguas, establece que las disposiciones citadas, referidas a las comunidades de aguas, son aplicables también a las asociaciones de canalistas.
- El del artículo 2151 del Código Civil, en el contrato de mandato: se ha señalado que habría un contrato forzoso implícito en el caso de que el mandatario actúe a nombre propio y no a nombre de su mandante. Si así ocurre, el primero está obligado, mediante un contrato, a traspasarle al segundo todos los derechos reales y personales y todas las obligaciones que adquirió o contrajo, respectivamente, al contratar con los terceros en ejecución de la gestión confiada¹⁶⁶.

4.- Para resarcir perjuicios o reparar un enriquecimiento sin causa.

Algunos de estos casos se fundan de manera directa en la reparación del enriquecimiento sin causa. Otros, tienen su fundamento más bien en casos de responsabilidad objetiva, a consecuencia de desplegar actividades altamente riesgosas.

- El del artículo 2178 del Código Civil, en las normas del comodato: “El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima. / Es por tanto responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario.” De esta forma, el comodato expirará ejerciendo el comodante su derecho para que el comodatario le compre la cosa, al precio que ésta tenía al momento de celebrarse el contrato de comodato.
- El del artículo 669 del Código Civil, a propósito de la accesión de mueble a inmueble: “El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.” Como dice Claro Solar, “...al propietario puede no convenirle el edificio o no encontrarse en situación de hacer el gasto que representa el edificio y no es equitativo que se le coloque en la precisión de hacer un desembolso que él no habría tenido la voluntad ni los medios de hacer; y como se ha

¹⁶⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 170.

procedido sin su conocimiento el único responsable del hecho es el edificador quien, aunque haya creído que edificaba en terreno suyo, ha violado en el hecho la propiedad ajena.” Así las cosas, el dueño del suelo podrá forzar al que edificó o plantó en él, a comprarle el predio, sin que éste nada pueda reclamar al efecto, pues como agrega Claro Solar, “...si se forzara la voluntad del que edificó o plantó obligándole a comprar el terreno, suya será la culpa por ser la consecuencia de un hecho al que nadie lo obligó”.¹⁶⁷ Nos encontramos, entonces, ante una verdadera compraventa forzada. Distinta es la situación en el caso de una siembra, pues aquí, a diferencia de la edificación y plantación, las cosas pueden volver a su estado anterior, después de efectuada la cosecha (en este punto, conviene tener presente que el Código, al aludir al que plantó, se estaría refiriendo al que planta árboles, viñas, etc., lo que a diferencia de un sembradío, supone que lo plantado permanezca arraigado por varios años en el suelo). Por ello, el dueño del suelo no puede obligar al que sembró a comprarle el terreno, sino sólo a pagarle una suma, equivalente a la renta que habría obtenido el primero, si le hubiera arrendado el predio al segundo.

- En el artículo 627 del Código Civil: que se refiere al permiso que cualquiera puede solicitar para cavar en suelo ajeno, para sacar alhajas o dineros que asegure pertenecerle y estar escondidas en él. Para ello: 1° Debe señalar el paraje en que están escondidas; 2° Debe dar competente seguridad de que probará su derecho sobre las especies; y 3° Debe dar competente seguridad de que abonará todo perjuicio al dueño. La “competente seguridad”, por cierto, supone constituir una caución a favor del dueño del terreno. Concurriendo estos requisitos, no podrá oponerse el dueño a la extracción de dichos dineros o alhajas.
- El del artículo 854 del Código Civil, relativo a la medianería: “En todos los casos, y aun cuando conste que una cerca o pared divisoria pertenece exclusivamente a uno de los predios contiguos, el dueño del otro predio tendrá el derecho de hacerla medianera en todo o parte, aun sin el consentimiento de su vecino, pagándole la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento, y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende.”
- En el artículo 62 de la Ley número 18.302, sobre seguridad nuclear: exige la ley al explotador la contratación de seguros o la constitución de garantías, por US\$ 75.000.000.-, para caucionar su responsabilidad. Este seguro o fondo de garantía y sus condiciones debidamente aprobadas por la Comisión Chilena de Energía Nuclear, constituye un requisito esencial para obtener la autorización que habilite para poner en marcha una instalación nuclear.
- En la Ley de Navegación, Decreto Ley número 2.222 de 1978; y en el Decreto Ley número 1.808 de 1977 que aprueba como ley de la República el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos: el artículo 146 del Decreto Ley 2.222 y el artículo 7 del Convenio establecen la obligación de contratar un seguro u otra garantía financiera otorgada por un Banco o un fondo internacional de indemnizaciones, por el importe a que ascienden los límites de responsabilidad, para las naves, artefactos navales o barcos que superen las 3.000 toneladas de registro.

¹⁶⁷ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis S.A., año 1992, número 701, p. 238.

5.- Para suplir el silencio de las partes contratantes.

- En las normas de la sociedad colectiva mercantil, dispone el artículo 386 del Código de Comercio: “Cuando el contrato social no designa la persona del administrador, se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar y la de obligar solidariamente la responsabilidad de todos sin su noticia y consentimiento.” Agrega el artículo 387, sobre la misma materia: “El virtud del mandato legal, cada uno de los socios puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiere propuesto.”

De las precedentes reflexiones, podemos proponer las siguientes conclusiones:

1. El acuerdo de las voluntades de los sujetos concernidos en un contrato, si bien corresponde a lo que usualmente acontece, no es un elemento de la esencia de la institución, pues hay numerosos casos en los cuales la ley obliga a contratar, forzando a las partes a manifestar su voluntad en determinado sentido, o incluso obliga a tener por celebrado un contrato, sin que las voluntades de los sujetos concernidos siquiera se hayan manifestado. Por lo tanto, el axioma acerca de que todo contrato supone un acuerdo de voluntades libremente alcanzado, es una premisa de alcance general pero no absoluto.

2. La existencia de contratos forzosos, en principio cuestionable por consistir en una restricción a la libertad, se justifica empero por diversos factores, fundados en bienes jurídicos que se estiman superiores al principio de la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual, pues ellos, usualmente, trasuntan un interés puramente individual. En algún sentido, así como la propiedad ha de cumplir una función social, lo mismo podríamos afirmar del contrato, en ciertas ocasiones. Podría estimarse que los contratos forzosos constituyen una manifestación de aquello que se ha denominado corriente moralizadora del Derecho, a que alude un trabajo del profesor Marco Antonio Sepúlveda Larroucau acerca de los principios del Código Civil chileno.¹⁶⁸ En el mismo sentido, como afirma el profesor Víctor Vial del Río, la doctrina moderna, “...sin dejar de reconocer el rol importante de la voluntad individual, la considera como un instrumento del bien común, como un medio al servicio del Derecho. Este nuevo concepto de la voluntad permite justificar la intervención del legislador en aquellos casos en que la voluntad individual no se conforma con el bien común o con los principios de justicia considerados esenciales.”¹⁶⁹

3. No parece posible aplicar a los contratos forzosos fictos o heterodoxos el distingo que formula el Código Civil en su artículo 1444, en cuanto discrimina entre elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales, pues el contrato ha nacido sin que los sujetos concernidos en el mismo hayan estado en condiciones de discutir sus cláusulas, excluir parte del contenido fijado por la ley o incorporar algún elemento accidental. En cambio, los contratos forzosos propiamente tales u ortodoxos, como ocurre en cualquier contrato,

¹⁶⁸ SEPÚLVEDA Larroucau, Marco Antonio, *Los grandes principios que inspiran al Código Civil chileno* (Santiago de Chile, Universidad Central de Chile, año 2007), p. 96.

¹⁶⁹ VIAL del Río, Víctor, *Teoría general del acto jurídico* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión del mes de marzo de 2005, quinta edición), p. 61.

contienen elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales, y las partes poseen algún margen de libertad para modificar o excluir los segundos e incluir los terceros.

Un problema directamente vinculado con el contenido del contrato forzoso, es aquél que se refiere a la interpretación del mismo¹⁷⁰, y en especial, en aquellos que hemos denominado fictos. En efecto, si las partes nada han podido estipular o decir, pues el contrato lo ha creado directamente la ley, se divisa la imposibilidad de aplicar la regla fundamental acerca de la interpretación de los contratos, en cuanto consigna el artículo 1560 que “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.” De esta forma, la “intención de los contratantes” no es otra que la intención que la ley les atribuye de manera imperativa.

4. Los contratos forzosos propiamente tales constituyen, con mucho, la regla general, y los contratos forzosos fictos son muy excepcionales. De los veintinueve casos que hemos revisado, veintidós corresponden a los primeros y sólo siete a los segundos (artículo 4° de la Ley número 18.490; artículo 71, inciso 1° del Código Tributario; artículos 660 y 662 del Código de Procedimiento Civil; artículos 2305 en relación al artículo 2081 del Código Civil; artículo 2401 del Código Civil; artículo 129 del Libro IV del Código de Comercio; y artículo 214 del Código de Aguas).

5. Los contratos forzosos constituyen una realidad insoslayable en el Derecho de los Contratos, y se constata su existencia en toda clase de materias. De ahí que resulte prudente y conveniente profundizar su estudio para precisar sus contornos y fijar algunos parámetros que resulten funcionales a la labor interpretativa de los jueces.

3.-) El contrato tipo.¹⁷¹

a) Concepto.

Es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos o las condiciones generales de la contratación.¹⁷²

Al celebrar el contrato tipo, se adopta por los contratantes un formulario o modelo, destinado a ser reproducido sin alteraciones importantes en diversos casos posteriores que equivalen, cada uno, a un contrato prerredactado.¹⁷³

Los contratos tipo son de gran utilidad, especialmente para numerosas figuras jurídicas estandarizadas, pero la doctrina advierte también sus peligros: suelen ser, igual que acontece en los contratos de adhesión, el instrumento que emplean las empresas para imponer cláusulas abusivas a los consumidores. En lugar de fijar un modelo equitativo de contrato futuro, el contrato tipo con frecuencia se celebra para beneficio exclusivo de quienes predisponen las condiciones de la contratación.

Como se dijo, la Ley número 19.496 constituye un avance en la protección de los consumidores.

¹⁷⁰ Agradecemos al distinguido profesor de Derecho Civil, don Luis Bustamante Salazar, su precisa observación acerca de este punto.

¹⁷¹ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 447 a 451.

¹⁷² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 180.

¹⁷³ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 180.

b) Clases de contratos tipo.

Se distingue entre contratos tipo unilaterales y bilaterales.

El contrato tipo se denomina unilateral o “cartel”, cuando quienes concluyen el contrato tipo destinado a fijar las condiciones generales del tráfico comercial son grupos económicos o empresas cuyos intereses son convergentes. Sus autores no negocian en absoluto con sus futuros clientes. Estos, los consumidores, no participan en el acto jurídico destinado a fijar la fórmula tipo. Es la hipótesis del seguro, del transporte aéreo y marítimo, de los acuerdos entre comerciantes o entre distribuidores para uniformar los precios de venta al público, etc. Para Messineo, en este caso el contrato tipo es al mismo tiempo un contrato de adhesión.¹⁷⁴

Por el contrario, cuando las partes que participan en la conclusión del contrato tipo tienen intereses divergentes, el contrato tipo se denomina bilateral: por ejemplo, convenciones colectivas de trabajo acordadas por los representantes de los trabajadores y de los empleadores. Los contratos individuales de trabajo que se celebren con posterioridad, deberán enmarcarse en los acuerdos tipo previamente concretados.¹⁷⁵

c) Diferencias entre el contrato tipo, el contrato colectivo y el contrato de adhesión.

Messineo señala las siguientes diferencias:

- Mientras el contrato colectivo contiene cláusulas formuladas abstractamente, que deben incluirse en los esquemas de los contratos individuales, pero no proporciona estos esquemas, el contrato tipo es ya, él mismo, el esquema concreto del contrato, de manera que las partes no tienen que agregar nada más que su firma.
- Mientras el contrato colectivo concierne únicamente a la materia del trabajo (esto, válido para el derecho italiano), el contrato tipo y el contrato de adhesión pueden operar en las relaciones contractuales ordinarias entre individuos.
- Por regla general, se recurre al contrato tipo, cuando los contratantes futuros forman parte, ambos, de categorías contrapuestas y organizadas de interesados. Se recurre en cambio al contrato de adhesión cuando, faltando la organización de una de las categorías de interesados, la previa disposición no puede ser sino obra de una de las partes, componente de la única categoría organizada.
- En el hecho, el esquema del contrato tipo puede ser el resultado de una elaboración de su contenido desarrollada en paridad de condiciones por los representantes de las dos categorías de los futuros contratantes interesados; en cambio, el esquema del contrato de adhesión es elaborado siempre por la única parte que se ha denominado como económicamente más fuerte y en el que, por lo tanto, existe disparidad de condiciones. Por lo tanto, cuando también el contrato tipo es elaborado y su contenido es establecido de antemano por una sola de las partes (como sería el que algunos llaman contrato tipo unilateral o cartel), coincide con el contrato de adhesión.

¹⁷⁴ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 448.

¹⁷⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 182 a 184.

- Mientras no debe excluirse, en principio, que el contrato de adhesión se estipule verbalmente, el contrato tipo presupone orgánicamente el uso del documento, es decir, del formulario.¹⁷⁶

4.-) El contrato ley.

a) Concepto.

En virtud del mecanismo de los contratos leyes, el Estado garantiza que en el futuro no modificará ni derogará ciertas franquicias contractuales vigentes.¹⁷⁷

La ley puede dictarse antes o después del contrato. En el primer caso, la ley autoriza de un modo general la conclusión de determinado contrato, cuyos beneficios o efectos no serán susceptibles de modificación ulterior; en el segundo caso, la administración celebra el convenio respectivo con el beneficiado y después una ley lo aprueba.¹⁷⁸

Esta clase de contratos suele estar asociada a garantizar a los inversionistas nacionales o extranjeros la estabilidad de ciertas normas que regulan una actividad económica, con el objeto de impedir un cambio sustancial en las reglas, que afecte la expectativa de utilidades considerada por dichos inversionistas.

Ejemplo de contrato ley: la Ley número 18.392, de 1985, que estableció por 25 años un régimen de franquicias tributarias y aduaneras en favor de las empresas que se instalen físicamente en la 12ª Región.

b) Recepción en la jurisprudencia.

La Corte Suprema ha respaldado la plena eficacia de los contratos-leyes, admitiendo que ellos se encuentran a medio camino entre los contratos de Derecho Privado y los de Derecho Público, afirmando “que no puede el Estado unilateralmente desahuciarlos, porque se trata de convenciones de carácter bilateral que producen beneficios y obligaciones para ambos contratantes y que deben ser cumplidas de buena fe. Por lo tanto, la franquicia tributaria y demás beneficios que el Estado otorga a particulares a cambio de las prestaciones que éstos han debido realizar en favor de aquél, constituyen para los terceros un derecho adquirido que incorporan a su patrimonio y que no puede ser desconocido por la decisión unilateral del estado contratante”.¹⁷⁹

c) Crítica a la noción de contrato-ley.

El profesor Eduardo Novoa Monreal disiente de la conclusión de la Corte Suprema, acerca de la validez de los contratos leyes. Sostiene que estos contratos importarían una inadmisibles enajenación de la soberanía nacional, pues no obstante que en Derecho Público sólo se puede hacer lo que la ley expresamente permite, sin una autorización legal el Poder Legislativo se cercenaría a sí mismo la facultad de modificar o derogar normas preexistentes. A su juicio, la Corte Suprema cometería un error, al visualizar únicamente

¹⁷⁶ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 447 a 449.

¹⁷⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 209.

¹⁷⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 209.

¹⁷⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 211.

desde una perspectiva individualista un problema de interés general de la Nación (como es establecer tributos), aplicando criterios de derecho privado donde habría correspondido resolver en conformidad al derecho público.¹⁸⁰

d) Situación de los contratos leyes, a la luz de la Constitución Política de 1980.

Hoy en día, es derecho vigente en Chile que los créditos derivados de los contratos ordinarios son intangibles. El legislador carece de atribuciones para modificar los contratos en curso, pues existe propiedad sobre los derechos personales nacidos del contrato y nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, sino en virtud de una ley de expropiación que indemnice al afectado. En efecto, el art. 19 número 24 de la Constitución Política establece que se asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o INCORPORALES” (derechos sobre derechos). Si una ley, que no fuese de expropiación, modifica o priva a un acreedor de sus derechos personales emanados de un contrato en curso, dicha ley será inconstitucional, pues viola la garantía del derecho de propiedad. Por ende, y con mayor razón, no podría el legislador alterar las regalías o franquicias obtenidas por los particulares en virtud de un contrato-ley.

Podría sostenerse entonces, a la luz de la doctrina y normativa vigente, que protege tanto a los contratos ordinarios como a los contratos-leyes, que estos últimos habrían quedado obsoletos. Se dice que actualmente la intangibilidad de los efectos contractuales no sería exclusiva de los contratos-leyes, sino un rasgo común a todo contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo (en los de ejecución instantánea, no se presenta el problema). Sin embargo, subsiste el interés del contrato-ley, pues la doctrina de la Corte Suprema en favor de la inconstitucionalidad de las leyes que modifican contratos ordinarios en curso, ha tenido altibajos. El pleno de la Corte Suprema algunas veces ha rechazado recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, fundados en la propiedad sobre los derechos personales. Por ello, en la actualidad sólo el contrato-ley sigue garantizando de manera categórica que los beneficios reportados de un contrato no serán alterados en el futuro.¹⁸¹

5.-) El subcontrato.¹⁸²

a) Concepto.

Se trata de un nuevo contrato, derivado y dependiente de otro contrato previo de la misma naturaleza.¹⁸³ Messineo lo llama también contrato derivado, señalando que es aquél que da lugar a una figura análoga a la filiación de un derecho de otro derecho (derecho hijo o subderecho), o sucesión constitutiva, es decir, al nacimiento de un contrato de contenido igual (contrato hijo) al del contrato del cual deriva (contrato padre o contrato base).¹⁸⁴

b) Casos de subcontratos.

¹⁸⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 211.

¹⁸¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 212 a 214.

¹⁸² Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 247 a 252.

¹⁸³ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 214.

¹⁸⁴ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 247.

Se contempla el subcontrato en diversas materias:

- A propósito del subarrendamiento (arts. 1946, 1963, 1973 del CC. y art. 5° de la Ley número 18.101);
- En la delegación del mandato (arts. 2135, 2136 y 2138);
- En el contrato de sociedad, cuando uno de los socios forma con su parte social otra sociedad particular con un tercero (art. 2088); y
- En la subfianza (artículos 2335, 2° 2360, 2366, 2380 y 2383), etc.

c) Supuestos del subcontrato.

El progreso ha ido imponiendo la figura del subcontrato, a veces imprescindible para concretar tareas de gran envergadura económica. Pero no obstante la proliferación en el mundo contemporáneo de los contratos encadenados o vinculados entre sí, el ámbito específico de la subcontratación exige ciertos supuestos. El contrato base o contrato padre debe reunir necesariamente ciertas características para que la subcontratación sea procedente:

1° Debe ser de ejecución diferida o de tracto sucesivo o de término indefinido;

2° El contrato base no debe ser traslativo de dominio, pues en caso contrario, cuando el adquirente celebra un contrato similar al contrato base con otra persona, ya no habrá subcontrato, sino simplemente un nuevo contrato autónomo e independiente.¹⁸⁵

d) Partes que intervienen en la subcontratación.

Desde un punto de vista subjetivo, la subcontratación se caracteriza por la presencia de tres partes:

- El primer contratante o causante, quien sólo es parte en el contrato base o inicial;
- El segundo contratante o intermediario o causahabiente inmediato, quien es parte en ambos contratos, en el base y en el subcontrato; y
- El tercer contratante o causahabiente mediato, quien es ajeno al contrato base y celebra el subcontrato con el intermediario.

De esta manera, una de las partes del contrato-padre (causahabiente) constituye en favor de un segundo contratante (causahabiente mediato) un derecho de naturaleza personal, que proviene del derecho atribuido al causahabiente por el causante y lo presupone, de tal modo que el contrato-hijo depende del contrato-padre.¹⁸⁶

e) Clases de subcontratos.

Se distingue entre subcontratación propia e impropia. Es propia, aquella en que existe identidad esencial entre el contrato base y el subcontrato, como ocurre con el arrendamiento y el subarrendamiento. Es impropia, cuando no la hay, como acontece por

¹⁸⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 216.

¹⁸⁶ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 248.

ejemplo entre el arrendamiento y el comodato.¹⁸⁷ En este último caso, el arrendatario subcontrata, cediendo en comodato el bien que a su vez le habían cedido en arriendo.

f) Relación entre el contrato base y el subcontrato.

Desde un punto de vista objetivo, aparece la dependencia del subcontrato frente al contrato base. El subcontrato nace modelado y limitado por el contrato base. Como el intermediario da origen al subcontrato usando su posición de parte en el primer contrato, debe actuar exclusivamente con los derechos y obligaciones que le otorga el contrato base. De consiguiente, las prestaciones a las cuales se obligan el segundo y el tercer contratantes han de ser de igual naturaleza que las prestaciones derivadas del primer contrato. Este mismo enlace entre el contrato base y el subcontrato, explica que por efecto reflejo, extinguido el contrato base, se extingue el subcontrato. Terminado el contrato base, hay inoponibilidad de ejecución del subcontrato (excepcionalmente, no ocurre lo anterior respecto de la subfianza, art. 2383).¹⁸⁸ Como señala Messineo, la función del subcontrato es la de permitir, que las utilidades, en todo o en parte, que genera el contrato base, pasen, por obra de una de las partes, a un tercero.¹⁸⁹

Cabe señalar que no existe una regla uniforme en cuanto a la posibilidad de que el primer contratante o causante pueda accionar directamente en contra del tercer contratante o causahabiente mediato o que éste pueda accionar directamente en contra del primero. Distinguímos al efecto:

- **Subarrendamiento:** en principio, el arrendador carece de acción en contra del subarrendatario. En el derecho nacional, las responsabilidades del arrendatario y del subarrendatario son independientes. El primero responde frente al arrendador, y el segundo responde ante el arrendatario. Al efecto, el artículo 1947 del Código Civil advierte que el arrendatario responde ante el arrendador no sólo por sus hechos propios, sino también, entre otros, por los hechos de sus subarrendatarios. Pero en este caso, la relación jurídica y la responsabilidad sigue operando entre arrendador y arrendatario. El arrendatario no puede excusarse, alegando que el daño provino del subarrendatario. En el Derecho Comparado, distinta es la situación. Así, el artículo 1693 del Código Civil peruano, dispone que “Tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario.” En el mismo sentido, el artículo 1595, inciso 1º, del Código Civil italiano, establece que el locador de cosa tiene acción directa contra el sublocatario, para exigir el precio de la sublocación, y para constreñirlo a cumplir todas las demás obligaciones derivadas del contrato de sublocación. A su vez, el artículo 1216 del Código Civil y argentino, otorga acción directa al subarrendatario en contra del arrendador: “Acciones directas. Sin perjuicio de sus derechos respecto al locatario, el locador tiene acción directa contra el sublocatario para cobrar el alquiler adeudado por el locatario, en la medida de la deuda del sublocatario. También puede exigir de éste el cumplimiento de las obligaciones que la sublocación le impone, inclusive el resarcimiento de los daños causados por uso indebido de la cosa. / Recíprocamente, el sublocatario tiene acción directa contra el locador para obtener a su favor el cumplimiento de las obligaciones

¹⁸⁷ Navarro Albiña, René David, *Teoría general del contrato & contratos en particular*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2005, p. 57.

¹⁸⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 216 y 217.

¹⁸⁹ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 248.

asumidas en el contrato de locación. / La conclusión de la locación determina la cesación del subarriendo, excepto que se haya producido por confusión”.

Con todo, en nuestro Derecho, en un caso, contemplado en el artículo 1973, el arrendador tiene acción directa contra el subarrendatario: “El arrendador tendrá derecho para expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito, o que teniendo facultad de subarrendar, subarriende a personas de notoria mala conducta, que, en este caso, podrán ser igualmente expelidas.” El subarrendatario, con todo, carece de acción directa en contra del arrendador. Sólo podría demandar al subarrendador.

- En la delegación del mandato: el mandante podrá ejercer contra el delegado o submandatario, las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo (artículo 2138). En este caso, por ende, el causante tiene acción contra el causahabiente mediato. A la inversa, el delegado o submandatario, sólo tendrá acción en contra del mandante, si éste autorizó la delegación a determinada persona, precisamente el submandatario. En este caso, la ley entiende que ha nacido un nuevo mandato, que vincula directamente al mandante y al delegado (artículo 2137). Si la delegación no fue autorizada o lo fue pero no a persona determinada, el submandatario carecerá de acción en contra del mandante.

- En el contrato de sociedad, cuando uno de los socios forma con su parte social otra sociedad particular con un tercero (art. 2088): los socios del primero carecen de acción en contra del tercero; y éste, carece de acción en contra de los socios de su socio; y

- En la subfianza (artículos 2335, inciso 2º; 2360; 2366; 2380 y 2383), el acreedor, en principio, carece de acción en contra del subfiador; pero podrá demandarlo, una vez que lo haya hecho en contra del deudor principal y del fiador. En caso contrario, el subfiador podrá oponerle al acreedor el beneficio de excusión, para exigirle al acreedor que se dirija contra el deudor principal y después contra el fiador. El subfiador, carece de acción contra el acreedor, aunque podrá oponerle las excepciones reales y las personales suyas, y la excepción de subrogación a que alude el artículo 2355.

En definitiva, sea que se trate de interponer la acción directa por el primer contratante en contra del tercer contratante, sea que éste intente demandar al primero, se requiere de texto expreso de la ley, pues las relaciones jurídicas en las que actúan uno u otro son distintas, operando por ende el principio del efecto relativo de los contratos.

g) Diferencias entre el subcontrato y la cesión del contrato.

El subcontrato puede distinguirse de otras figuras afines, distinción que asume especial interés respecto a la cesión del contrato. Esta última es el traspaso por uno de los contratantes a un tercero de su posición jurídica completa, en un contrato determinado. El cedente traspasa al cesionario todos sus derechos y obligaciones en el contrato respectivo. El cesionario pasa a ocupar el lugar que tenía el cedente, desapareciendo éste del contrato. Por traspasarse todos los derechos y obligaciones del cedente, se requiere el consentimiento del mismo, del cesionario y usualmente de aquél que contrató con el cedente. En el subcontrato, en cambio, el primer contratante no está involucrado directamente, siendo innecesaria su voluntad. El segundo contratante o intermediario celebra el subcontrato con el tercer contratante empleando sólo una parte de los derechos y obligaciones derivados del contrato base. El segundo contratante no queda desvinculado, no desaparece de la relación jurídica, como ocurre con el cedente. El segundo contratante conserva sus derechos y obligaciones emanados del contrato base, sin perjuicio que encomiende al tercer contratante parte de su tarea económica o que asuma parte de sus responsabilidades, para lo cual se

crean mediante el subcontrato nuevos derechos y obligaciones que vinculan a las partes del subcontrato, pero no al primer contratante.

Hay entre el contrato base y el subcontrato una relación de simultaneidad, compuesta de dos unidades jurídicas que aunque dependientes, tienen existencia propia. Tratándose de la cesión de contrato, la relación es sustitutiva, no existen simultáneamente dos entidades jurídicas con existencia propia, sino que una sola, que después es reemplazada por otra.¹⁹⁰

En el subcontrato, estamos ante un derecho que se separa del derecho atribuido por el contrato-padre y que éste lo deja coexistir (porque si este no coexistiera, caería también el subderecho), pero lo limita; un derecho que, además, es de contenido formalmente idéntico al del derecho-padre, si bien a menudo, de contenido económico más débil. No es exacto afirmar que el derecho del contratante que participa en el primer contrato y luego da origen al segundo (llamado intermediario) quede íntegro y completo. En efecto, el derecho adquirido por el tercero participante en el segundo contrato, disminuye, en algún grado, el derecho del intermediario, aunque formalmente, ante el causante, su derecho esté intacto.¹⁹¹

6.-) El autocontrato.^{192 193}

a) Concepto.

Es el acto jurídico que un sujeto celebra consigo mismo, no siendo necesaria la intervención de otra persona.¹⁹⁴ Es aquél en que la actividad y la declaración de una sola parte, en dos distintas calidades (por ejemplo, representante que declara, por un lado, en nombre propio y, por otro lado, en nombre del representado), basta para entenderlo celebrado.¹⁹⁵

En la doctrina, se le llama también a esta figura *contrato consigo mismo*.¹⁹⁶

b) Hipótesis de autocontratos.

En el autocontrato, el único sujeto actúa ya sea como parte directa y como representante de otra parte; ya sea como representante de ambas partes; ya sea como titular de dos patrimonios (o de dos fracciones de un mismo patrimonio) sometidos a regímenes jurídicos diferentes. Se deduce de lo anterior que hay tres series de casos que integran la categoría de autocontrato:

* La primera serie, está formada por la hipótesis en la que el sujeto que interviene actúa tanto a nombre propio como a nombre ajeno. Por ejemplo, el caso del mandatario que debidamente autorizado, compra para sí lo que el mandante le ha ordenado vender.

¹⁹⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 218 y 219.

¹⁹¹ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 248 y 249.

¹⁹² Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 272 a 275.

¹⁹³ Cfr. Brebbia H., Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*, Rosario, Editorial Juris, año 1997, Tomo I, pp. 207 a 215.

¹⁹⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 219.

¹⁹⁵ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 272 y 273.

¹⁹⁶ En Alemania, *Das selbscontrahiren*; en Italia, *Il contratto con se medesimo*; en Francia, *Contract avec soi meme*.

* La segunda serie, la integran las situaciones de doble representación, en las cuales el sujeto que actúa es representante legal o convencional de ambas partes: por ejemplo, mandatario que tiene tal carácter tanto del vendedor como del comprador (caso de las operaciones a través de corredores de Bolsas de Valores).

* La tercera serie comprende casos totalmente independientes de la representación. Tal es el caso de la partición consigo mismo: por ejemplo, el heredero a quien se concedió la posesión provisoria de los bienes del desaparecido únicamente tiene el usufructo legal de dichos bienes, de manera que no puede enajenarlos libremente (está sujeto a las restricciones del art. 88). Ahora bien, si el heredero además era comunero con el desaparecido en uno o más bienes (padre e hijo eran dueños en común de un inmueble, por ejemplo), tendrá interés en que se precise de cuáles bienes comunes puede disponer libremente. Para ello, debe efectuar una partición consigo mismo.¹⁹⁷ En la práctica, sin embargo, aquí no habrá autocontrato, sino que será necesario pedir que se nombre un curador, que represente los intereses del presuntivamente muerto.

De estas tres series, en realidad sólo en la primera hay efectivamente un autocontrato, pues quien actúa, lo hace “por sí” y en representación de otro; en la segunda, en verdad no lo hay, pues se actúa en representación de dos personas, pero no “por sí”; y en la tercera, en la práctica actuará un curador en representación del desaparecido.

c) Naturaleza jurídica del autocontrato.

Se discute en la doctrina. Para unos, se trata de un acto jurídico unilateral. Afirma al respecto Alessandri que el contrato es por su esencia un acuerdo de voluntades, un choque de voluntades opuestas que terminan por ponerse de acuerdo. En el acto jurídico consigo mismo falta este elemento, pues es el resultado de una sola voluntad. Es imposible por tanto encuadrar el autocontrato dentro de concepto de contrato. Pero también es cierto que entre el acto jurídico consigo mismo y el acto jurídico unilateral ordinario, hay una diferencia fundamental: mientras en el último su autor sólo dispone de un patrimonio, en el acto jurídico consigo mismo la voluntad del autor dispone directamente de dos patrimonios. En rigor, como dice un autor, el acto jurídico consigo mismo es un acto híbrido, que se asemeja al acto unilateral por el hecho que requiere una sola voluntad, y también al contrato, por el hecho que pone dos patrimonios en relación.¹⁹⁸ Se trataría de un acto unilateral, dicen algunos, pero con efectos contractuales.¹⁹⁹

Luis Claro Solar, siguiendo a Planiol y Ripert, afirma que el acto jurídico consigo mismo es un contrato: “Ver en el autocontrato un acto jurídico unilateral que produce efectos contractuales nos parece contradictorio: si un acto jurídico produce obligaciones contractuales, esto es, convencionales, importa en realidad un contrato, aunque sea un contrato de naturaleza especial, dada la manera como se forma”. Para llegar a esta conclusión, Claro Solar se apoya exclusivamente en la idea de la representación, en cuanto el sujeto que interviene como representante no manifiesta su propia voluntad sino que la del representado, lo que lleva a admitir que al autocontratar el actor estaría manifestando varias voluntades distintas (la suya y la del representado, en el caso de la primera serie; la de los

¹⁹⁷ Vallimaresco, Rev. Trim., año 1929, p. 953, citado a su vez por López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 220.

¹⁹⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 221 y 222.

¹⁹⁹ En esta posición, Demogue, en Francia; Rümelin, en Alemania; y Barassi, en Italia: Brebbia H., Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*, Rosario, Editorial Juris, año 1997, Tomo I, p. 208.

representados, en el caso de la segunda serie). Esta fundamentación, sin embargo, tiene dos inconvenientes, como apunta López Santa María:

- Es inaplicable a la tercera serie de casos, en los que no existe representación en juego;
- La idea de la representación a la que Claro Solar alude es la de la representación-ficción, concepción que ha ido quedando superada por la de la representación-modalidad: la voluntad que da vida al acto jurídico es la del representante y no la del representado. Sólo en virtud de una modalidad, los efectos del acto celebrado con la voluntad del representante se radican directamente en el patrimonio del representado.

Para López Santa María, el autocontrato es siempre un contrato. Agrega que razones de orden práctico permiten sostener que jurídicamente la personalidad de un individuo puede desdoblarse, de tal modo que su voluntad se exteriorice a diversos títulos. Una voluntad puede descomponerse en dos voluntades o en dos declaraciones diferentes. Considera que no tiene mucho sentido seguir apegados a la afirmación de que técnicamente el contrato es siempre un acuerdo de voluntades antagónicas. El acuerdo de voluntades opuestas, si bien existe habitualmente en los contratos, no es de la esencia de los mismos.²⁰⁰

d) Restricciones y prohibiciones al autocontrato.

En ciertos casos, la ley prohíbe algunos autocontratos y sujeta otros al cumplimiento previo de exigencias o formalidades habilitantes. Tales restricciones legales, en todo caso, no pueden aplicarse por analogía a casos parecidos, debiendo interpretarse en sentido estricto. El fundamento de dichas prohibiciones y restricciones suele ser la protección a los incapaces o el evitar que una misma persona represente intereses incompatibles.

Ejemplos de casos en que la ley **restringe** el autocontrato: art. 2144: “No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.”; artículo 2145: “Encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante.”; ambos en el mandato; artículo 412, inciso 1º, respecto de las guardas: “Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio.”

Ejemplos de casos en que la ley **prohíbe** el autocontrato: art. 412, inciso 2º: “Pero ni aun de este modo (o sea, en la forma señalada en el inciso 1º) podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo, o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes.”; artículo 1796: “Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad.”²⁰¹

²⁰⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 222 a 224.

²⁰¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 224 y 225.

De cualquier manera, la doctrina entiende que el autocontrato es excepcional. Ello, ante la posibilidad de que el representante sacrifique el interés del representado, esto es, que ante el conflicto u oposición de intereses, el que actúa (que representa al interés ajeno) lo resuelva en beneficio propio.²⁰²

En general, se entiende que el autocontrato será válido: i) cuando el representado haya autorizado especialmente la conclusión del contrato; ii) si el representado ratifica el acto; y iii) cuando, aun sin la autorización del representado, el contenido del contrato está determinado por la ley, de manera que quede excluida la posibilidad del conflicto de intereses entre representante y representado.²⁰³

7.-) El contrato por persona a nombrar y el contrato por cuenta de quien corresponda.

7.1) El contrato por persona a nombrar.²⁰⁴

a) Concepto.

Es aquel en que una de las partes se reserva la facultad de designar, mediante una declaración posterior, a la persona que adquirirá retroactivamente los derechos y asumirá las obligaciones inicialmente radicadas en el patrimonio del primero.²⁰⁵

b) Recepción en nuestra legislación.

El Código Civil desconoce esta figura, sin perjuicio que las partes, en virtud del principio de la libertad contractual, pueden generarla. El Código de Comercio, en cambio, sí la contempla a propósito de la comisión, una de las especies de mandato mercantil, en su art. 256: “Puede el comisionista reservarse el derecho de declarar más tarde por cuenta de qué persona celebra el contrato. Hecha la declaración, el comisionista quedará desligado de todo compromiso, y la persona nombrada lo sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones resultantes del contrato”.²⁰⁶

Los códigos civiles italiano, peruano (artículos 1473 a 1476), portugués y brasileño (artículos 467 a 471), norman esta figura.

c) Ejemplo de esta categoría contractual.

Opera, por ejemplo, cuando el mandante desea que su nombre permanezca desconocido porque quiere adquirir un inmueble colindante al suyo y si el vecino lo sabe subirá el precio. Instruye entonces al mandatario para que celebre una compraventa por persona a nombrar. Otra hipótesis, en este mismo caso, sería la del mandato sin representación: el mandatario finge ante el vendedor que está actuando a nombre propio, comprando para sí, lo que permite el art. 2151. Opera también esta figura en los remates efectuados por disposición de la justicia. El mandato que antecede al contrato por persona a nombrar, reviste un interés particular: vendría a ser una categoría intermedia entre el

²⁰² Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 273.

²⁰³ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 275; Brebbia H., Roberto, ob. cit., Tomo I, pp. 214 y 215.

²⁰⁴ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 276 a 280.

²⁰⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 225.

²⁰⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 226.

mandato con representación (el mandatario revela al tercero con quien contrata, que lo hace por cuenta o con poder de su mandante, a quien individualiza) y el mandato sin representación (el tercero permanece ignorante de la existencia del mandato). Tratándose de un contrato por persona a nombrar, el tercero que contrata con el mandatario sabe que existe un mandato, pero ignora la identidad del mandante. Lo anterior nos permite concluir que el contrato por persona a nombrar es inconcebible tratándose de actos jurídicos *intuitu personae*.²⁰⁷ Sólo cabe tratándose de *contratos impersonales*.

d) Plazo para declarar por quien se contrata.

La declaración del contratante “fungible” (sustituible), designando a la persona que lo subrogará y ocupará su mismo lugar jurídico, debe formularse dentro de un plazo determinado. En Italia, a falta de estipulación, tal lapso es de 3 días, en Portugal y Brasil, de 5, mientras que en Perú aumenta a 20 días. Si la declaración designando al nuevo contratante no se emite dentro del plazo estipulado o el plazo legal, o si la declaración no surtiere efectos, el contrato tendrá fuerza obligatoria entre los contratantes originarios.²⁰⁸ Por el contrario, si la declaración se realiza dentro del plazo pertinente, la persona nombrada adquiere la posición de contratante con efecto retroactivo al día de la formación del contrato, como si hubiese estipulado en propia persona. De esta manera, no hay en ningún momento falta de certeza jurídica acerca de la persona del contratante: un contratante existe siempre, *ab origine*, es decir el contratante originario, o es, con efecto retroactivo, la persona nombrada.²⁰⁹

e) Diferencias entre el contrato por persona a nombrar y otras figuras jurídicas.

El contrato por persona a nombrar no debe confundirse con otras figuras, que presentan ciertas similitudes. No es, en primer lugar, un caso de **representación**, porque quien participa en el contrato declara en nombre propio y no en nombre de otro, y si no hace en definitiva la declaración de nombramiento, termina por haber estipulado en su propio interés; no es tampoco un caso de **gestión de negocios ajenos**, porque el nombre de la persona no se invoca en el momento de la estipulación del contrato y, cuando se lo invoca, mediante el nombramiento, la declaración de aceptación de la persona nombrada excluye, con efecto *ex tunc* (o sea, con efecto retroactivo), la representación; no es un caso de **contrato a favor de tercero**, porque éste implica que el contrato produce efectos a favor del estipulante y del tercero y, además, que el tercero no es parte del contrato; no es un caso de **promesa de hecho ajeno**, porque en ésta se obliga el promitente a una prestación por parte de un tercero, mientras que en el contrato por persona a nombrar se obliga a un hecho propio y eventualmente al hecho de un tercero, si se efectúa el nombramiento en el plazo respectivo; no es, finalmente, un **contrato por cuenta de quien corresponda**, según se verá seguidamente.²¹⁰

7.2) El contrato por cuenta de quien corresponda.²¹¹

²⁰⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 227 y 228.

²⁰⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 228.

²⁰⁹ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 278.

²¹⁰ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 278 a 280.

²¹¹ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 280 a 282.

a) Concepto.

También llamado contrato *in incertam personae*. Es aquel en el cual una de las partes inicialmente queda indeterminada o en blanco, en la seguridad de que después será individualizada.²¹² Se trata de un contrato a beneficio de un tercero (mientras tanto indeterminado) mediante el cual es posible cautelar un interés suyo, en espera de que se revele quién es el sujeto de tal interés (sujeto “en blanco”).²¹³

Al momento de celebrarse el contrato uno de los participantes tan solo tiene formal o aparentemente el carácter de parte, puesto que necesaria y forzosamente será reemplazado más tarde por el verdadero contratante, “por quien corresponda”.²¹⁴

b) Diferencias entre el contrato por persona a nombrar y el contrato por cuenta de quien corresponda:

- En el primero, las partes son el contratante inmutable o definitivo y el contratante fungible. Este último es parte desde la celebración del contrato y puede serlo definitivamente si no nombra válida y oportunamente al reemplazante. En el contrato por cuenta de quien corresponda, hay también un contratante inmutable, pero el otro, el llamado contratante formal, no es parte. Las partes serán siempre el contratante conocido desde el comienzo y el contratante sustancial o real, inicialmente desconocido.
- En el contrato por persona a nombrar, la designación del reemplazante (si acontece), es obra de una de las partes, quien se reservó el derecho a nominarlo. En el contrato por cuenta de quien corresponda, la individualización del contratante sustancial, que necesariamente se producirá, no es obra de una de las partes, sino que el resultado de un suceso extrínseco, por ejemplo, un acto de autoridad, en cuya virtud se determina a la persona que estaba en blanco o permanecía incierta.²¹⁵

CAPITULO III: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACION.

1.-) La autonomía de la voluntad: su formulación original y su declinación.

El principio de la autonomía de la voluntad se formula en el marco de la doctrina según la cual, toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es la fuente y medida de los derechos y obligaciones que el contrato produce.²¹⁶

Decir que la voluntad es autónoma significa que ella es libre para crear los derechos y obligaciones que le plazcan. La voluntad se basta a sí misma.²¹⁷

²¹² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 228.

²¹³ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 281.

²¹⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 228 y 229.

²¹⁵ Jorge López Santa María menciona un caso, al adquirir en el año 1970 un inmueble la Caja de Previsión de Empleados Particulares, la que hizo “por cuenta de quien correspondiere”, a la espera que el Ejecutivo dictare el Reglamento de la Ley 17.213 y señalare en él quien sería el propietario del inmueble. Dicho Reglamento se dictó en el año 1972, señalándose que el dueño definitivo sería la Confederación de Empleados Particulares de Chile, entidad que debía entenderse como el verdadero comprador: ob. cit., Tomo I, págs. 229 y 230.

²¹⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 233.

La doctrina de la autonomía de la voluntad sirve de telón de fondo a la mayoría de los principios fundamentales de la contratación. Ejemplo de lo anterior es el art. 1545, que coloca las voluntades privadas de las partes en el mismo plano que la ley.²¹⁸

Cinco son los grandes principios fundamentales de la contratación:

- 1° Principio del consensualismo.
- 2° Principio de la libertad contractual.
- 3° Principio de la fuerza obligatoria de los contratos.
- 4° Principio del efecto relativo de los contratos.
- 5° Principio de la buena fe.

Los cuatro primeros aparecen como subprincipios o derivaciones de la autonomía de la voluntad, mientras que el último, que ha ido cobrando mayor fuerza en los últimos años, es independiente de ella.²¹⁹

El consensualismo y la libertad contractual dicen relación con la formación o nacimiento del contrato; la fuerza obligatoria y el efecto relativo conciernen, en cambio, a los efectos del contrato. El principio de la buena fe, por su parte, se proyecta en todas las fases contractuales o iter contractual, exigiéndose a las partes que se porten leal y correctamente desde los tratos precontractuales hasta el cumplimiento íntegro de las obligaciones e incluso, si la hubiere, en la fase postcontractual.²²⁰

La autonomía de la voluntad, del Siglo XVIII en adelante, ha sido el fruto del liberalismo económico, conforme al axioma de que el Estado debe dejar hacer y dejar pasar, permitiendo que los individuos concluyan en la más amplia libertad sus intercambios de bienes y servicios. Según los juristas del siglo XIX, lo contractual es necesariamente justo. El contrato, para ellos, garantizaba la justicia y la utilidad social, pues el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económico. Todo vínculo jurídico que reconozca un contrato como fuente es justo, puesto que resulta de la libertad. Al contrario, toda obligación no consentida sería una tiranía injusta, una violación de la libertad, un atentado contra el Derecho. Para la doctrina de la autonomía de la voluntad, el concepto superior de la justicia y las consideraciones de solidaridad social son irrelevantes.²²¹

Sin embargo, hoy en día la doctrina no cree en la necesaria identidad de lo contractual con lo justo. Sobre el particular, López Santa María señala que “Salta a la vista que la identidad de lo contractual con lo justo es una falacia. Únicamente en circunstancias de real igualdad entre los contratantes, podría tal idea tener alguna verosimilitud. Pero la afirmación de la igualdad de los hombres, válida en el terreno de los principios, como debe ser, no corresponde a lo que son las cosas en la práctica. El más fuerte o el más astuto o el con mayor experiencia, generalmente impone las condiciones o contenido del contrato al más débil, al más cándido o al más inexperto”.²²²

También es inexacto que la libertad contractual produzca siempre resultados económicos socialmente útiles. Como indica el autor citado, “Dejados solos, los hombres de ordinario no se orientan a las actividades más convenientes para el interés general, sino

²¹⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 234.

²¹⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 234.

²¹⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 234.

²²⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 234 y 235.

²²¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 238.

²²² López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 239.

que a las ocupaciones más rentables, buscando el máximo de lucro individual con el menor sacrificio posible”.²²³

De ahí a que en los últimos decenios, sin perjuicio de reconocer el importante papel jurídico de la voluntad, se concluye que no es soberana. Es ostensible la declinación del dogma de la autonomía de la voluntad.²²⁴

2.-) El principio del consensualismo contractual y su deterioro.

a) El consensualismo contractual a través de la historia.

El examen del principio consiste en averiguar si los contratos surgen a la vida jurídica como simples pactos “*desnudos*”, por la sola manifestación de la voluntad de las partes (tesis consensualista) o por el contrario, si es menester cumplir con ritualidades externas, para que los contratos tengan existencia y produzcan efectos.²²⁵

Para ser consecuente con el dogma de la autonomía de la voluntad, ha debido afirmarse la vigencia del principio del consensualismo contractual. Los contratos quedarían perfectos por la sola manifestación de las voluntades internas de las partes, ya que cualquiera exigencia de formalidades externas, vendría a contradecir la premisa según la cual la voluntad todopoderosa y autosuficiente es la fuente y medida de los derechos y de las obligaciones contractuales.²²⁶

Esta proclama es históricamente falsa. A través de los siglos, casi siempre los contratos han sido formales. En Grecia, Roma y los pueblos germánicos, los contratos fueron esencialmente formales. Dicha formalidad no implicaba que el contrato fuere necesariamente escrito: en Roma, las formalidades más importantes no consistieron en escriturar los actos, sino que en pronunciar palabras sacramentales y rígidas o en entregar materialmente un objeto. Más tarde, salvo en España, durante la Edad Media no existe el contrato consensual.²²⁷

El consensualismo sólo surge en los Tiempos Modernos, por lo que la idea del contrato como simple acuerdo verbal de voluntades es reciente.²²⁸ Como señalan Colin y Capitant, el régimen de contrato consensual fue siempre excepcional en el Derecho Romano y en la Edad Media, hasta el Siglo XIII, cuando por efecto de las necesidades económicas crecientes en importancia y en complejidad, exigen más libertad en la formación de los contratos.²²⁹ El proceso de declinación del formalismo se consolidará en los albores del Siglo XVII, época en la que Loysel pudo por fin escribir: *Se sujeta a los bueyes por los cuernos y al hombre por las palabras, y tanto vale una simple promesa o convenio como las estipulaciones del Derecho Romano.*²³⁰

²²³ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 239.

²²⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 241.

²²⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 243.

²²⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 244.

²²⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 244. Entendemos que la referencia que hace López Santa María, ha de ser al Ordenamiento de Alcalá de Henares, que llegó a desterrar por completo el formalismo romano, por influjo del Derecho Canónico, ordenando la validez de la obligación o el contrato, cualquiera que fuese la manera que pareciera que alguno se quiso obligar con otro a celebrar contrato con él: nota incluida por De Buen, Demófilo, en la obra de Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 619.

²²⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 245.

²²⁹ Cfr. Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 608 a 610.

²³⁰ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 611 y 612.

b) Grupos de contratos consensuales.

En nuestro Derecho, es posible distinguir dos grupos de contratos consensuales:

* **Contratos propiamente consensuales:** que corresponden a la concepción moderna del contrato como pacto desnudo. Por ejemplo: contrato de compraventa de cosa mueble; contrato de transporte; etc.

* **Contratos consensuales formales:** hay contratos que siendo consensuales, en cuanto no son solemnes ni reales, están sin embargo inmersos en el universo de los formulismos, pues requieren, para tener plena eficacia, del cumplimiento de formalidades habilitantes, de prueba, de publicidad o convencionales. Estos contratos no tienen de consensuales más que el nombre. Por ejemplo: artículo 9º del Código del Trabajo, que establece que el contrato de trabajo es consensual, pero que no obstante lo anterior, deberá constar por escrito; tratándose del arrendamiento de predios urbanos, cuando el contrato no consta por escrito, “se presumirá que la renta será la que declare el arrendatario” (artículo 20 de la Ley número 18.101)²³¹.

c) Excepciones y atenuantes al principio del consensualismo contractual.

c.1) **Excepciones:** las constituyen los casos de contratos solemnes y reales. Es obvio que el consensualismo desaparece completamente ante esta clase de contratos, pues en lugar de un acto jurídico “desnudo” encontramos actos “vestidos”, ya sea por la imprescindible formalidad requerida en atención a la naturaleza del acto jurídico, ya sea por el acto externo consistente en la entrega material del objeto. Los contratos solemnes y reales son excepciones al principio del consensualismo, pues en lugar de regir el principio de que lo que obliga es el mero consentimiento o acuerdo de voluntades, el ordenamiento jurídico exige, para el nacimiento y eficacia del contrato, que las partes se sometan a la ritualidad prescrita por el legislador.²³²

c.2) **Atenuantes:** las constituyen las formalidades distintas a las exigidas en atención a la naturaleza del acto jurídico, vale decir, las habilitantes, las de prueba, la de publicidad y las convencionales. Se les suele llamar, en su conjunto, atenuantes al consensualismo, para expresar con ello que la ruptura del consensualismo sería menos intensa que en los casos de las excepciones. Pero, en verdad, los efectos del incumplimiento de estas formalidades son tan radicales (nulidad relativa, imposibilidad de utilizar ciertos medios de prueba, inoponibilidad, derecho a retractarse de la celebración del contrato) que también ellas derogan el principio de que bastaría el solo consentimiento de los contratantes.²³³

3.-) El principio de la libertad contractual y su deterioro.

a) Concepto.

²³¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 245 y 246.

²³² López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 247 y 248.

²³³ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 248 a 256.

La libertad contractual comprende la libertad de CONCLUSION y la libertad de CONFIGURACION INTERNA de los contratos. En base a la libertad de conclusión, las partes son libres para contratar o no contratar, y en caso afirmativo, para escoger con quien contratar. En base a la libertad de configuración interna, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca.²³⁴

La libertad contractual es una expresión tan característica de la autonomía de la voluntad que incluso algunos autores (Alessandri) confunden la primera con la segunda, en circunstancias que, en estricta doctrina, la libertad contractual es un subprincipio de la autonomía de la voluntad.²³⁵

Messineo formula un distingo, entre la libertad para contratar y la libertad contractual propiamente tal. Entiende que la libertad para contratar es la libertad de estipular o no estipular (es decir, lo que entre nosotros se denomina libertad de conclusión). La libertad contractual, en cambio, correspondería a la que se llama por la doctrina nacional libertad de configuración interna.²³⁶

b) Acepciones del principio de la libertad contractual.

Expresa Messineo que el principio de la libertad contractual puede tomarse en varias acepciones:

1. Libertad contractual significa que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que éste debe ser el resultado del libre debate entre ellas (contrato libremente discutido).
2. Libertad contractual significa que –con tal que se respeten las normas legales imperativas del régimen contractual general y particular, esto es, el relativo a cada uno de los contratos– el contenido del contrato puede ser fijado por las partes a su voluntad, es decir, se autoriza la autodeterminación de cada una de las cláusulas concretas del contrato (libertad de configuración interna del contrato).
3. Un tercer significado de la libertad contractual, implícito en el anterior, es el de la facultad, dejada a las partes, de “derogar” las normas dispositivas o supletorias puestas especialmente para los contratos nominados singulares y de sustituir a ellas un régimen diverso fijado por la voluntad de las partes, esto es, una disciplina distinta de la legal.
4. Otro significado concierne a los contratos innominados, en cuanto faculta a las partes a concluir contratos con finalidades aun no previstas por la ley, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que el contrato innominado se dirija a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico.²³⁷

c) La libertad contractual en el derecho comparado.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro Código, otras legislaciones la consagran directa y formalmente, incluso en el orden constitucional (códigos civiles italiano, portugués y peruano, por ejemplo).

²³⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 261.

²³⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 261.

²³⁶ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 19.

²³⁷ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, pp. 16 y 17.

En todo caso, los textos legales que la establecen, cuidan de advertir que esta no es absoluta: tiene como límites la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

En algunos casos, se incluye expresamente en la libertad contractual la posibilidad que las partes celebren contratos innominados o atípicos. Así, en el art. 405 del Código Civil portugués: “Dentro de los límites legales, las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, de celebrar contratos diferentes a los previstos en este Código, o de incluir en los previstos las cláusulas que ellas aprueben. Las partes pueden reunir en un mismo contrato reglas de dos o más negocios regulados total o parcialmente por la ley”.²³⁸ El artículo 1354 del Código Civil peruano, por su parte, dispone: “Artículo 1354º.- Contenido de los contratos. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.” A su vez, el artículo 425 del Código Civil brasileño, consigna: “Es lícito a las partes estipular contratos atípicos, observadas las normas generales fijadas en este Código.” El Código Civil y Comercial argentino señala: “Artículo 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

d) Deterioro o límites de la libertad contractual.

La mayor ruptura o deterioro de la libertad contractual, desde el punto de vista cuantitativo, está hoy configurada por el CONTRATO DIRIGIDO (que atenta contra la libertad de configuración); igual acontece con el CONTRATO FORZOSO (que atenta contra la libertad de conclusión), especialmente los forzosos heterodoxos, que nosotros llamamos forzosos fictos, donde en verdad se produce un quiebre total de la libertad contractual.²³⁹

En síntesis, cada vez que el legislador, por razones de orden público social o económico, fija imperativamente las cláusulas más relevantes de ciertos contratos u obliga a las partes a celebrarlos, se produce una ruptura del principio de la libertad contractual.

Messineo señala los siguientes límites a la libertad contractual:

1. Un primer límite está constituido por los casos en que el esquema del contrato esté preparado, en todo o en parte, por uno solo de los contratantes, de manera que el otro no sea admitido a concurrir a su determinación (alude, por ende, al contrato de adhesión).
2. El segundo límite dice relación a que la libertad de determinar el contrato está circunscrita por la exigencia del respeto a las normas legales imperativas (se refiere, por tanto, al contrato dirigido).
3. En un tercer significado, límite a la libertad contractual significa prohibición de concluir contratos que no tengan una disciplina particular, cuando con ellos se quiera realizar intereses no merecedores de tutela jurídica, según el ordenamiento jurídico, como son los contratos ilícitos, imposibles o en fraude de la ley.²⁴⁰

4.-) El principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Ley y contrato.

a) Relación entre el contrato y la ley.

²³⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 261 y 262.

²³⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 263.

²⁴⁰ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo I, p. 18.

El principio de la fuerza obligatoria de los contratos se expresa en el aforismo “pacta sunt servanda”: los pactos deben observarse, deben cumplirse estrictamente. Está consagrado enfáticamente en el art. 1545: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.²⁴¹

Para subrayar la obligatoriedad del contrato se alude a la metáfora tradicional de compararlo con la ley, aunque las diferencias entre aquél y ésta son numerosas. Entre las más importantes:

- El contrato reglamenta una situación jurídica particular y en principio sólo produce efectos entre las partes. La ley en cambio contiene un mandato, prohibición o permiso de carácter general y abstracto, que alcanza a todos cuantos se encuentren en los supuestos de hecho previstos en la norma.
- El procedimiento de formación de las leyes, con participación de dos poderes públicos, en nada se parece a la formación de los contratos.
- El contrato a menudo tiene vida efímera, pues está destinado a extinguirse apenas se cumplan las obligaciones por él generadas. La ley, de ordinario, permanece en el tiempo.
- Si una ley puede derogar expresa o tácitamente a otra ley, no siempre un contrato se deja sin efecto mediante otra convención en sentido inverso, ya que existen contratos, como el de matrimonio, en que es improcedente el mutuo disenso o resciliación; o en otros en que basta un acto unilateral para ponerle término, como el desahucio en el contrato de arrendamiento, o la revocación o renuncia en el mandato.
- La interpretación de las leyes no se efectúa de igual modo que la interpretación de los contratos. A las primeras, se les aplican los arts. 19 a 24; a los segundos, los arts. 1560 a 1566.²⁴²

b) Consecuencias del principio de la fuerza obligatoria del contrato.

Colin y Capitant señalan dos consecuencias fundamentales del principio, una aplicable a las partes y la otra al juez:

1. Desde el momento en que un contrato no contiene nada contrario a las leyes, ni al orden público ni a las buenas costumbres, las partes están obligadas a respetarlo, a observarlo, como están obligadas a observar la ley. El acuerdo que se ha formado entre ellas las obliga como la ley obliga a los individuos. Dos aspectos derivan de esta primera consecuencia:

- Los contratos sólo pueden ser revocados por el consentimiento mutuo de los contratantes (*distractus* o resciliación) o por las causas que la ley autoriza. Sólo de manera excepcional, el contrato podrá terminar por la voluntad de una sola de las partes;
- Los contratos deben ser cumplidos de buena fe. Las partes deben, en el cumplimiento de la convención, portarse honestamente, lealmente.

2. Por otra parte, el respeto a esta ley creada por la voluntad de los interesados se impone a los jueces encargados de interpretarla. Estos últimos no pueden modificar los términos de la convención ni cambiar sus elementos, como no podrían cambiar el texto de la ley, cuyo

²⁴¹ Este artículo tiene su antecedente en el artículo 1134, inciso 1º, del Código francés, que reza: “Las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho”.

²⁴² López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 265 y 266.

cumplimiento tienen por misión asegurar.²⁴³ De esta segunda consecuencia, derivan tres aspectos, según Colin y Capitant:

- Cuando una ley nueva, dictada después de la celebración del contrato, modifica una disposición jurídica que las partes han adoptado como regla de su vínculo contractual, el juez no debe aplicar la ley nueva al contrato anteriormente celebrado, pues, al hacerlo, modificaría los términos del acuerdo celebrado entre los interesados (artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, operará ultra actividad de la ley).
- El juez encargado de interpretar los términos de una convención debe inspirarse, ante todo en la voluntad de las partes para determinar su sentido exacto. En cuanto a la procedencia del recurso de casación en el fondo por infringir la *ley del contrato*, tocaremos el punto al tratar de la interpretación de los contratos, aunque anticipamos que la respuesta exige matices: en cuanto a la interpretación de los hechos, es inadmisibles el recurso de casación; en cuanto a los efectos jurídicos de tales hechos, sí resulta admisible.
- Cuando el juez se halla colocado frente a los términos de una convención, no puede modificar sus elementos a pretexto de que las condiciones impuestas a una de las partes son contrarias a la equidad, draconianas o leoninas. No tiene el derecho de atenuar el rigor de las obligaciones impuestas a las partes.²⁴⁴

c) La fuerza obligatoria del contrato frente al legislador y el juez.

La obligatoriedad del contrato se traduce en su intangibilidad. Vale decir, que el contrato válidamente celebrado no puede ser tocado o modificado ni por el legislador ni por el juez. Estos, al igual que las partes, deben respetar las estipulaciones convenidas por los contratantes. Sin embargo, la intangibilidad del contrato no es absoluta.²⁴⁵

c.1) Frente al legislador.

En algunas ocasiones, el propio legislador vulnera la fuerza obligatoria del contrato: 1º Al dictarse leyes de emergencia, de carácter transitorio, que implican concesión de beneficios a los deudores, no previstos en los respectivos contratos: por ejemplo, las “*leyes moratorias*” (Ley N° 17.663, de 1972, que suprimió la reajustabilidad automática de las deudas provenientes de los contratos de mutuo, otorgados para fines habitacionales, por Institutos de Previsión y Servicios Públicos de la Vivienda). O también tratándose de diversas leyes que han condonado parte de las deudas que mantenían con la Corporación de Reforma Agraria o los organismos que le sucedieron, los asignatarios favorecidos con la adjudicación de los inmuebles que fueron expropiados. Igualmente, cabe destacar el caso de la Ley número 5.001, publicada en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1931, que dispuso en su artículo 1º que la renta de arrendamiento de los predios urbanos y rústicos debía ser pagada, durante su vigencia, con una rebaja del 20% con relación a la que el mismo arrendatario pagaba el 1º de enero de 1931. Esta ley, como subraya Vodanovic, operó entonces con efecto retroactivo, pues la situación establecida por los contratos de

²⁴³ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 705 y 706.

²⁴⁴ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 706 a 709.

²⁴⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 277 y 278.

arrendamiento, con anterioridad a la promulgación de la ley, vino a ser modificada.²⁴⁶ Una norma de esta índole con seguridad sería tachada en nuestros días de inconstitucional, pero debemos entenderla en el contexto de la época, cuando nuestro país fue severamente golpeado, con dos años de desfase, por la crisis del año 1929, ocasionando a la postre la caída del gobierno de Carlos Ibáñez del Campo.

2° Al dictarse normas permanentes, como encontramos en el propio Código Civil o en leyes especiales:

- Artículo 1879, en relación al pacto comisorio calificado por no pago del precio: “Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.”;
- Artículo 2180, número 2, en el comodato: “El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada. / Pero podrá exigirse la restitución aun antes del tiempo estipulado, en tres casos: (...) 2° Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa.”;
- Artículo 1559, 1ª regla, en el mutuo: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1ª: Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en caso contrario;” (dicho de otro modo: si los intereses convencionales son inferiores al interés legal, se debe éste último, lo que supone una norma protectora de los derechos del acreedor);
- Artículo 2396, inciso 2°, en la prenda, derecho del constituyente para solicitar que se sustituya la cosa pignorada: “El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia. / Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por otra sin perjuicio del acreedor, será oído”;
- Artículo 1826, inciso 4°, en la compraventa, que establece un derecho legal de retención a favor del vendedor, si después de celebrado el contrato hubiere disminuido la fortuna del comprador, en forma que el vendedor se halle expuesto a perder el precio, caso en el cual no estará el vendedor obligado a entregar la cosa, aunque se hubiere estipulado pagar el precio a plazo, sino cuando el comprador efectivamente se lo pague o asegure su pago suficientemente: se trata de una aplicación del art. 1496;
- En el artículo 10 de la Ley número 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, al facultar al deudor, en ciertos casos, para pagar anticipadamente lo que debe, aún contra la voluntad del acreedor.
- También se infringe por el legislador el principio en estudio, cuando ordena la mantención de una relación contractual que había expirado: caso más claro en las prórrogas automáticas de los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos expirados, y que subsisten durante los plazos de restitución indicados por la ley, como en el caso del art. 4, inciso 1° de la Ley N° 18.101: “En los contratos de plazo fijo que no excedan de un año, el arrendador sólo podrá solicitar judicialmente la restitución del inmueble, y en tal evento, el

²⁴⁶ Vodanovic H., Antonio, “*Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Tomo I*”, Santiago de Chile, Ediar Conosur Ltda., 1990, quinta edición, p. 216.

arrendatario tendrá derecho a un plazo de 2 meses, contado desde la notificación de la demanda”.

- A contrario sensu, en ocasiones el legislador faculta a una de las partes a poner término anticipado al contrato, sin que con ello esté obligada a pagar el resto de su prestación, como ocurre en el caso del artículo 5° de la Ley número 18.101, que se refiere a los contratos de arrendamiento de predios urbanos pactados a plazo fijo superior a un año, cuando el inmueble se destina a la habitación. En este caso, si se prohibió al arrendatario subarrendar, éste podrá poner término anticipado al contrato sin la obligación de pagar la renta por el período que falte. También constituye esta norma una vulneración al principio de la fuerza obligatoria del contrato.

3° Al dictarse leyes especiales que modifican contratos en curso. Se trata de leyes que se dictan con efecto retroactivo y que vulneran no sólo la fuerza obligatoria, sino que también los derechos adquiridos por la vía contractual. En principio, el legislador carece de atribuciones para modificar los derechos y obligaciones emanados de contratos ya celebrados (art. 19 N° 24 de la Constitución Política), pues se consagra el derecho de dominio sobre derechos personales. Hay derechos sobre derechos. Un derecho real de propiedad resguarda los derechos personales emanados de un contrato.²⁴⁷

Por otro lado, debemos tener presente el art. 22, inciso 1°, de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que dispone: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.” Por lo tanto, las leyes que se refieran a determinados contratos únicamente empecen a aquellos que se celebren después que las leyes entren en vigor. Se ha intentado rebatir lo anterior, señalando que el art. 22 citado, al igual que el art. 9, inciso 1°, del Código Civil (“La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.”), carecen de rango constitucional y que, por lo tanto, la ley especial que se dicte sobre ciertos contratos podría ser retroactiva, ya que una ley puede modificarse por otra ley.

Se insiste sin embargo, que la atribución del legislador para otorgar efecto retroactivo a una ley no llega tan lejos como para permitirle alterar el derecho de propiedad.²⁴⁸

c.2) Frente al juez.

También el juez está subordinado a la fuerza obligatoria de los contratos. Los tribunales no podrían modificar los contratos, aún a pretexto del cambio de las circunstancias existentes al momento de la celebración de la convención.²⁴⁹

Refiriéndose a la admisión de la revisión judicial de los contratos en curso como una institución permanente, el jurista alemán Karl Larenz señala, pronunciándose negativamente: “El que concluye un contrato asume un riesgo...de este riesgo contractual, que pudiéramos llamar normal, no puede dispensarse a nadie sino a costa de la desaparición de toda seguridad contractual. No puede concederse a uno de los contratantes el desistimiento del contrato en el caso de que el contrato haya resultado inconveniente, o incluso ruinoso para él desde un punto de vista económico. En ningún caso puede depender

²⁴⁷ Recuérdese que sobre los derechos personales podemos tener dominio, más no posesión (y por ello, los derechos personales no pueden adquirirse por prescripción).

²⁴⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 278 a 286.

²⁴⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., p. 293.

la subsistencia jurídica del contrato de que el obligado se encuentre económicamente en situación de cumplirlo. Este es, evidentemente, el principio fundamental de nuestro Derecho de Obligaciones. Así como para el hombre no hay libertad sin riesgo, tampoco hay libertad contractual sin riesgo contractual. El amparo judicial para la revisión de contratos debe quedar limitado a los casos en que la ley lo ha admitido expresamente; pero no debe pasar a ser parte integrante y permanente de nuestro ordenamiento jurídico”.²⁵⁰

La jurisprudencia chilena reiteradamente ha establecido la intangibilidad de los contratos en curso, desconociendo a los jueces la posibilidad de que los revisen o modifiquen. El fundamento de la jurisprudencia es el art. 1545.²⁵¹

Con todo, en el último tiempo algunos fallos arbitrales han admitido la posibilidad de revisar los contratos, fundándose en el art. 1546, según lo expusimos al tratar de la teoría de la imprevisión.

5.-) El principio del efecto relativo de los contratos.

a) Concepto.

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*.^{252 253}

Este principio es otra consecuencia lógica y necesaria del dogma de la autonomía de la voluntad. Si se predica de la voluntad el poder de ser la fuente y la medida de los derechos y obligaciones contractuales, eso sólo puede concretarse a condición que haya voluntad; por ende, quienes nada dicen, no pueden verse afectados por contratos ajenos.²⁵⁴

La *lex privata* del contrato no legitima ninguna invasión en la esfera patrimonial de otros, ya que la autonomía no puede convertirse en heteronomía.²⁵⁵

Sin embargo, la tesis tradicional sobre el efecto relativo de los contratos ha declinado, desde dos vías diversas:

- Se comprueba, por una parte, el surgimiento de casos en que un contrato crea derechos y obligaciones para un *penitus extranei* o tercero absoluto;
- Comienza a decantarse en la actualidad el llamado efecto expansivo o efecto absoluto de los contratos, conforme al cual, indirectamente, los contratos pueden beneficiar o perjudicar a muchas personas que no revisten el carácter de partes.²⁵⁶

b) Sujetos concernidos por el principio del efecto relativo de los contratos.

b.1) Situación de las partes.

²⁵⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 293 y 294.

²⁵¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., pp. 294 y 295.

²⁵² López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 337.

²⁵³ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 182.

²⁵⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 338.

²⁵⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 338.

²⁵⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 339.

Son partes en un contrato, aquellos que concurren a su celebración, personalmente o representados (legal o convencionalmente).

Como lo señala la ley, una parte puede estar conformada por una o más personas, que articulan un solo centro de interés (artículo 1438 del Código Civil).

Generalmente, se llama autor a la persona que genera, al manifestar su voluntad, un acto jurídico unilateral, mientras que se reserva la expresión “parte”, a los que concurren para que se perfeccione un acto jurídico bilateral.

Precisando aún más los conceptos, se habla de partes o de autor para referirse a **quienes generan con su voluntad el acto jurídico**, siendo este el elemento decisivo para que tal hecho acontezca. Distinta es la situación de aquellos que si bien también concurren a la ejecución o celebración del acto jurídico, al otorgamiento del mismo, lo hacen cumpliendo otras finalidades, especialmente relativas a las solemnidades o las formalidades: tal ocurre, por ejemplo, con el Notario, los testigos, o en el caso de la mujer que autoriza a su marido para enajenar un inmueble, cuando están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, etc., los que obviamente no son “autores” ni “partes”.

Pero también son partes, por regla general, y desde el instante del fallecimiento de uno de los contratantes, sus herederos o causahabientes a título universal (representan a los contratantes, según dice el art. 1097, para sucederles en todos sus derechos y obligaciones transmisibles). Los herederos se asimilan a las partes ocupando, a la muerte de éstas, la misma situación jurídica que el causante. Como dicen Colin y Capitant, “Los causahabientes a título universal suceden en los derechos y obligaciones del difunto. Por consiguiente, los contratos celebrados por éste continúan produciendo sus efectos respecto de dichas personas, como los producirían respecto del difunto. En otros términos, la muerte del contratante no modifica los efectos jurídicos del contrato. El artículo 1122²⁵⁷ expresa esta regla en los siguientes términos: ‘Se entiende que se ha estipulado para sí y para sus herederos’, fórmula incompleta, pues sólo se refiere a los efectos activos del contrato, es decir a los derechos que origina. Ahora bien, es evidente que hay que decir otro tanto de las obligaciones que de él nacen. Habría que sustituir la palabra estipulado por la palabra contratado.”²⁵⁸

Por excepción, las obligaciones contractuales no se transmiten a los herederos:

- Caso de los contratos “intuitu personae”, que se extinguen con la muerte de las partes, como ocurre, por ejemplo, en el matrimonio, o en el mandato o en el comodato (al fallecer el comodatario); como ha destacado la doctrina, a veces el contrato es “intuitu personae” para todas las partes contratantes, y en otras sólo para una de las partes. Tratándose de la sociedad de personas, los asociados se han unido atendiendo a la confianza recíproca. Lo mismo ocurre en el mandato. Por lo tanto, ambos contratos terminarán, por regla general, por la muerte de cualquiera de las partes (es decir, cualquiera de los socios, o del mandatario o del mandante). Tratándose del contrato de matrimonio, el contrato expirará de inmediato, con la muerte de uno de los cónyuges. Otras veces, el carácter intuitu personae sólo se encuentra en uno de los contratantes: tal ocurre, por ejemplo, en el comodato (la muerte del comodante no pondrá término al contrato); o en el contrato de trabajo (la muerte del empleador no afectará la subsistencia del contrato); o en un contrato de arrendamiento, bajo la forma de confección de obra material o de prestación de

²⁵⁷ Obviamente, se refieren al Código Civil francés.

²⁵⁸ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 709 y 710.

servicios (la muerte de quien encarga la obra o solicita el servicio, no extingue el contrato); o en el caso del contrato de mediería o aparcería (la muerte del cedente no será causal de término anticipado del contrato).²⁵⁹

- Caso de los contratos en que se hubiera estipulado expresamente su terminación por el fallecimiento de uno de los contratantes; en relación a este caso, se ha discutido, como destacan Colin y Capitant, si un contratante puede hacer nacer los efectos del contrato no en su persona, sino directamente en la persona de sus herederos, y convertirlos de este modo en acreedores o deudores sin llegar a serlo él mismo. Sin perjuicio de la estipulación a favor de un tercero, a la que aludiremos más adelante, en caso de pluralidad de herederos la cuestión puede complicarse, pues colisionaría con el principio relativo a la prohibición de los pactos sobre herencia futura. En efecto, “Resulta aquí de este principio que un contratante no tendrá derecho, en un contrato celebrado con un tercero, de aplazar hasta después de su muerte los efectos de este contrato, si de él se desprende una disposición relativa a la división de sus bienes actuales entre sus herederos; no podrá decir, por ejemplo, que el precio de un inmueble vendido por él sea pagado a uno sólo de sus herederos. Sin duda, una persona tiene el derecho, con tal de que no perjudique la legítima de sus herederos forzosos, de disponer de sus bienes como le parezca, de modo que mejore a tal heredero en perjuicio de tal otro; pero sólo puede hacerlo por medio de una donación entre vivos o en su testamento.”²⁶⁰
- Caso de los herederos que aceptan la herencia con beneficio de inventario, en cuanto a las obligaciones contractuales del causante que no alcanzan a ser satisfechas con el valor de los bienes heredados;
- Caso de las obligaciones contractuales que por disposición de la ley, no pasan a los herederos (por ejemplo, renta vitalicia).²⁶¹

b.2) Situación de los terceros.

Siguiendo a Giovene, se dice que el concepto de tercero es negativo, dado por antítesis al de parte.²⁶² En general, se entiende por tercero toda persona, que no ha participado ni ha sido válidamente representada en la generación del acto. Se trata de todos aquellos que aún habiendo participado físicamente en el acto jurídico, sus voluntades no han sido determinantes para la generación del mismo.

Respecto de los terceros, debemos distinguir: entre los **terceros absolutos** y los **terceros relativos**.

* **Terceros absolutos** o *penitus extranei*²⁶³: son aquellos que fuera de no participar en el contrato ni personalmente ni representados, no están ligados jurídicamente con las partes por vínculo alguno.²⁶⁴

* **Terceros relativos**: también llamados “interesados”, son aquéllos que si bien no han generado con sus voluntades el acto jurídico, están o estarán en relaciones jurídicas con las

²⁵⁹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 710.

²⁶⁰ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 711.

²⁶¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 340 y 341.

²⁶² Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 183.

²⁶³ “Extraños a la pena”, completamente extraños o ajenos a un contrato y sus efectos.

²⁶⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 341.

partes, sea por su propia voluntad o por disposición de la ley. Dice Giovene que la idea jurídica de terceros relativos presupone, por una parte, un acto al cual el tercero es extraño, y por otra parte, un nuevo acto o hecho jurídico en general, en el que esta persona es parte con relación a uno de los sujetos del primer acto y en virtud del cual, llega, necesariamente, a encontrarse en relación con el otro sujeto que intervino en el primer acto, a consecuencia del contenido de las dos estipulaciones.

A su vez, entre los terceros relativos o interesados distinguimos dos categorías: los causahabientes a título singular y, a juicio de una parte de la doctrina, los acreedores comunes del deudor, cuando éste es una de las partes del contrato.

1. Situación de los causahabientes a título singular: reciben este nombre quienes suceden a una persona por acto entre vivos o por causa de muerte, en un bien determinado y no en la totalidad de su patrimonio ni en una cuota del mismo. Son causahabientes a título singular por acto entre vivos, por ejemplo, el comprador, el donatario, el mutuario. Lo son *mortis causa*, los legatarios. Como dicen Colin y Capitant, “El causahabiente a título particular sucede a su autor en lo que respecta al derecho transmitido; en otros términos, este derecho continúa sometido a todas las modalidades con que estaba gravado en el momento en que fue enajenado.”²⁶⁵

¿Qué ocurre con el principio del efecto relativo de los contratos respecto a estas personas? ¿Afectan a los causahabientes a título singular los contratos celebrados por el causante o autor con otros sujetos? El problema, por cierto, se circunscribe exclusivamente a los contratos celebrados por el causante sobre la cosa o derecho que específicamente se transfiere o transmite al causahabiente singular, ANTES que éste pase a ocupar el lugar jurídico de su autor. Según la mayoría de la doctrina, especialmente extranjera, la respuesta es afirmativa, debiendo tenerse a los causahabientes singulares como partes en tales actos.²⁶⁶ Pero los ejemplos de la doctrina, casi siempre dicen relación con la constitución de DERECHOS REALES limitativos del dominio, por lo que la respuesta afirmativa es una consecuencia del derecho de persecución o efecto *erga omnes* propio de los derechos reales. Así ocurre cuando el causante, antes de transferir un inmueble, lo había hipotecado o gravado con servidumbres, censo o usufructo (artículos 2428, inciso 1º; 825; 2033; 792, todos del Código Civil).²⁶⁷

La cuestión en análisis se torna problemática, cuando el causante había limitado sus poderes sobre la cosa en el ámbito estrictamente de las OBLIGACIONES Y DERECHOS PERSONALES y no en el de los derechos reales desmembrados del dominio. Por ejemplo, si el causante se había obligado a no enajenar un bien ¿es oponible tal cláusula al causahabiente singular o adquirente? A través de la doctrina de las obligaciones ambulatorias o *propter rem*, se responde afirmativamente: son obligaciones ambulatorias aquellas cuyo sujeto pasivo es variable, de tal modo que el rol del deudor lo asume quien se encuentre en la posición jurídica del dueño de la cosa. Estas obligaciones se traspasan al causahabiente singular junto con la transmisión del derecho de dominio sobre la cosa. Ejemplo por acto entre vivos: obligación de pagar las expensas comunes, en el ámbito de la Copropiedad Inmobiliaria. Esta obligación, que comprende los gastos de conservación y mantención del inmueble y los gastos de administración del edificio, tiene carácter

²⁶⁵ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 712. Se trata entonces de una manifestación de la regla *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

²⁶⁶ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 712 y 713.

²⁶⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 341 y 342.

ambulatorio, pues va aparejada a la calidad de actual dueño de cada unidad o departamento, extendiéndose incluso a las expensas devengadas por los precedentes dueños. En materia de obligaciones tributarias del causante, ellas pueden exigirse al comprador, cesionario o adquirente de la industria, negocio o bien determinado. Incluso puede ocurrir que el contrato completo que había celebrado el antecesor, se traspasa por mandato de la ley al causahabiente singular: en los tres casos del art. 1962, obligación de respetar el contrato de arrendamiento.²⁶⁸

Vemos que los casos anteriores están previstos por la ley. ¿Qué ocurre en las hipótesis no previstas por el legislador? Aunque el asunto es discutible, a falta de norma expresa pareciera que las obligaciones contraídas por el causante no empecen al causahabiente singular. Este, en virtud del efecto relativo de los contratos, podría sostener que la obligación convenida en relación con el bien en que sucede, le es inoponible. Por su parte, a quien contrató con el causante, sólo le quedaría la posibilidad de demandarlo por incumplimiento de la obligación, pero no podría exigir el pago al causahabiente singular.²⁶⁹ Así, por ejemplo, si el anterior propietario había prometido vender un inmueble, pero después lo enajena a una persona distinta del promitente comprador, el adquirente no estará obligado a respetar un contrato de promesa en el cual él no fue parte.²⁷⁰

2. Los acreedores de las partes: ajenos a la relación jurídica, están por su parte los acreedores que no disponen de preferencias, vale decir los acreedores valistas o quirografarios. Se sostenía por una parte de la doctrina que tales acreedores se equiparaban a las partes, que tomaban el lugar de su deudor en los contratos celebrados por éste, pues dichos contratos repercuten en el derecho de prenda general de los acreedores (art. 2465), para beneficiarlos o perjudicarlos, según incrementen o disminuyan el patrimonio del deudor.²⁷¹ ²⁷²Hoy, la doctrina mayoritaria enfatiza que los acreedores son TERCEROS ABSOLUTOS en los contratos que su deudor celebre con otras personas, pues estos contratos directamente no generan derechos y obligaciones para los acreedores valistas.²⁷³ Lo anterior, sin perjuicio de que indirectamente, los acreedores sean alcanzados por el efecto expansivo o absoluto de los contratos. Asimismo, los acreedores podrán impugnar los contratos celebrados por el deudor en perjuicio de los primeros, fundamentalmente por medio de la acción de simulación y de la acción revocatoria o pauliana.²⁷⁴

²⁶⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 342 y 343.

²⁶⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 343 y 344.

²⁷⁰ Excepcionalmente, el inciso 2° del art. 169 del Código de Minería, impone la obligación al adquirente, de respetar un contrato de promesa de venta celebrado por su antecesor en el dominio, si dicho contrato se hubiere celebrado por escritura pública e inscrito: “Otogrado el contrato por escritura pública, inscrita en el Registro de Hipotecas y Gravámenes o en el Registro de Accionistas, según proceda, estará obligado a celebrar la compraventa, en los mismos términos en que lo habría estado el promitente vendedor, todo aquél a quien se transfiera la cosa, a cualquier título”.

²⁷¹ En cambio, como subraya Messineo, en lo relativo a los acreedores con prelación la cuestión sería ociosa, puesto que ellos tienen un derecho inmediato sobre los bienes del deudor y el contrato concluido por el constituyente de la prenda o de la hipoteca no perjudica, hasta la extensión de la garantía, el derecho del acreedor: Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 184.

²⁷² Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp.711 y 712.

²⁷³ Dice al respecto Messineo: “...el acreedor quirografario está, sí, interesado en que se mantenga íntegra la consistencia del patrimonio del deudor, pero no tiene sobre éste un derecho de naturaleza absoluta; ni, por otra parte, cuando se habla de efectos del contrato respecto de terceros se quiere hacer referencia al hecho de que el tercero pueda estar expuesto a sufrir directamente sus efectos pasivos o activos: en otros términos, que el tercero pueda suceder en tales efectos.”: Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 184.

²⁷⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 345 y 346.

b.3) El contrato en perjuicio de terceros y el contrato sobre el patrimonio del tercero.²⁷⁵

Se entiende por **contrato en perjuicio de terceros** aquel que, de reflejo, produce perjuicio a los terceros, aunque no haya sido destinado a tal fin; tales son, por ejemplo, los pactos que prohíben a los productores hacerse competencia el uno al otro y que se resuelven en daño a los consumidores, al impedir la rebaja del precio de los productos o servicios; o el contrato con un tercero a pesar de la existencia de una cláusula de exclusividad que prohíba a uno de los contratantes tal estipulación; o el compromiso de un empresario de no tomar el personal despedido por otro, etc. La sustancia del contrato en perjuicio de terceros consistiría en una incompatibilidad entre los efectos del contrato y los efectos que éste produce sobre los derechos del tercero, con perjuicio para éste. Para que exista contrato en perjuicio de terceros, es preciso que se pueda establecer un nexo causal entre el contrato y la consecuencia dañosa sufrida por el tercero, la que puede ser inmediata o mediata, según los casos. Cabe indicar que cuando existan remedios que tutelan más inmediatamente al tercero, como por ejemplo la acción pauliana o la acción de simulación, no cabe aludir a la categoría de contrato en perjuicio de tercero. En cambio, de no existir tales remedios, bien se podría estimar que el tercero afectado, podría pedir el resarcimiento del daño sufrido, en sede de responsabilidad extracontractual.²⁷⁶

La figura que la doctrina europea identifica directamente con **el contrato sobre el patrimonio del tercero**, corresponde a la hipótesis de venta, permuta, prenda, comodato, arrendamiento, etc., de cosa ajena. En este caso, no se trata propiamente de un contrato que perjudica al tercero, sino de un contrato que presupone la calidad de ajeno del objeto sobre el que recae, respecto del sujeto que dispone de él. En otras palabras, el contrato sobre el patrimonio del tercero se vincula al concepto de falta de poder de disposición, de modo que falta la identidad entre el sujeto del contrato (por ejemplo, quien vende) y el sujeto sobre el que deben verificarse los efectos del mismo (por ejemplo, el dueño de la cosa). En rigor, dice Messineo, el contrato sobre el patrimonio del tercero (que también llama contrato sobre cosa ajena), no perjudica nunca al tercero, por cuanto, si se trata por ejemplo de una venta de cosa ajena, el acto en el cual no interviene el dueño no afecta su propiedad.²⁷⁷ Con todo, no es menos cierto que al operar la prescripción adquisitiva, dicho contrato, a la postre, si perjudicará al tercero. También debiéramos incluir en esta hipótesis de contrato sobre el patrimonio del tercero, el caso del heredero aparente que enajena bienes hereditarios y el caso del poseedor aparente de un crédito a quien el deudor paga de buena fe. En ambos casos, el verdadero heredero o el verdadero acreedor podrán verse afectados: el primero, porque el adquirente de buena fe de los bienes hereditarios, estará en condiciones de alegar posesión regular y por ende prescripción adquisitiva ordinaria²⁷⁸; el

²⁷⁵ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 186 y 187.

²⁷⁶ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 186 y 187.

²⁷⁷ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 187 y 188.

²⁷⁸ Dispone el artículo 976 del Código Civil que “La acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe”. La buena fe del tercero consistirá en ignorar la existencia de la causal de indignidad que afectaba a quien le enajenó el bien. Se trata de un tercero que adquiere la cosa de manos del indigno. Nótese que el artículo 976 protege a todo tercero, sin importar que haya adquirido la cosa a título gratuito o a título oneroso. La norma, por ende, es más amplia que la del artículo 2301, a propósito del pago de lo no debido, que sólo

segundo, atendido lo dispuesto en el artículo 1578 del Código Civil, que protege a quien de buena fe hizo el pago.²⁷⁹ También podríamos incluir aquí el caso del heredero presuntivo, que, de buena fe, enajena bienes del que fue declarado muerto presunto, y después, reaparece. No podrá éste impugnar los actos de enajenación, en el caso descrito (artículo 94 del Código Civil).

De lo expuesto en este literal, puede afirmarse que el contrato en perjuicio de terceros será usualmente ilícito, mientras que el contrato sobre el patrimonio de un tercero será lícito, pero inoponible al propietario de la cosa a que éste se refiere.

b.4) Excepciones al efecto relativo de los contratos.

Estamos ante excepciones al principio citado, cuando un contrato crea un derecho o impone una obligación a un tercero absoluto. Tal es el caso de los CONTRATOS COLECTIVOS, y también tratándose de los convenios de reorganización o de renegociación en el marco de la Ley N° 20.720, y de los acuerdos de mayoría adoptados por las asambleas de copropietarios de edificios, o en general, en cualquiera comunidad. En estas hipótesis surgen derechos y obligaciones para quienes no concurren a celebrar la convención colectiva o incluso para quienes votan en contra.²⁸⁰

Se han planteado también como excepciones la estipulación en favor de un tercero y la promesa de hecho ajeno. Veremos que la primera es una verdadera excepción y la segunda sólo una excepción aparente.

b.4.1) La estipulación por otro o contrato en favor de un tercero.^{281 282}

* **Concepto:** en la medida que se admita la doctrina de la creación directa del derecho, a la que aludiremos más adelante, la estipulación en favor de un tercero es otra importante excepción al principio en análisis, pues se originan efectos en beneficio de un tercero.²⁸³

El contrato en favor de un tercero ha tenido distinta acogida a lo largo de la historia.

En el Derecho Romano clásico, la figura fue repudiada. No se podía estipular por otro (*Alteri stipulari nemo potest*). El vínculo jurídico era personalísimo; ni siquiera se admitía la representación. Las fórmulas rígidas de la *Stipulatio* sólo vinculaban a quienes las pronunciaban. Esta regla, como destacan Colin y Capitant, era muy incómoda, pues impedía operaciones jurídicas que en un cierto grado de civilización se hacen necesarias, como por ejemplo permitir al vendedor convenir que el precio fuere pagado a un tercero, su acreedor o simplemente su amigo al que hubiera querido pagar o gratificar.²⁸⁴ Sin embargo,

ampara al tercero que hubiese adquirido la cosa a título oneroso y de buena fe. Contra él, por tanto, los herederos carecen de acción reivindicatoria.

²⁷⁹ Colin y Capitant incluyen estos dos casos dentro de las excepciones al efecto relativo del contrato: Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 720 y 721. Concluyen que “Estas dos derogaciones al principio (del efecto relativo de los contratos) se explican por la misma razón. El heredero y el acreedor verdadero han incurrido en culpa por haber dejado crearse una situación que sería perjudicial para los terceros si los actos celebrados por el que está en posesión de la herencia o el crédito pudiesen ser anulados. Sufren la pena de su negligencia perdiendo la facultad de impugnar los actos en cuestión.”

²⁸⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 346.

²⁸¹ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 188 a 201.

²⁸² Cfr. Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 719 a 746.

²⁸³ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 347.

²⁸⁴ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 724.

con el correr del tiempo el Derecho Romano mitigó su postura inicial admitiendo, por ejemplo, la figura de las donaciones modales, en la que donante y donatario convienen que el segundo realizará una prestación o cumplirá una carga u obligación en beneficio del tercero o asignatario modal (recordemos que en este caso, el contrato de donación adquiere el carácter de bilateral).²⁸⁵ En el Derecho Romano, inicialmente se le otorga acción al estipulante pero no al tercero beneficiario. En el Bajo Imperio, se confiere a éste acción, primero en la hipótesis citada de *donación sub modo*. Más adelante, con Justiniano, se aplicó la misma solución a las hipótesis de constitución de dote, depósito y comodato, acompañados de una cláusula que ordenaba restituir a un tercero los bienes donados, depositados o prestados.²⁸⁶

En el extremo opuesto, el derecho germánico admitía la estipulación por otro. En nuestros días, el CC. alemán establece: “por contrato puede estipularse una prestación en favor de tercero, de manera que este último adquiera inmediatamente el derecho de exigir la prestación”. El Código Civil español también admite la figura, aunque a diferencia del CC alemán, impone el requisito de la aceptación para que el tercero pueda exigir el cumplimiento de la estipulación hecha a su favor. Aún más, para el código español, la figura es inicialmente nula, pero susceptible de sanearse tal invalidez con la ratificación. Se trata por ende de una nulidad relativa. Dispone el artículo 1259 del Código hispano: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por ésta autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. / El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.” Esta aceptación es intrascendente en Alemania.²⁸⁷

El derecho civil francés, se sitúa en una posición intermedia. Restrictiva en los textos legales, la jurisprudencia sin embargo ha consagrado amplia validez a la figura.²⁸⁸ Efectivamente, el Código francés consigna en su artículo 1119: “Sólo se puede, en general, estipular para sí mismo.” Se trata de la vieja prohibición del Derecho Romano. Sin embargo, agrega el artículo 1121: “se puede estipular en beneficio de un tercero cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo, o de una donación que se hace a otro.” De esta forma, en el Derecho francés, la estipulación es válida en dos casos: i) Cuando tal es la condición de una donación que se hace a otro, esto es, la clásica hipótesis de la donación sub modo; y ii) Cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo: es la hipótesis de la estipulación por otro propiamente dicha. Como subrayan Colin y Capitant, los alcances dados a esta segunda figura, han sido restringidos: “Los autores interpretan ordinariamente esta segunda fórmula de una manera estrecha y la limitan al caso en que el estipulante ha estipulado al mismo tiempo para él y para otro: por ejemplo, el vendedor estipula que el comprador le pagará parte del precio a él y parte a un tercero, y también que pagará la totalidad del precio a uno de sus acreedores, al que pagará de este modo. Es evidente que en ambas hipótesis el vendedor estipula para sí, ya en parte ya en la totalidad.” Semejante interpretación restringida, agregaban los autores citados, es inadmisibles, debiendo ampliarse, señalando que la expresión “estipulación para sí mismo” empleada en el artículo 1121, puede ser entendida como sinónima de “contrato que interesa

²⁸⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 347 y 348.

²⁸⁶ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 725.

²⁸⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 348.

²⁸⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 348.

al estipulante.” Por consiguiente, concluyen Colin y Capitant, “la estipulación hecha en beneficio de otro, es válida y obligatoria siempre que el contrato **ofrezca interés para el estipulante**. Tal es el sentido amplio, el único práctico, el único aceptable, que la jurisprudencia atribuye a la segunda de las soluciones consagradas por el artículo 1121.”²⁸⁹

Nuestro Código Civil, consagra en términos amplios la figura. La institución se recoge en el art. 1449 de nuestro CC., que dispone: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho a representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. / Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.”

Nótese que nuestro Código no exige que la estipulación ofrezca interés pecuniario para el estipulante. De ahí que pueda afirmarse que la solución chilena es más amplia que la francesa, aunque es verdad, como dicen Colin y Capitant, que en realidad el estipulante **siempre** tiene interés en el cumplimiento de la estipulación, interés de dinero o de afección. No se realiza nunca un acto jurídico sin razón, sin interés.²⁹⁰

El jurista italiano Giovanni Pacchioni define la figura en los siguientes términos: “Es contrato en favor de tercero, en sentido técnico, solamente aquel que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección; y que no obstante, logra efectivamente el atribuir a esa tercera persona un derecho propiamente suyo; derecho que puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por éste en lugar de aquel.”²⁹¹ Colin y Capitant, por su parte, señalan que “Hay estipulación por otro cuando, en un contrato, uno de los contratantes estipula con el otro que éste último dará o hará alguna cosa en provecho de un tercero extraño al contrato y que no está representado en él”.²⁹² Los mismos autores, definen también la figura como “un contrato entre el estipulante y el promitente, en el que el estipulante impone al promitente el deber de obligarse a una prestación para con un tercero beneficiario.”²⁹³

Subrayan Colin y Capitant, como primera e inmediata observación, que no hay que confundir la estipulación por otro con el mandato. El que obra a nombre de otro como mandatario es un representante, y los efectos del contrato se producen directamente en el representado, como si éste último hubiese sido parte en el contrato (ficticiamente, en realidad **es parte** del contrato); en la estipulación por otro, por el contrario, el estipulante contrata **en su nombre**, pero el efecto de su contrato se produce en beneficio de otro.²⁹⁴

Hay numerosos casos prácticos de contratos en favor de terceros absolutos: el seguro de vida, en que se pacta que al fallecimiento del asegurado se paga una indemnización al tercero que se designa; el contrato de transporte de mercaderías celebrado entre el expedidor y el porteador que obliga al último a entregar la cosa en el lugar de destino al tercero destinatario o consignatario; el contrato de donación con carga en favor

²⁸⁹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 727.

²⁹⁰ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 741.

²⁹¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 349.

²⁹² Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 723.

²⁹³ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 736 y 737.

²⁹⁴ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 723.

de un tercero; o cuando con cargo a su cuenta corriente, una persona solicita a un Banco la emisión de un vale vista a nombre de un tercero, etc.²⁹⁵

*** Carácter abstracto o incausado de la estipulación en favor de un tercero.**

En la estipulación en favor de un tercero, el promitente se obliga frente al beneficiario por la contraprestación del estipulante en su favor. Tal es la causa de su obligación. Por ejemplo, una compañía de seguros (prometiente) se obliga a pagar una suma de dinero a cierta persona (beneficiario), en el evento que fallezca el asegurado (estipulante). La causa de la obligación del promitente, se encuentra en el pago que el estipulante efectuó de las primas pactadas. Pero también podría ocurrir que el promitente se obligue gratuitamente, caso en el cual la causa de su obligación será la mera liberalidad. Dicho en otros términos: la causa sólo se presenta entre el estipulante y el promitente o entre el estipulante y el tercero beneficiario, pero no respecto del vínculo que nace entre el promitente y el tercero beneficiario. Como señala Messineo, puede darse que el estipulante se sirva del promitente para cumplir por medio de este último un pre-existente deber patrimonial suyo hacia el tercero (causa solvendi), aunque la mayoría de las veces el estipulante se propone únicamente beneficiar al tercero (causa donandi). De esta forma, el estipulante se sirve de la actividad del promitente en lugar de efectuar él mismo la prestación.²⁹⁶

*** Naturaleza jurídica de la estipulación en favor de un tercero:** cuatro son las principales doctrinas que se han formulado para explicarla. Para entenderlas cabalmente, precisemos que en esta figura intervienen tres personas: el estipulante, el prometiente y el tercero beneficiario. En el contrato de seguro de vida, por ejemplo, el asegurado es el estipulante, el asegurador es el prometiente y el tercero beneficiario es la persona a quien debe pagarse la indemnización convenida.

Teorías propuestas:

1º Teoría de la oferta: se descompone la estipulación en favor de un tercero en dos convenciones. Por un primer contrato, el prometiente se obliga frente al estipulante, quien se transforma en acreedor de la estipulación. Posteriormente, el estipulante ofrece su crédito contra el prometiente al tercero beneficiario. La aceptación de este último forma una segunda convención. El crédito pasa así del patrimonio del estipulante al patrimonio del tercero, pero únicamente después que éste acepta. A partir de este momento, el prometiente tampoco podrá echar pie atrás.

Se han señalado sin embargo diversos inconvenientes de esta teoría:

+ Al ingresar el crédito inicialmente al patrimonio del estipulante, pasando a formar parte del derecho de prenda general de sus acreedores, éstos podrán embargar el crédito, imposibilitando así el traspaso al tercero beneficiario. A su vez, los herederos del estipulante podrían considerar el derecho o crédito como parte del patrimonio hereditario, y negarse por ende a transferirlo al tercero beneficiario; o si el derecho se traspasó en vida,

²⁹⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 350; Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, tomo I, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 145.

²⁹⁶ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 190.

frente a dicha cesión a título gratuito que hizo el estipulante al tercero, podrían intentar su invalidación, mediante la acción de inoficiosa donación (arts. 1425 y 1187).²⁹⁷

+ En general, mientras el tercero no acepte la oferta que le hace el estipulante, esta estará sujeta a todas las contingencias que pueden afectar una propuesta. Ahora bien, puesto que la oferta caduca por la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, si en el intertanto el tercero no la había aceptado, no será posible consolidar la operación. Así las cosas, no podría concebirse el contrato de seguro de vida, que obviamente siempre opera en favor de un tercero, pues éste, usualmente, sólo conoce la estipulación después de la muerte del estipulante.^{298 299}

2º Teoría de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos: el estipulante actúa como gestor de los negocios del tercero, como su agente oficioso (art. 2286), al obtener el compromiso del prometiente. Por la aceptación del tercero interesado, la operación cuasicontractual se transforma, retroactivamente, en un contrato de mandato (*ratihabito mandato aequiparatur*), entendiéndose que el estipulante actuó a nombre y en representación del tercero. Este último es en realidad “parte” y no “tercero”. Por consiguiente, el tercero beneficiario se reputa que ha contratado para sí mismo con el deudor, lo que explica que su derecho se considere nacido el día de la estipulación.³⁰⁰

En relación a la primera teoría, la de la agencia oficiosa tiene dos ventajas:

+ En primer lugar, la operación no tiene ya el carácter precario que se critica a la teoría de la oferta; además, la gestión puede ser ratificada aún después de la muerte del gestor.

+ En segundo lugar, el derecho no permanece en el patrimonio del estipulante antes de la aceptación; no queda por ende expuesto a la acción de los acreedores o de los herederos.

Sin embargo, se precisa que esta teoría es FICTICIA, ya que en el hecho, el estipulante actúa a nombre propio y no como agente oficioso. En cambio, en la agencia oficiosa, el gestor es un mero intermediario y obra a nombre del interesado, aunque sin mandato.

Además, tres características esenciales de la agencia oficiosa no están presentes en la estipulación a favor de otro:

+ El interesado en la gestión debe cumplir las obligaciones contraídas por el agente si éste hubiere administrado bien el negocio (art. 2290); esto no ocurre en la estipulación por otro, en la que el tercero, aunque el negocio haya sido bien administrado, puede rechazar la estipulación.

+ El agente oficioso, después de iniciada la gestión, está obligado a proseguirla (art. 2289); en cambio, el estipulante puede revocar la estipulación de común acuerdo con el prometiente, mientras no acepte el tercero.

+ No media entre el estipulante y el tercero ninguna relación, el primero no puede reclamar cuentas al último ni a la inversa. Entre tanto, la gestión de negocios crea entre el gerente y el interesado un conjunto de relaciones jurídicas.^{301 302}

3º Teoría de la declaración unilateral de voluntad: habría en la estipulación por otro una expresión de la voluntad unilateral del deudor como fuente de las obligaciones. El prometiente adquiriría el rol de deudor del beneficiario por su exclusiva voluntad; en tal

²⁹⁷ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 735.

²⁹⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 351.

²⁹⁹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 734.

³⁰⁰ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 735.

³⁰¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 352.

³⁰² Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 735 y 736.

sentido, Louis Josserand, quien refiriéndose a los principales tipos de actos jurídicos de formación unilateral, incluye la estipulación por otro, señalando que en ella “el crédito del tercero nace de una promesa unilateral inserta en un contrato; nace y es adquirida por el tercero sin que éste haya unido su voluntad a la del promitente y aunque no haya tenido siquiera conocimiento del contrato celebrado entre el estipulante y dicho promitente.”³⁰³

Ante esta teoría, se tiene presente:

- i) Que es muy discutible que el Derecho Chileno acoja la promesa unilateral como fuente de las obligaciones. No se aludiría a ella en los artículos que consagran las fuentes de las obligaciones (578, y la trilogía compuesta por los 1437, 2284 y 2314).³⁰⁴ Sobre el particular, la jurisprudencia ha declarado en algunas ocasiones que la aceptación de una letra de cambio o la suscripción de un pagaré, constituirían casos de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Otro caso, a juicio de algunos, sería la promesa unilateral de contrato bilateral; o tratándose del caso señalado en el artículo 632 del Código Civil, al ofrecerse una recompensa a quien encuentre una especie perdida; o en el ámbito de la formación del consentimiento, el caso de la oferta que por sí sola obliga (artículo 99 del Código de Comercio).
- ii) Esta teoría desconoce el CONTRATO, señalado en el art. 1449, existente entre el estipulante y el prometiente.
- iii) Finalmente, no permite comprender por qué sería necesaria la concurrencia de la voluntad del estipulante junto con la voluntad del prometiente para revocar la estipulación antes de la aceptación del tercero, si para que naciera la obligación sólo se requería la voluntad del prometiente.³⁰⁵

4º Teoría de la adquisición directa del derecho: esta teoría considera la estipulación en favor de un tercero lisa y llanamente como una excepción al efecto relativo de los contratos. Por excepción al principio, el contrato crea directamente un derecho para el tercero. No se intenta asimilar esta figura a otras instituciones. Como señala la doctrina, más que explicar la naturaleza jurídica de la figura, esta teoría constata la existencia y eficacia de la estipulación en favor de un tercero.³⁰⁶ Con todo, al menos no se entraba su desarrollo aplicándose regímenes jurídicos propios de otras instituciones. El derecho se crea en favor del tercero desde el instante mismo en que se celebra el contrato entre estipulante y prometiente, aunque el tercero desconozca la estipulación. La declaración o aceptación del tercero beneficiario, sólo es un requisito para que dicho tercero pueda exigir la prestación, pero el derecho a su favor ya nació, independientemente de su voluntad. En otras palabras, la aceptación del tercero no es sino un presupuesto de la exigibilidad del derecho por el mismo tercero, pero no para su nacimiento. Con todo, si bien sobre este punto hoy día no hay mayor debate, Ramón Domínguez Águila previene que “restan por resolver doctrinaria y prácticamente algunas cuestiones importantes. Desde luego, la razón misma del por qué se crea el derecho (para el tercero) directamente con el contrato, pues decirlo es una mera afirmación y no una explicación. Mientras ello no se solucione lógicamente, queda en dudas el saber si vale la estipulación en favor de quien no ha nacido o no es aún persona

³⁰³ Josserand, Louis, ob. cit., p. 218.

³⁰⁴ Con todo, algunos sostienen que la declaración unilateral de voluntad sí estaría contemplada en el artículo 1437 del Código Civil, al expresar “Las obligaciones nacen (...) ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga...”.

³⁰⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 352 y 353.

³⁰⁶ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 736.

jurídica”.³⁰⁷ El problema de la estipulación en favor de personas indeterminadas o futuras ha sido tratado en la doctrina francesa. En cuanto a la **estipulación en provecho de personas indeterminadas**, Colin y Capitant formulan algunos distingos. Hay un primer caso, que estiman improcedente, cual es aquél en que la determinación de los beneficiarios dependa de una elección que deba hacer el promitente por sí mismo, como por ejemplo, la donación con carga de distribuir socorros a “los pobres”.³⁰⁸ Es evidente, dicen estos autores, que esta donación no origina un derecho. Se preguntan: ¿a quién correspondería este derecho? Y responden: como no hay determinación del tercero beneficiario por un procedimiento independiente de la voluntad del deudor, no hay aquí estipulación por otro eficaz. En cambio, será eficaz la estipulación, si fuere “en beneficio de los pobres de la Comuna o municipio”, pues en tal caso, el respectivo alcalde o Dirección Social de la municipalidad, podrá aceptar la estipulación. Lo mismo ocurrirá, si se estipula en beneficio de los herederos, como en el caso del seguro de vida. En cuanto a la **estipulación en provecho de personas futuras**, Colin y Capitant critican los fallos dictados en Francia, que restan validez a la estipulación en provecho de personas aún no nacidas, dado que chocaría contra un texto expreso, el del artículo 906 del Código francés, que reza: “Para ser capaz de adquirir entre vivos, basta estar concebido a la época de la donación; para serlo por testamento, basta estar concebido a la época de la muerte del testador; no tendrán sin embargo su efecto ni la donación, ni el testamento, si la criatura no naciese en estado de poder vivir.” Así, numerosas sentencias han declarado que carece de valor el seguro de vida tomado por un padre en beneficio de sus hijos nacidos **y por nacer**, cuando no todos los donatarios estaban concebidos. Algunos tribunales franceses han añadido la consideración de que los hijos no nacidos son **personas inciertas**. Esta conclusión jurisprudencial ha sido duramente criticada en la doctrina francesa, expresando Colin y Capitant: “No hace falta poner de relieve lo muy lamentable que es esta jurisprudencia, pues significaría un obstáculo a la voluntad previsor de los padres de familia. Además, se funda, según nuestra opinión, en argumentos muy débiles. Las personas designadas como beneficiarias del seguro no son completamente inciertas, pues existen en el contrato los elementos de su determinación. Y, en cuanto a la regla de que un donatario debe estar, por lo menos concebido en el momento de la donación, sólo se refiere al caso de la donación propiamente dicha, es decir, al caso del contrato celebrado directamente entre el donante y el donatario. Se la comprende entonces muy bien, pues, para que el contrato se forme hace falta el concurso de dos voluntades. Por el contrario, esta regla no tiene ya razón de ser en la estipulación por otro. Aquí el contrato se celebra entre el estipulante y el promitente; el hecho de que el tercero beneficiario no haya nacido todavía no impide en modo alguno el nacimiento de la obligación contraída por el promitente.”³⁰⁹

El Código Civil peruano recoge explícitamente esta teoría de la creación directa del derecho, en el Título X del Libro Séptimo, *Contrato a favor de tercero*, artículos 1457 a 1469. El artículo 1457 dispone: “Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. / El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato” (igual que en el Código Civil francés, en cuanto al interés propio, no exigido por nuestro Código). A su vez, el

³⁰⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 353 y 354.

³⁰⁸ Recordemos que el Código Civil chileno resuelve este punto, en cuanto a las asignaciones testamentarias, en el inciso 5º del artículo 1056: “Lo que en general se dejare a los pobres, se aplicará a los de la parroquia del testador.”

³⁰⁹ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 744 y 745.

artículo 1458 consigna: “El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y el promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente. / La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato.”

* **Efectos de la estipulación por otro:** los estudiaremos en relación a la última teoría.

Al respecto, debemos distinguir:

+ **Efectos o relaciones entre estipulante y promitente:** son las partes en el contrato. Sin embargo, al tenor del art. 1449, sólo el tercero beneficiario podrá demandar lo estipulado. El estipulante, por sí mismo, no puede hacerlo, sin perjuicio de poder exigir al promitente que le cumpla al tercero.³¹⁰ La legitimación activa para que pueda demandar judicialmente la ejecución en favor del tercero, radica en el interés pecuniario y a veces moral que lo llevó a contratar con el promitente.

Por otra parte, el art. 1536 establece también una vía indirecta para que el estipulante obligue al promitente a cumplir con lo pactado en favor del tercero: “La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal. / Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona. / Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.”. En este caso, el estipulante puede exigir para sí la pena.

Además, también el estipulante puede pedir la resolución del contrato, más la indemnización de los daños que se acrediten.

A su vez, y no obstante el ingreso del derecho al patrimonio del tercero desde el momento de la estipulación, el estipulante y el promitente pueden “REVOCAR” el contrato (rescindir, en estricto rigor, pues la revocación es un acto jurídico unilateral; la confusión parece estar en que en el Código Civil francés, según vimos, hay efectivamente un acto de revocación) mientras el tercero beneficiario no haya aceptado expresa o tácitamente. La revocación entre las partes, al igual que la aceptación del tercero, puede ser por un acto jurídico tácito. El Código Civil peruano otorga al estipulante el derecho de revocar unilateralmente el contrato en favor del tercero: “El estipulante puede revocar o modificar el derecho del tercero en tanto no se hayan producido los casos de aceptación previstos en los artículos 1458° y 1459°.”; lo mismo acontece en el derecho francés: “El que ha hecho la estipulación no puede revocarla ya si el tercero ha declarado querer aprovecharse de ella”, inciso final del artículo 1121.

Lo anterior podría llevar a concluir que el derecho que ha nacido directamente en favor del tercero, está sujeto a una condición resolutoria ordinaria, consistente en que las partes no revoquen la estipulación antes de la aceptación de dicho tercero. Aún más, contestando las dudas planteadas por Domínguez, podríamos sostener que si la estipulación cede en beneficio de quien no ha nacido o no es aún persona jurídica, estaríamos en tal caso

³¹⁰ En realidad, como acertadamente se ha dicho, en el contrato en favor de un tercero una de las partes, el promitente, se obliga a ejecutar una prestación no sólo ante su contraparte en el contrato, sino también a realizarla a favor de un tercero extraño: Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 191.

ante una doble condición: la resolutoria apuntada y una suspensiva, consistente en que llegue a existir la persona natural o jurídica de que se trate.

Acercas de esta institución, interesante es el fallo de la Corte Suprema, en sentencia de casación del 30 de enero de 1989, pronunciándose sobre un contrato de seguro por daños a buses en beneficio de un tercero (un Banco). Ocurrido el siniestro, la compañía aseguradora indemnizó al estipulante, dueño del autobús, y no al Banco. Este demandó a la prometedora (aseguradora), sosteniendo que se había infringido el art. 1449, al desconocerse la estipulación en su beneficio. La Corte rechazó el argumento, pues no constaba que el Banco hubiese aceptado el contrato de seguro en su favor, expresa o tácitamente.³¹¹

Cabe preguntarse si muerto el estipulante, y no habiendo mediado aún aceptación del tercero beneficiario, pueden o no los herederos del primero, acordar con el prometedora que se rescilie la estipulación. Conforme a las reglas generales, pareciera que ello es factible, pues los herederos del estipulante ocupan en el contrato el lugar que tenía el *de cuius*. Sin embargo, tal respuesta afirmativa puede implicar desconocer o contrariar la voluntad del estipulante, cual era beneficiar al tercero. La cuestión se ha discutido en el Derecho francés, señalando al efecto Colin y Capitant que los herederos carecerían de la facultad de revocar, atendido a que “Desde el momento en que éste (el estipulante) ha muerto sin haber revocado la atribución hecha en beneficio del tercero, ha manifestado su intención definitiva de dejarle a éste el beneficio de la estipulación. No hay que olvidar que la estipulación por otro se hace casi siempre para asegurar la suerte del tercero, y que está determinada por un interés de afección que puede no encontrarse entre los herederos. Estos últimos se sentirán frecuentemente inclinados a revocar la estipulación para aprovecharla personalmente.”³¹²

+ **Efectos o relaciones entre prometedora y beneficiario:** el prometedora se encuentra directamente obligado frente al tercero beneficiario. Este, aunque no es parte en el contrato, es acreedor del primero desde el momento en que se celebra la estipulación, sin necesidad de obtener la intervención del estipulante. Como señalan Colin y Capitant, el tercero beneficiario adquiere, por el solo hecho de la estipulación, en la que, sin embargo, no ha tomado parte alguna, un derecho de crédito contra el promitente. Este derecho le pertenece personalmente, nace en su persona y no en la del estipulante.³¹³ Cabe admirarse, dicen Colin y Capitant, de ver que un derecho nazca antes de que el tercero beneficiario haya manifestado su intención de aceptar el beneficio de la estipulación. Dicha aceptación del beneficiario, no hace más que confirmar el derecho de crédito ya existente en su provecho. No es ella la que crea el derecho, pues éste ya nació en el momento mismo de la estipulación; el alcance de la aceptación es el de hacer en adelante imposible el ejercicio del poder de revocación (del estipulante, en el Derecho francés, o del estipulante y promitente, en el Derecho chileno). Por lo demás, agregan estos autores, no hay por qué asombrarse de ver a una persona convertirse en acreedora sin manifestación de voluntad por su parte: se puede comparar esta situación a la del heredero que adquiere la herencia desde el mismo día del fallecimiento del causante (igual que el legatario de una especie o cuerpo cierto), aunque desconozca su calidad de heredero, y que no hace más que confirmar este derecho (que en este caso será el de herencia y el de propiedad), por medio de su aceptación.³¹⁴

³¹¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 355 y 356.

³¹² Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 739.

³¹³ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., p. 732.

³¹⁴ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 733 y 734.

Ahora bien, para ejercer su acción contra el prometiende, deberá aceptar expresa o tácitamente. No podrá ejercer sin embargo la acción resolutoria contra el prometiende, ya que esta acción incumbe exclusivamente a las partes contratantes (art. 1489).

En caso de fallecimiento del tercero beneficiario antes de aceptar la estipulación, transmite a sus herederos la facultad de aceptar, puesto que el crédito o derecho ya estaba en su patrimonio. Con mayor razón acontecerá lo anterior, si fallece después de haber aceptado, caso en el cual transmite a sus causahabientes el derecho a exigir el cumplimiento forzado de lo que debía el prometiende.³¹⁵

+ **Efectos o relaciones entre estipulante y tercero beneficiario:** jurídicamente, son sujetos extraños. No media entre ellos ninguna relación jurídica proveniente de la estipulación. El derecho del tercero beneficiario nunca se radica en el patrimonio del estipulante. Los acreedores del estipulante carecen por ende de derechos sobre el crédito derivado de la estipulación. Tampoco los herederos del estipulante podrían poner en tela de juicio la estipulación en favor del tercero entablado la acción de inoficiosa donación.³¹⁶ Con todo, a pesar de lo señalado, es indudable que entre estipulante y beneficiario existe una causa, remota si se quiere en relación a la estipulación pero causa al fin y al cabo, que explica que el primero haya contratado con el prometiende. Así, indican Colin y Capitant, la estipulación por otro puede estar inspirada, según los casos, ya en el deseo de extinguir una obligación existente que tenía el estipulante para con el tercero beneficiario, ya, lo que es más frecuente, en la intención de procurar un enriquecimiento al tercero beneficiario. En el primer caso, el cumplimiento de la estipulación por el prometiende, hará desaparecer la obligación que tenía el estipulante para con el tercero beneficiario; en el segundo caso, estaremos en rigor ante una donación, que entra en la categoría de lo que algunos llaman donaciones “indirectas”, pues la ley no exige el cumplimiento de las formalidades propias de este contrato. Sin embargo, no siempre existirá tal donación del estipulante al tercero beneficiario, sino sólo en el caso de que el primero hubiere pagado al prometiende una determinada suma de dinero, que a su vez origine la obligación del prometiende en favor del tercero beneficiario. En efecto, “Esta donación sólo puede comprender las cantidades que hayan sido efectivamente pagadas por él al prometiende para conseguir que éste se obligue. Es la prestación hecha por el estipulante al prometiende la que fija el importe de la liberalidad del estipulante para con el tercero beneficiario.”³¹⁷

*** Características de la estipulación en favor de otro:**

+ El tercero debe ser extraño a la relación jurídica entre el prometiende y el estipulante.

Por ello, es indispensable que el estipulante no tenga derecho para representar al tercero. Si el estipulante fuere el mandatario o representante legal del tercero, éste sería parte en el contrato. Tampoco podría considerarse al beneficiario como un extraño, cuando sea heredero del estipulante (caso del seguro en que el beneficiario fuera la sucesión del estipulante; en cambio, si fuere una persona que no tiene la calidad de continuador legal del causante, estaríamos ante estipulación en favor de tercero).

+ El estipulante debe obrar a nombre propio.

En efecto, en caso de actuar sin poder pero a nombre del tercero beneficiario, el estipulante será un agente oficioso. No estipularía para otro, sino a nombre de otro.

³¹⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 356 y 357.

³¹⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 357.

³¹⁷ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 741 y 742.

Recordemos que en el caso de la agencia oficiosa, el tercero se convertirá en acreedor sólo desde el momento en que ratifique, instante desde el cual se reputa que el acto jurídico fue ejecutado por él, considerándose retroactivamente al estipulante como su mandatario.

+ Sólo el tercero beneficiario puede demandar lo estipulado.

El tercero tiene un derecho exclusivo y directo.

+ Las partes contratantes (prometiente y estipulante) pueden revocar (o mejor dicho resciliar) la estipulación, mientras el tercero no acepte expresa o tácitamente. En nuestro CC., la “revocación” es un acuerdo de los contratantes, a diferencia de los códigos civiles peruano y francés, que consideran la revocación como un acto unilateral del estipulante.

b.3.2) La promesa de hecho ajeno: art. 1450.³¹⁸

Dispone este artículo: “Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”

La doctrina nacional concluye que esta figura no es excepción al principio del efecto relativo de los contratos, ya que no crea ningún derecho y menos una obligación a cargo de un tercero absoluto. El único que resulta obligado es el prometiente, quien se compromete a obtener que otra persona acepte efectuar una prestación en favor del acreedor. En verdad, como se precisa por la doctrina, lo que el deudor promete es su hecho propio, a saber: lograr que otro consienta en dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor.^{319 320}

Estamos entonces ante una obligación de hacer del prometiente, que consiste en que el tercero ratifique. Mientras ello no acontezca, el tercero no contrae obligación alguna. Si el prometiente fracasa en su intento, deberá indemnizar al acreedor los perjuicios que se deriven de su incumplimiento. En este caso, al acreedor sólo le queda el camino de la ejecución forzada “por equivalente” en contra del prometiente, es decir, exigirle la indemnización por los daños sufridos. La alternativa de la ejecución forzada “por naturaleza” (o sea, pedir el cumplimiento de la obligación misma y no una suma de dinero equivalente) es improcedente, pues el sistema jurídico es impotente para obtener el asentimiento del tercero, si éste lo rehúsa.³²¹

A contrario sensu, si el tercero ratifica, y después no cumple la prestación prometida al acreedor, tienen aplicación las reglas generales, sin que el acreedor pueda demandar al primitivo prometiente.³²²

La doctrina se ha preguntado por la fuente de la obligación que asume un tercero. Para algunos, la fuente sería un cuasicontrato de agencia oficiosa. El promitente actuaría como gestor de negocios ajenos. Esta explicación tiene un inconveniente sin embargo, al tenor del art. 2290: la agencia oficiosa crea obligaciones para el interesado (el tercero) “si el negocio ha sido bien administrado”. Un criterio objetivo (la buena administración o utilidad para el interesado), determina que el interesado deba cumplir las obligaciones contraídas por el gerente o gestor de negocios ajenos. En cambio, en la promesa de hecho ajeno, todo

³¹⁸ Cfr. Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, pp. 201 a 203.

³¹⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 357 y 358.

³²⁰ Messineo Francesco, ob. cit., Tomo II, p. 202.

³²¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 358.

³²² López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 358.

depende de la voluntad del tercero, vale decir, es un criterio puramente subjetivo. Para otros, la fuente sería la voluntad unilateral del deudor, en este caso, del tercero, cuando ratifica. Hay sin embargo un argumento de texto contra esta hipótesis, en el art. 1536, 2º, relativo a la promesa de hecho ajeno con cláusula penal, cuando alude al “consentimiento”, vale decir, la promesa de hecho ajeno implicaría, para su eficacia, un acuerdo de voluntades y no la mera voluntad aislada del deudor que acepta. López Santa María concluye señalando que es más simple admitir que la fuente de la obligación del tercero es la ley (el art. 1450 del CC), evitando así los inconvenientes derivados de la práctica de explicar las instituciones jurídicas mediante su absorción por otras.³²³

c) El efecto absoluto o expansivo de los contratos.

Al margen de la voluntad de las partes, a veces un contrato puede ser invocado por un tercero a su favor o también oponerse a un tercero en su detrimento. En alguna medida, en cuanto el contrato es un hecho que como tal existe para todos, en sus efectos reflejos puede alcanzar a terceros absolutos. No hay propiamente en esta situación una excepción al principio del efecto relativo de los contratos. En el caso del efecto expansivo, no surge un derecho u obligación directamente para el tercero, sino que éste puede invocar un contrato ajeno o puede oponérsele. El contrato, como hecho, tiene vigencia *erga omnes*.³²⁴

Algunas manifestaciones concretas del efecto absoluto de los contratos:³²⁵

* En el procedimiento concursal de liquidación, cuando un acreedor verifica su crédito contra el deudor, los restantes acreedores no podrían desconocerlo o impugnarlo alegando que deriva de un contrato que no les empece.

* Al regular los efectos civiles de las ventas sucesivas de una misma cosa a dos o más personas, mediante contratos diversos, la ley protege a un comprador sobre otro en base a los criterios que indica el art. 1817. El comprador que no es preferido por la ley resulta perjudicado por el efecto reflejo o expansivo de la compraventa en que no fue parte.

* Al conferir a los acreedores una acción directa, que les permite demandar, en sede contractual, a quienes contrataron con sus deudores. Dicho de otro modo, el demandante puede oponer al demandado un contrato en el que sólo el segundo fue parte. En nuestra legislación, el caso más importante lo encontramos en la Ley N° 18.490, en materia de seguro obligatorio contra riesgos personales derivados de la circulación de vehículos motorizados. La víctima de un accidente del tránsito puede accionar directamente contra el asegurador, a pesar de que la primera sea un tercero absoluto en el contrato de seguro. No obstante ello, podrá esgrimir, a título personal, el contrato ajeno.

Igual acontece en algunas hipótesis de subcontrato, como en el submandato (art. 2138), al permitirse al mandante accionar directamente en contra del delegado o submandatario; o en el caso de los subcontratistas, que pueden exigir el pago de sus remuneraciones u honorarios al propietario de la obra, y no sólo al empresario o constructor que contrató al subcontratista (art. 2003, regla 5ª); o en el caso del subarrendamiento, cuando se posibilita al arrendador para expeler al subarrendatario de la casa o edificio, si hubiere tenido notoria mala conducta (art. 1973).³²⁶

³²³ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 359 y 360.

³²⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 360 y 361.

³²⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 362 y 363.

³²⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 363.

* En los casos de convenciones en perjuicio de terceros: los contratos fraudulentos celebrados por el deudor, pueden ser atacados por sus acreedores, como ocurre con la acción pauliana.³²⁷

* En general, en los contratos de Derecho de Familia, que producen efectos erga omnes. Como señala Somarriva, los actos de familia son de efectos absolutos en el sentido de que el estado civil a que ellos dan origen puede oponerse a cualquiera persona.

d) La inoponibilidad de los contratos.

d.1) Concepto y recepción en el Código Civil chileno.

Bastian la define como “la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico”.³²⁸ Vodanovic entiende por tal “la ineficacia de un acto jurídico o de su nulidad respecto de ciertos terceros por no haber las partes cumplido algún requisito externo de eficacia dirigido precisamente a proteger a esos terceros.”³²⁹ Para Abeliuk, “es la sanción de ineficacia jurídica respecto de terceros ajenos al acto o contrato, y en cuya virtud se les permite desconocer los derechos emanados de ellos”.³³⁰

En otras palabras, es la sanción civil que impide que se haga valer ante terceros un derecho (nacido ya sea de la celebración de un acto jurídico, ya sea de la nulidad o de otra causal de terminación anormal de un acto jurídico, como la resolución o la revocación).³³¹

El Código Civil chileno, en su versión originaria, no empleaba la expresión “inoponibilidad”, creada y difundida por Daniel Bastian.³³² Hoy, sólo se encuentra en el artículo 1757 (sanciones por los actos del marido administrador ordinario de la sociedad conyugal). La palabra “inoponible” se usa en los artículos 225 (pacto relativo al cuidado personal del menor) y 246 (pacto concerniente al ejercicio de la patria potestad). El término “oponible”, aparece en dos preceptos: artículo 1337 regla 10ª (derechos conferidos al cónyuge sobreviviente y conviviente civil sobreviviente en la partición) y artículo 1736 N° 7 (excepciones a la regla general en virtud de la cual los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan al haber real de ésta).

En verdad, se trata de normas dispersas y del todo insuficientes. Adicionalmente, en diversas normas, se contempla –sin expresarla– la inoponibilidad como sanción, como por ejemplo en los artículos 255, 407 y 1756. De ahí que se afirme que “El análisis de las

³²⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 363 y 364.

³²⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 368.

³²⁹ Vodanovic H., Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Santiago, Ediar Conosur Ltda., 1991, Tomo II, quinta edición, p. 336.

³³⁰ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., *Las Obligaciones*, p. 169.

³³¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 368.

³³² Pescio, Victorio, *Manual de Derecho Civil. Teoría general de los actos jurídicos y Teoría general de la prueba*, Santiago, Editorial Nascimento, 1948, p. 182. Cfr. *Essai d'une théorie générale de l'inoponibilité*, París, 1929, de Daniel Bastian, y en Chile, *Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles*, de Alberto Baltra Cortés, 1935.

consecuencias de la inoponibilidad tiene la dificultad de tratarse de una sanción con una insuficiente regulación en nuestro Código Civil”.³³³

d.2) Diferencias entre la inoponibilidad y la nulidad.

Si bien la inoponibilidad es una sanción civil igual que la nulidad, entre ambas instituciones hay importantes diferencias.³³⁴

* La nulidad deriva de infracciones legales o vicios que se producen al nacer el acto jurídico. La inoponibilidad, en cambio, es independiente de la generación del contrato; el contrato es válido, pero otras circunstancias determinan su ineficacia frente a terceros. Vale decir, sus causas son diversas.

* La nulidad produce efectos tanto entre las partes que celebraron el acto anulado cuanto respecto de terceros. La inoponibilidad dice relación exclusivamente con los terceros.

* La nulidad es una sanción de orden público y por ende, no puede renunciarse de antemano. La inoponibilidad, establecida únicamente en beneficio de los terceros que pueden invocarla, es de orden privado. Los terceros, entonces, pueden renunciar al derecho a impetrarla.

* Si aparece de manifiesto en el acto o contrato, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez; la inoponibilidad nunca puede pronunciarse de oficio.

Las medidas de protección que articulan la inoponibilidad, están enfocadas principalmente en favor de los terceros relativos o “interesados”³³⁵, vale decir, los causahabientes a título singular (y los acreedores de las partes, a juicio de algunos). En algunos casos, sin embargo, la inoponibilidad también beneficia a los terceros absolutos o *penitus extranei*, según indicaremos.³³⁶

Las medidas de protección dicen relación al cumplimiento de ciertas reglas de forma y de fondo, para que el acto o contrato sea oponible a terceros. Si no se observan, el acto jurídico no será oponible, sin perjuicio que entre las partes será plenamente eficaz. También la inoponibilidad protege a los terceros de los efectos de la declaración de nulidad de un acto o contrato, que éstos desean siga vigente. En esta hipótesis, se limita el alcance de la nulidad: el acto o contrato será nulo sólo entre las partes, manteniéndose plenamente eficaz respecto de terceros.

d.3) Causales de inoponibilidad.³³⁷

La inoponibilidad busca cumplir dos finalidades:

- * La protección de los terceros ante los efectos de un acto válido;
- * La protección de los terceros ante los efectos de la declaración de nulidad de un acto.

La inoponibilidad que protege a los terceros de los efectos de un acto válido, puede tener su origen en causas formales o de fondo.

Las examinaremos a continuación:

³³³ Romero Seguel, Alejandro, “La acción para la declaración de inoponibilidad de un acto o contrato”, en *Estudios de Derecho Privado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile – Universidad Andrés Bello, 2011, p. 257.

³³⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 368.

³³⁵ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 338.

³³⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 368 y 369.

³³⁷ Cfr. Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1984, pp. 331 a 336.

1º Inoponibilidad por incumplimiento de las formalidades de publicidad sustanciales.

Estas formalidades están destinadas a divulgar ante terceros la celebración de un acto o contrato o el acaecimiento de un determinado suceso de relevancia jurídica. Su incumplimiento acarrea la inoponibilidad del acto frente a terceros. Algunos casos:

- Artículo 225 del Código Civil (cuidado personal de los menores);
- Artículo 246 del Código Civil (patria potestad);
- Artículo 1707 del Código Civil (contraescrituras);
- Artículo 1902 del Código Civil (cesión de créditos nominativos);
- Artículo 2114 del Código Civil (disolución de la sociedad);
- Artículo 2513 del Código Civil (sentencia que declara la prescripción adquisitiva);
- En el ámbito del Código de Procedimiento Civil, los arts. 297, inciso 1º y 453, que establecen que la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble o el embargo sobre los bienes raíces, afectarán a terceros sólo si la resolución judicial que lo ordenó se inscribe en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces competente.
- Tratándose de leyes especiales, por ejemplo la Ley número 20.190, que establece el contrato de prenda sin desplazamiento, cuya inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (artículo 25), a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, hace oponible el contrato a terceros; o la Ley N° 18.290, del Tránsito, que establece que son inoponibles a terceros los gravámenes, prohibiciones o embargos, etc., que afecten a vehículos motorizados, mientras no se anoten en el Registro homónimo; o la Ley 19.947, Ley de Matrimonio Civil, al disponer que la sentencia ejecutoriada en que se declare la separación judicial sólo será oponible a terceros, una vez subinscrita al margen de la respectiva inscripción matrimonial (artículo 32); lo mismo se exige respecto de la sentencia de divorcio (artículo 59).

La inoponibilidad, en esta causal, proviene de una circunstancia formal.³³⁸

2º Inoponibilidad por falta de fecha cierta.

Por regla general, los instrumentos privados son inoponibles a terceros respecto a la fecha en la cual aparecen suscritos, atendiendo a que es posible antedatarlos o postdatarlos, careciendo por tanto de certeza en cuanto a su fecha. Pero esta regla no puede ser absoluta. Existen ciertas circunstancias que permiten fijar con toda claridad la fecha de un instrumento privado: art. 1703 (en relación a los arts. 419 y 430 del COT).

También debemos tener presente los cuatro casos contemplados en el art. 346 del Código de Procedimiento Civil, en los cuales un instrumento privado emanado del litigante contra el que se presenta, se tiene por reconocido. En tales casos, el instrumento privado reconocido judicialmente tiene valor de escritura pública, incluso aunque no esté firmado, como concluye un fallo de la Corte Suprema.

Por su parte, el art. 127 del C. de C. dispone que “Las escrituras privadas que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aún fuera de los casos que enumera el art. 1703 del CC.”

Esta causal de inoponibilidad también es formal.³³⁹

3º Inoponibilidad por falta de consentimiento o por falta de concurrencia.

³³⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 369 y 370.

³³⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 370 y 371.

Observamos una hipótesis en el art. 1815, a propósito de la venta de cosa ajena. El contrato es inoponible al dueño de la cosa, ya que este no consintió en la venta. En consecuencia, mientras el comprador que se convierte en poseedor del bien no se transforme en propietario en virtud de la prescripción adquisitiva, el dueño de la cosa puede reivindicarla (o concurriendo las exigencias legales, recuperar la cosa a través de acciones posesorias o incluso interponiendo acciones civiles restitutorias emanadas de los delitos de hurto, robo o usurpación).

Igual ocurre con el arrendamiento de cosa ajena: art. 1916, inc. 2º; y en la prenda de cosa ajena, art. 2390.

Estos casos de inoponibilidad están en realidad establecidos a favor de terceros absolutos, como es el dueño de la cosa.

En el ámbito del mandato, encontramos otro caso: arts. 2160 y 2136. Son inoponibles al mandante los actos del mandatario, cuando éste excede los límites del mandato (salvo que medie ratificación por el mandante); igual cosa, tratándose de los actos realizados por el delegado o submandatario, si el mandante no había autorizado al mandatario para delegar (salvo también que opere ratificación; la delegación será válida en todo caso, sólo que ocasionará efectos exclusivamente entre delegante y delegado). Distinta es la solución, sin embargo, tratándose del mandato judicial, pues en él el procurador puede delegar el mandato, salvo prohibición expresa del mandante (art. 7º del Código de Procedimiento Civil).

En dos casos contemplados en el artículo 1749 del Código Civil, también se configura una inoponibilidad por falta de consentimiento, en este caso, al omitirse la autorización de la mujer: se trata de contratos de arrendamiento o de cesión de la tenencia de inmuebles de la sociedad conyugal celebrados por el marido, por más de cinco u ocho años, según se trate de predios urbanos o rústicos (inc. 4º), y en los casos en que el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros sin mediar tampoco la autorización de su cónyuge (inciso 5º). Las mismas limitaciones temporales rigen para los inmuebles propios de la mujer, pero que administra el marido, conforme al artículo 1756. En consecuencia, si el marido da en arrendamiento o cede la tenencia de bienes raíces de la mujer, por un plazo que excede los indicados en el art. 1756 y sin la autorización de ella, el arrendamiento o la cesión no le será oponible a la mujer, en el exceso del plazo.

Esta causal de inoponibilidad es de fondo.³⁴⁰

4º Inoponibilidad por fraude.

En cualquier relación jurídica, el deudor mantiene la libertad de seguir actuando con su patrimonio en el mundo de los negocios jurídicos. El acreedor debe soportar en consecuencia, la posible disminución del patrimonio de su deudor, y de tal punto de vista, los actos del último le son oponibles. Afectarán el derecho de prenda general del acreedor. Pero éste no está obligado a tolerar actos que supongan una disminución del patrimonio del deudor, en los cuales éste ha actuado fraudulentamente. Recurrirá entonces el acreedor a uno de sus derechos auxiliares: la acción pauliana o revocatoria.

Esta es una acción de inoponibilidad, ya que el contrato que se revoca no tiene eficacia frente al acreedor perjudicado por el fraude.

³⁴⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 371 y 372.

Otro caso encontramos en los usufructos constituidos en el marco de juicios de alimentos, con el propósito de perjudicar a los acreedores hipotecarios (práctica que se empleó por los deudores de mutuos hipotecarios en los años ochenta del siglo pasado, durante la crisis económica de la primera mitad de aquella década). Como expresa Alejandro Romero, “Para poner fin a esa actuación, la jurisprudencia admitió que los terceros acreedores hipotecarios, no obstante no haber tenido la calidad de parte en los juicios donde se constituía el usufructo, pudieran solicitar que se declarara inoponible el referido usufructo. En síntesis, la jurisprudencia consideró que el usufructo constituido de esa forma afectaba el contenido del derecho real, reconociendo al tercero la titularidad de un interés legítimo para solicitar el cese del gravamen sobrevenido a la constitución de la hipoteca”.³⁴¹

También esta es una inoponibilidad de fondo.

5° Inoponibilidad por lesión de derechos adquiridos.

Encontramos un caso en el art. 94 del CC., en materia de muerte presunta. La revocación (y no “rescisión”, como dice el texto legal) del decreto de muerte presunta, no afecta derechos adquiridos por terceros. Entre la protección más amplia de los intereses del desaparecido y la seguridad jurídica, el legislador opta por la última.

Es también una inoponibilidad de fondo.

6° Inoponibilidad por lesión de las asignaciones correspondientes a los legitimarios.

Los legitimarios pueden recurrir a la acción de reforma de testamento, cuando el causante no respetó las asignaciones forzosas a que lo obliga la ley en favor de los primeros (arts. 1167, 1182 y 1216). Son legitimarios los hijos (personalmente o representados), los ascendientes y el cónyuge sobreviviente o el conviviente civil sobreviviente.

Prosperando la acción, el testamento no será oponible a los reclamantes, en aquella parte que contravenga las normas sobre asignaciones forzosas.

Se trata de un caso de inoponibilidad de fondo.

7° Inoponibilidad derivada de la nulidad de un acto jurídico.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 1689, la nulidad judicialmente declarada confiere acción reivindicatoria contra terceros poseedores, aunque se hallen de buena fe (a diferencia de la resolución del contrato, que exige mala fe, arts. 1490 y 1491).

En algunos casos, sin embargo, la nulidad será inoponible a los terceros:

* Caso del art. 1895, en el ámbito de la rescisión por lesión enorme: subsisten las hipotecas u otros derechos reales constituidos en favor de terceros.

* Caso del tercero que adquiere por prescripción, que a su vez extingue la acción reivindicatoria.

* Caso del art. 2058 del CC.: para los terceros la sociedad de hecho es válida y sólo los socios pueden invocar la nulidad, entre sí.

* En el Derecho de Familia, el matrimonio nulo, es inoponible a los hijos: estos conservarán su filiación matrimonial (art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil).

* En materia de contratos de donación, el art. 1432 establece que normalmente, salvo que concurran los supuestos que indica, la resolución, la rescisión y la revocación son inoponibles a los terceros poseedores de los bienes donados.

³⁴¹ Romero Seguel, Alejandro, ob. cit., pp. 256 y 257.

Incluso, puede ocurrir que la nulidad del contrato no sea oponible a una o ambas partes del contrato, como ocurre con el matrimonio nulo putativo, que permite al cónyuge que lo hubiere celebrado de buena fe y con justa causa de error, hacer valer los efectos del contrato, como si fuere válido (artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil).

No corresponde incluir entre los casos anteriores el del art. 94, regla 4^a, porque como se dijo, la ley usa impropriamente el término “rescisión”, cuando en realidad hay caducidad del decreto que había concedido la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.³⁴²

8° Inoponibilidades contempladas en la Ley N° 20.720, “Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”.

En las disposiciones del capítulo VI de la Ley N° 20.720, que trata “De las acciones revocatorias concursales”, cabe tener presente los artículos 287, 288, 290 y 291. Los dos primeros artículos, aluden a los actos ejecutados o contratos suscritos por Empresas Deudoras (personas jurídicas). El artículo 290, a la revocación de los actos ejecutados o de los contratos celebrados por una Persona Deudora (persona natural). El artículo 291, es una disposición común para ambos casos, y establece el plazo de prescripción de la acción y el procedimiento aplicable a la acción revocatoria.

El artículo 287, consagra una hipótesis de “revocabilidad objetiva”, cuyas únicas exigencias son: que se trate de actos realizados dentro del año inmediatamente anterior al inicio del respectivo procedimiento concursal de Reorganización o de Liquidación, o dentro de los dos años inmediatamente anteriores, si el acto fuere celebrado a título gratuito o con una Persona Relacionada a la Empresa Deudora, y que haya ocasionado perjuicio a la masa de acreedores. El artículo 288, contempla una hipótesis de “revocabilidad subjetiva”, pues además de haberse realizado el acto jurídico dentro del plazo sospechoso, exige mala fe del tercero que contrata con la Empresa Deudora y que el acto cause un perjuicio a la masa o altere la posición de igualdad que deben tener los acreedores en el concurso. En este caso, el plazo cubierto por la acción revocatoria es mayor: dentro de los dos años, inmediatamente anteriores al inicio del respectivo procedimiento concursal de Reorganización o de Liquidación.

El artículo 290, por su parte, se refiere a la revocación de los actos ejecutados o de los contratos celebrados por una Persona Deudora, con antelación a los Procedimientos Concursales de Renegociación o de Liquidación de sus bienes. Tales actos jurídicos susceptibles de ser revocados, son aquellos que se hubieren celebrado dentro del año inmediatamente anterior al inicio de los mencionados procedimientos, o incluso dentro de los dos años anteriores, si lo hubiere celebrado a título gratuito o con Personas Relacionadas a la Persona Deudora. El precepto, en sus tres primeros incisos, establece una especie de “revocabilidad objetiva”, y en su inciso final, una “revocabilidad subjetiva”, remitiéndose a la acción pauliana del Código Civil, que exige acreditar mala fe del tercero que contrata con el deudor, si se trata de contratos celebrados a título oneroso.

El artículo 291, según se expresó, es una disposición común aplicable tanto a los actos y contratos de las Empresas Deudoras como de las Personas Deudoras, señalando el plazo de prescripción de la acción y el procedimiento aplicable a la acción revocatoria: la acción prescribirá en el plazo de un año, contado desde la Resolución de Reorganización,

³⁴² López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 372 y 373.

de Liquidación o de Admisibilidad³⁴³, según corresponda, y se tramitará con arreglo al procedimiento sumario.³⁴⁴ Se entablará en interés de la masa y se deducirá en contra del deudor y el contratante.

Se trata de una inoponibilidad de fondo.

9º Inoponibilidad por simulación.

En los casos de contratos simulados, las partes no pueden oponer el acto secreto u oculto a terceros. Estos pueden optar, es decir pueden valerse del acto ostensible, externo o aparente o bien del acto secreto. En este último caso, tienen que probar la existencia del acto oculto ejerciendo la acción de simulación.³⁴⁵

Es un caso de inoponibilidad de fondo.

10º Inoponibilidad por lesión de los intereses de incapaces.

No puede el guardador dar en arrendamiento los predios rústicos del pupilo por más de ocho años ni los urbanos por más de cinco; tampoco por el tiempo que exceda la mayoría de edad del pupilo. Si arrendare el guardador por más tiempo, el exceso será inoponible al pupilo (art. 407, norma similar a la del art. 1749, a propósito de la sociedad conyugal).

El padre o la madre o ambos, titulares de la patria potestad, están subordinados a las mismas normas que rigen para los guardadores (artículo 255 en relación con el artículo 407): los predios rústicos no pueden arrendarse por más de 8 años ni los urbanos por más de 5 años; y en ningún caso, por un plazo mayor que aquél que falte para que el hijo llegue a la mayor edad. La infracción de esta norma no origina la nulidad del contrato, sino la inoponibilidad ante el hijo.

d.4) *Sujetos activos y pasivos de la inoponibilidad.*

Pueden invocarla sólo aquellos terceros a quienes la ley ha intentado proteger, vale decir, a quienes perjudican los efectos del acto o la nulidad del mismo.

Por regla general, la inoponibilidad puede invocarse contra todo aquel que intente valerse del acto o de su nulidad. Excepcionalmente, la inoponibilidad por fraude no alcanza a terceros adquirentes a título oneroso, que están de buena fe (art. 2468 N° 1).

d.5) *Forma de hacer valer la inoponibilidad.*

Por regla general, será a través de una excepción. En lo que respecta a las inoponibilidades por fraude o por lesión de las legítimas, deben hacerse valer como acción.

³⁴³ La “Resolución de Admisibilidad” se define como “aquella Resolución Administrativa dictada por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento conforme al artículo 263, que produce los efectos del artículo 264, ambos del Capítulo V” de la Ley N° 20.720 (artículo 2 N° 35 de la Ley). El citado Capítulo, regula los procedimientos concursales de la Persona Deudora. Los artículos 263 y 264, forman parte del Título 1, “Del procedimiento Concursal de Renegociación de la Persona Deudora”. El artículo 263, se refiere a la “Resolución de Admisibilidad” como aquella que declara admisible la solicitud de inicio del Procedimiento Concursal de Renegociación. El artículo 264 regula los efectos de dicha resolución.

³⁴⁴ En cambio, tratándose de la acción pauliana contemplada en el artículo 2468 del Código Civil, el plazo de prescripción es de un año, contado desde la fecha del acto o contrato. A su vez, el procedimiento aplicable a la acción pauliana del Código Civil es el ordinario, mientras que el que rige la acción revocatoria concursal, es el sumario.

³⁴⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 375.

El tercero deberá interponer la acción pauliana o la acción de reforma de testamento, respectivamente.

En el caso de la inoponibilidad por falta de concurrencia, no puede formularse una regla general: así, cuando el mandatario se excedió en los límites del mandato, el mandante podrá esgrimirla como excepción; a su vez, en el caso de la venta de cosa ajena, el dueño deberá interponer la acción reivindicatoria, si no tuviere la posesión, o invocará la inoponibilidad como excepción, si la tuviere.

Las inoponibilidades derivadas del procedimiento concursal de liquidación, se harán valer como acción, según vimos.

Por regla general, en aquellos casos en que la inoponibilidad debe alegarse por vía de acción, no debe deducirse una “acción de inoponibilidad”, sino que la inoponibilidad será el fundamento de la acción que en cada caso corresponda, como la reivindicatoria, la pauliana, la revocatoria concursal, la de reforma de testamento, etc. Pero en algunos casos, sí debe interponerse una acción de inoponibilidad, como ocurre con el usufructo alimenticio constituido en perjuicio de un acreedor hipotecario. En este último caso, el acreedor hipotecario puede actuar como un “tercero independiente”, conforme al artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, “El tercero independiente ingresa a la relación procesal promoviendo una verdadera acción de declaración negativa (la de inoponibilidad), tendiente a remover los efectos jurídicos de una resolución judicial que le provoca un perjuicio”.³⁴⁶

Quienes piensan que sí debe deducirse una “acción de inoponibilidad”, plantean que en tal caso, dicha acción debe interponerse conjuntamente con otra, usualmente reivindicatoria. Se configura entonces una hipótesis de “acumulación de acciones”, de carácter sucesiva o accesoria. Como señala Alejandro Romero, “La acumulación sucesiva es aquella en la que se formula un pedimento subordinado a la estimación de otro que le precede, de tal suerte que si no se accede al primero, el segundo no tiene sentido (...) Normalmente la acción accesoria será alguna de tipo restitutoria que se acumula a la afirmada con carácter de principal. Si es acogida la acción principal, por los efectos constitutivos o declarativos que su admisión genera se producen otros efectos jurídicos, que son justamente los que se encaminan a proteger las acciones afirmadas en forma sucesiva o accesoria (...) También resulta perfectamente factible admitir una acumulación de acciones de tipo sucesivo en una relación de litisconsorcio voluntario, demandando junto a las partes que han suscrito el contrato que se solicita declarar inoponible alguna acción contra un tercero que ha podido adquirir la cosa o el derecho que se vincula con el acto cuya declaración de ineficacia constituye la petición principal”.³⁴⁷

d.6) Efectos de la inoponibilidad.

Se traducen en que el acto o la sentencia de nulidad no puede perjudicar a terceros, pero sí aprovecharles. Sin embargo, nada impide que el tercero renuncie a la inoponibilidad, si tiene interés en aprovecharse de los efectos del acto o de la nulidad.

d.7) Extinción de la inoponibilidad.

* La inoponibilidad de forma se extingue por el cumplimiento de las formalidades omitidas, cuando ello sea posible.

³⁴⁶ Romero Seguel, Alejandro, ob. cit., pp. 261 y 262.

³⁴⁷ Romero Seguel, Alejandro, ob. cit., p. 260.

* Por la renuncia expresa o tácita del tercero (dado que la inoponibilidad mira a su personal interés, art. 12). Habrá renuncia tácita, cuando no se interponga la acción respectiva, en aquellos casos en que la inoponibilidad debe hacerse valer por vía de acción (por ejemplo, el dueño que no está en posesión de la cosa, y no deduce a tiempo la acción reivindicatoria; o en lugar de reivindicar la cosa, el dueño recibe el precio de la compraventa; o el legitimario que no impugna el desheredamiento dentro del plazo legal).

* Por prescripción, en todos aquellos casos en que debió hacerse valer como acción o como fundamento de la acción. Así, por ejemplo, dado que la acción de simulación no tiene plazo especial, prescribirá en cinco años; la revocatoria en el plazo previsto en la ley; y la reivindicatoria se extinguirá no por la prescripción extintiva sino por la prescripción adquisitiva, es decir, cuando el poseedor adquiera la cosa por *usucapión*.³⁴⁸

6.-) El principio de la buena fe contractual.

En el Derecho Civil comparado, la buena fe va adquiriendo enorme importancia desde que las escuelas exegéticas han comenzado a batirse en retirada. Son numerosos los textos legales del siglo XX que han consagrado, con mayor o menor amplitud, el pleno vigor del principio de la buena fe en materia contractual. También se advierte en la jurisprudencia comparada la dictación de importantes fallos que extraen consecuencias jurídicas de la buena fe, aún a falta de texto legal expreso que les sirva de apoyo inmediato.³⁴⁹

Mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En términos generales, alude a una persuasión subjetiva, interna, de carácter ético, de estar actuando o haber actuado correctamente. Proyectada al Derecho Civil, asume dos direcciones: la primera, la buena fe subjetiva, conserva la fisonomía psicológica a que aludíamos. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, pierde tal fisonomía.³⁵⁰

Estamos ante un principio general del derecho de la mayor trascendencia. Como destaca López Santa María, ya contamos en esta materia en Chile, con una sentencia que abre el camino adecuado: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, sin apego a la letra rigurosa de ellos ni a un derecho estricto. No deben las partes asilarse en la literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, ha de dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Tampoco debe dejarse de atender a factores extraliterales que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley” (Corte Pedro Aguirre Cerda, 4 de marzo de 1988).³⁵¹

a) La buena fe subjetiva.

Bona fides, en este sentido, es la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona, de que su conducta no peca contra el Derecho (Von Thur). Es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así, aunque haya error. El Derecho, en diversas ocasiones,

³⁴⁸ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit. *Las Obligaciones*, p. 175.

³⁴⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 389 y 390.

³⁵⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 391.

³⁵¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 390 y 391.

disculpa o excusa el error. De consiguiente, la buena fe subjetiva es una noción justificativa del error. En materia de error común, se afirma que éste forma derecho. La manifestación más clara de esta doctrina se encuentra en el art. 1013 del CC. Otras manifestaciones, no tan claras, se encontrarían en los arts. 94 regla 4ª; 426; 1576, inciso 2º; y 2058.³⁵²

El caso más importante en que se ha puesto de relieve la dimensión subjetiva de la buena fe, es el de la posesión de buena fe de una cosa ajena: art. 706, inciso 1º³⁵³: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”.

En el mismo sentido, establece el art. 1950 del Código Civil español: “La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio”.³⁵⁴

El ordenamiento jurídico ampara al poseedor de buena fe que erróneamente, creyó adquirir el dominio de su antecesor: se le permite en definitiva llegar a ser dueño mediante la prescripción adquisitiva ordinaria. Además, aún cuando no lograrse tal objetivo, el poseedor de buena fe demandado recibe un tratamiento privilegiado respecto a las prestaciones mutuas, específicamente en relación a los frutos, deterioros y mejoras útiles (arts. 906, 907 y 909).³⁵⁵

En el Derecho de Familia, observamos también la consagración de la buena fe subjetiva en el matrimonio putativo: la nulidad sólo se proyecta al futuro, careciendo de efecto retroactivo.³⁵⁶

En el Derecho de las Obligaciones, específicamente en el pago de lo no debido, en lo relativo a la restitución que debe efectuar el *accipiens* (arts. 2300 y siguientes).³⁵⁷

En materia de contratos, en los arts. 1842 y 1859 (los pactos de irresponsabilidad en casos de evicción o de vicios ocultos de la cosa vendida, son ineficaces si el vendedor sabía que existía la causa de evicción o el vicio oculto). Igual cosa, en los casos de los arts. 2110 (sociedad) y 2468 (acción pauliana).³⁵⁸

b) La buena fe objetiva.

b.1) Concepto. A ella se remite el art. 1546, cuando establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe. En el ámbito contractual, no todo puede estar previsto por la ley. Sea por ausencia o ambigüedad de la ley, sea por las peculiaridades especiales del caso, sea por la remisión del propio legislador a estándares o criterios flexibles, con frecuencia la decisión de un litigio contractual queda entregada al poder discrecional del sentenciador. En definitiva y en términos prácticos, en estos casos el desenlace del litigio depende del juez y no de la ley, en sentido estricto.³⁵⁹

Pero el poder discrecional del juez está limitado, entre otros aspectos, por el establecimiento de reglas legales flexibles, estándares, módulos o patrones de conducta.³⁶⁰

³⁵² López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 392 y 393.

³⁵³ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 393.

³⁵⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 393.

³⁵⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 393.

³⁵⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 393.

³⁵⁷ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 393.

³⁵⁸ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 393 y 394.

³⁵⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 394.

³⁶⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 395.

Un “estándar” es una regla que en lugar de formular una solución rígida, recurre a un parámetro flexible cuyo manejo y concreción, en cada caso, queda entregado al criterio, prudencia y sabiduría del juez de la causa. Se trata de conceptos susceptibles de asumir un contenido empíricamente variable pero que, no obstante, tienen una unidad de significado básica e inamovible, que el sentenciador debe acatar. Uno de dichos estándares legales es la buena fe objetivamente considerada. La misma naturaleza tienen otras nociones como “el buen padre de familia”, “las buenas costumbres”, “el orden público”, “la información esencial”, etc.³⁶¹

El principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de sus tratos preliminares hasta incluso después de la terminación del contrato.³⁶² La buena fe equivale a la obligación de cooperación, a la lealtad a la palabra dada, y la exclusión del dolo y del uso abusivo de los derechos subjetivos.³⁶³

A diferencia de la buena fe subjetiva, que se aplica “in concreto” por el sentenciador, averiguando la convicción íntima y personal del sujeto implicado, la buena fe objetiva se aprecia “in abstracto”, prescindiendo el juez de las creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos y en general, al modelo del hombre razonable, o sea, a los estándares legales.³⁶⁴

La buena fe contractual corresponde a la moral del deber, cuyo objetivo, como señala Enrique Barros, es hacer de cada persona un ciudadano cumplidor de los requerimientos básicos que plantea la vida social. De lo que se trata es de excluir el abuso y la mala fe en las relaciones contractuales. Se recoge aquí el creciente valor atribuido a la CONFIANZA en las relaciones contractuales, como elemento básico de las mismas.³⁶⁵

Dado que el estándar o regla de la buena fe objetiva tiene valor **NORMATIVO**, tanto porque figura en el art. 1546 cuanto porque autoriza al tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico, según las circunstancias, su aplicación configura una cuestión de **DERECHO**. La decisión sería por tanto susceptible de revisión por la Corte Suprema, por la vía de la casación en el fondo. Por ello, los jueces, amparándose en la imprecisión de la buena fe, se ven impedidos de dictaminar de manera arbitraria o inicua.³⁶⁶

b.2) Funciones de la buena fe contractual.

Se ha dicho que tres formas parecen reflejar de manera más idónea las funciones de la buena fe en las relaciones contractuales:³⁶⁷

³⁶¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 395.

³⁶² López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 395.

³⁶³ Mereminskaya, Elina, “Buena fe contractual en la jurisprudencia chilena e internacional”, en *La Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, Santiago, Año IX, número 4, enero-junio 2003, p. 258.

³⁶⁴ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 395 y 396.

³⁶⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 397.

³⁶⁶ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 398.

³⁶⁷ Mereminskaya, Elina, ob. cit., p. 258.

1. Como un **canon o criterio para la interpretación de los contratos**: la interpretación ha de hacerse de tal manera que el sentido que se atribuya a los contratos, sea el más apropiado para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales. La noción de lealtad, dice Mereminskaya, se refiere al marco de expectativas que se establece en torno a una relación contractual. Tal marco traza los límites de lo que razonablemente pueda esperar un acreedor y de lo que es tolerable para un deudor, según la finalidad del contrato. Se dice que aun cuando en las normas de interpretación de los contratos no exista una norma que se refiera directamente a la buena fe, la aplicación de este principio en la interpretación de aquellos deriva del propio tenor del artículo 1546. Es decir, la interpretación de un contrato contraria a la buena fe, afecta los alcances de las obligaciones contractuales, y con ello, viola el artículo 1546. Nuestros tribunales así lo han entendido, sosteniendo que “La buena fe es un principio primario en la interpretación de los contratos.”³⁶⁸

2. Como un **canon o criterio para limitar el ejercicio abusivo de derechos subjetivos**: cita Mereminskaya a Fueyo, quien expresaba al respecto que de los contratos “nacen obligaciones que admiten adecuación razonable por intervención de factores extraños al tenor literal y rígido del contrato. En tal virtud, se debe todo lo explícitamente acordado que luego, sin embargo, pasará por el tamiz de la buena fe y la lealtad que se deben los contratantes.”³⁶⁹ Así, agrega Mereminskaya a modo de ejemplo, “el deudor no puede esperar que se considere que ha entregado la mercadería a su debido tiempo si llega al establecimiento del acreedor el día previsto, pero a las 12 de la noche. Tampoco actúa de buena fe el acreedor si al determinar el medio de transporte a costo del deudor, envía las mercaderías con un correo-express.”³⁷⁰

Aquí entonces, la buena fe opera **restringiendo lo pactado**.

3. Como un **criterio de conducta, conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones**: “en la buena fe puede basarse –refiere Mereminskaya- una ampliación del deber de prestación, más allá de los términos resultantes del contexto del contrato o de la ley. Así, se reconoce en la doctrina chilena que ‘se deberá lo que no figura explícitamente y que resulta de aplicar los módulos buena fe y lealtad’”.³⁷¹ Esta ampliación de deberes la realizará el juez, a través de una interpretación supletoria o integradora, mediante la que el juez añade, a lo estipulado por las partes, aquello que resulta necesario, para alcanzar los fines del convenio. Se afirma que esta interpretación supletoria del contrato, se sitúa en una zona gris, intermedia entre la interpretación propiamente tal y la determinación de los términos implícitos del contrato. Así, interpretar el contrato para dirigirlo a su ejecución leal, implica, muchas veces, dar lugar a obligaciones que no se pactaron expresamente, pero

³⁶⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXXVIII, año 1981, número 2; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCVI, año 1999, número 2; *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, artículo 1546, casos números 1 y 9, pp. 245 a 247: todos citados por Mereminskaya, Elina, ob. cit., nota en p. 259.

³⁶⁹ Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones del derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990, p. 151 y 152, citado a su vez por Mereminskaya, Elina, ob. cit., p. 259.

³⁷⁰ Mereminskaya, Elina, ob. cit., p. 259.

³⁷¹ Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones del derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990, p. 151 y 152, citado a su vez por Mereminskaya, Elina, ob. cit., p. 259.

que las partes, sin embargo, asumieron implícitamente. Se sobrepasa de esta manera, la “literalidad contractual.”³⁷²

Conforme a esta función, la buena fe opera **ampliando lo estipulado por las partes.**

b.3) Diversas manifestaciones de la buena fe objetiva en el *Iter contractual*.

Dado que tiene un valor normativo flexible, que se va precisando de modo casuístico, no es posible enumerar todas las manifestaciones concretas de la buena fe durante todo el “*iter contractual*”. Sí pueden señalarse algunos ejemplos:

+ En los tratos preliminares: cada uno de los negociadores debe presentar las cosas conforme a la realidad. Deben expresarse con claridad, absteniéndose de afirmaciones falsas o inexactas o de un silencio o reticencia que puede llevar a una equivocada representación de los elementos subjetivos y objetivos del contrato que se pretende celebrar. Así, por ejemplo, respecto de LOS SUJETOS, no debe incurrirse en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores, sobre su salud mental, sobre sus aptitudes laborales, artísticas o técnicas, etc. En relación AL OBJETO, por ejemplo en el seguro contra incendio de un inmueble, debe informarse fielmente sobre los materiales de que se compone la cosa.³⁷³

En algunos casos, estas hipótesis pueden configurar DOLO en la conclusión del contrato, aplicándose entonces el art. 1458. Pero aún sin dolo, toda vez que se violan negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho indemnizando por “culpa in contrahendo” (caso de responsabilidad civil precontractual).³⁷⁴ Otro ejemplo de buena fe objetiva durante los tratos preliminares, es el deber de guardar los secretos conocidos durante las negociaciones, o el deber de advertir que no se está en situación de concluir un contrato válido.³⁷⁵

De lo expuesto, se puede concluir que el interés jurídicamente protegido “está referido al daño sufrido por el partícipe damnificado por haber sido envuelto en negociaciones inútiles, a raíz del retiro intempestivo y arbitrario del otro partícipe o por el ocultamiento de situaciones que resulten ser, posteriormente, causas de nulidad del contrato resultante.”³⁷⁶

Se trata de participar entonces en forma correcta y leal en las negociaciones, lo que implica por ende **actuar de buena fe**. Como refiere De Los Mozos, citando a Castán

³⁷² Mereminskaya, Elina, ob. cit., pp. 259 y 260.

³⁷³ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 400.

³⁷⁴ Frente a la concepción rígida y negativa de la doctrina tradicional, que descartaba la responsabilidad antes del perfeccionamiento del contrato, aparece en la doctrina una reacción encabezada por el jurista alemán Ihering en su obra “De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas”, desarrollada posteriormente por el italiano Gabriel Faggella. Ihering (quién escribió en el año 1860), sostuvo que la diligencia propia del contrato no sólo se exigía en las relaciones ya establecidas, sino también a las relaciones contractuales en vías de formación; de ahí que hable de una “culpa in contrahendo”, o sea, de una culpa (y por ende de una responsabilidad subsecuente) que se origina mientras se estaba contrayendo el contrato: cfr. nuestro trabajo “De la responsabilidad precontractual con especial énfasis en los tratos negociales previos”, *Revista Entheos*, año 4, Volumen Unico, 2006, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Las Américas, pp. 267 a 303.

³⁷⁵ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 400 y 401.

³⁷⁶ Saavedra Galleguillos, Francisco, artículo “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”, en *Revista LEX ET VERITAS*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK, Santiago, Editora Metropolitana, 2004, Vol. 2, pág. 93.

Tobeñas, “...en la base de la formación del contrato hay ya para las partes un deber de lealtad recíproca y buena fe. Por regla general, la ruptura de los tratos no traerá consigo ninguna responsabilidad; más si llegadas las convenciones a un punto en que podía razonablemente esperarse la conclusión del contrato, y una de las partes se vuelve atrás sin motivo justificado, está obligada a responder a la otra, por su arbitrario proceder, de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que haya sufrido.” Agrega que ante el silencio legal (en el Código Civil español), “...cabe perfectamente aplicar el principio de la buena fe (...) al ser uno de los confortantes, no sólo del Derecho de obligaciones, sino de todo el orden jurídico y que obliga a las partes a no faltar a ella o contradecirla en los tratos previos a la perfección del contrato.”³⁷⁷

Para Francisco Saavedra, a modo ejemplar, constituyen conductas que no infringen este proceder de buena fe, o dicho en términos positivos, son conductas que están conformes al principio de actuar de buena fe, las siguientes:

- Participar en las negociaciones estando debidamente facultado para ello (cuando quien actúa, lo hace a nombre y en representación de otro).
- Que una de las partes no sea inducida a contratar mediante la entrega de informaciones falsas, erróneas, simuladas o incompletas.
- Que para la seguridad de las negociaciones se respeten los acuerdos de confidencialidad que se hubieren adoptado y se custodien diligentemente los documentos entregados.
- No haber ocultado hechos que podrían acarrear luego la nulidad o la ineficacia de lo acordado.
- Que las negociaciones no se prolonguen deliberadamente para luego contratar con otro.
- Que no se realicen actos disfuncionales que entorpezcan o que encarezcan inútilmente las negociaciones.
- Que una de las partes no se sustraiga o retire arbitraria o injustificadamente de las negociaciones.
- Que no se revoquen propuestas que se había prometido que no serían retiradas, etc.³⁷⁸

+ En la celebración del contrato: especialmente encontramos ejemplos en la legislación comparada. Así, el art. 1338 del CC. italiano establece que la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causal de invalidez del contrato, no la ha informado a la otra, debe resarcir el daño sufrido por la última al confiar, sin culpa suya, en la validez del acto.

En nuestro Código, algunos ven un ejemplo en el art. 1815, venta de cosa ajena: las indemnizaciones a que tiene derecho el comprador en caso de ser evicta la cosa, se vinculan con la buena fe objetiva. En este contexto, López Santa María critica la pacata concepción actual de la lesión enorme en Chile, que opera en muy pocos casos y que no permite anular -a diferencia de lo que acontece en el Derecho Comparado, según ya se revisó- contratos a través de los cuales una de las partes hubiese explotado el estado de necesidad o la inexperiencia de la otra, obteniendo ventajas patrimoniales desproporcionadas e ilegítimas; subraya el autor citado que cuando menos, estas abyectas situaciones de hecho podrían ser sancionadas en tanto vulneratorias del deber de rectitud y lealtad contractuales que la buena

³⁷⁷ De Los Mozos, José Luis, artículo “Responsabilidad en los ‘tratos preparatorios’ del contrato”, Madrid, Editoriales Dykinson, S.L. y Ciudad Argentina, 2001, p. 169, que a su vez cita a Castán Tobeñas J. M.-García Cantero G., *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 16ª. Edición, 1992.

³⁷⁸ Saavedra Galleguillos, Francisco, ob. cit., p. 94.

fe impone, otorgando una indemnización al afectado. La buena fe debiera imponer entonces un equilibrio mínimo a las utilidades que caracterizan el contrato conmutativo.³⁷⁹

La buena fe también impone el deber de redactar la convención con la claridad necesaria. Si se infringe este deber, podría tener aplicación la regla subsidiaria del art. 1566, en el ámbito de la interpretación de los contratos. De esta forma, se castigaría indirectamente la mala fe de la parte que redactó la cláusula oscura o ambigua.

Los artículos 1468 y 1683 del Código Civil, se vinculan con la mala fe al momento de otorgar o celebrar un acto o contrato. Conforme al primero, “*No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícitas a sabiendas*”. De esta manera, quien contrató de mala fe, y ésta consistía en haber conocido la ilicitud del objeto o de la causa, no podrá obtener que se le restituya su prestación, tras la declaración de nulidad del contrato. Conforme al segundo, “La nulidad absoluta (...) puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”: así las cosas, se castiga la mala fe, impidiendo que aquél que incurrió en ella, demande la nulidad del contrato.

+ En el cumplimiento del contrato: en primer lugar, el art. 1558, en cuanto si la incorrección o deslealtad llega a ser constitutiva de dolo, se responde también por los perjuicios imprevistos. Pero más importante en este punto, es el art. 1546.

Como novedades normativas, susceptibles de derivarse de la buena fe, López Santa María propone, a vía de ejemplos, los siguientes casos:

1º Desestimar la demanda de resolución de un contrato, fundada en un incumplimiento parcial de poca monta. Y rechazo de la *Exceptio non rite adimpleti contractus* (como se indicó en el estudio de los contratos unilaterales y bilaterales, tal nombre recibe la excepción de contrato no cumplido opuesta por el demandado, cuando el demandante dejó de cumplir una parte mínima o insignificante de sus obligaciones. Conforme al artículo 1460, inciso 1º del Código Civil italiano, esta excepción es contraria a la buena fe, y por lo tanto debe ser rechazada por el juez. En igual sentido, el artículo 320 del Código Civil alemán: “El obligado por virtud de un contrato sinalagmático podrá negarse a hacer la prestación que le incumba hasta que se haga la contraprestación, a no ser que se haya obligado a hacerla inmediatamente. Si la prestación hubiere de hacerse a varios derechohabientes podrá rehusarse la parte correspondiente a cada uno hasta que se realice toda la contraprestación (...) Si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y en particular la insignificancia de la parte restante.”).

2º Desestimar la demanda indemnizatoria por incumplimiento de un contrato, cuando la aplicación de la buena fe tipificare una causal de inexigibilidad (por ejemplo, respecto del artista que no se presentó al espectáculo público a que se había comprometido, por fallecimiento o enfermedad grave de un familiar cercano).

3º Admitir la tesis de Fernando Fueyo, según la cual a los requisitos legales del pago – ejecución literal e integridad (arts. 1569 y 1591)-, debe añadirse la buena fe del *solvens* y del *accipiens*.

4º Admitir por los tribunales, conforme a las últimas tendencias de la doctrina, la posibilidad de revisar los contratos en casos de excesiva onerosidad sobreviniente.³⁸⁰

³⁷⁹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 401 y 402.

³⁸⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 403.

+ En las relaciones postcontractuales: durante la fase de liquidación del contrato, la buena fe objetiva también impone deberes específicos. Así, por ejemplo, terminado el contrato de arrendamiento de oficinas o locales comerciales, el propietario debe permitir al antiguo arrendatario colocar un aviso anunciando el lugar al que se ha trasladado. También en lo que respecta al deber de secreto o reserva. Aquellas cuestiones que uno de los contratantes hubiere conocido con motivo o con ocasión del contrato celebrado y ejecutado, y cuya difusión o conocimiento por terceros pueda dañar a la contraparte, deben permanecer en el secreto o reserva.³⁸¹

La importancia del principio de la buena fe en materia contractual ha llevado a numerosos códigos ha consagrarlo en forma explícita: así, por ejemplo, establece el artículo 422 del Código Civil brasileño: “Los contratantes están obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe.”; el artículo 1362 del Código Civil peruano: “Artículo 1362°.- Buena Fe. Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”; el artículo 1258 del Código Civil español: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”; artículo 961 del Código Civil y Comercial argentino: “Artículo 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”; artículo 1291 del Código Civil uruguayo: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. / Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.”

CAPITULO IV: INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.³⁸²

1.- Concepto.

Interpretar un contrato, es determinar el sentido y alcance de sus estipulaciones. En tres hipótesis fundamentales tiene lugar la interpretación del contrato:

- a) Cuando sus términos son oscuros o ambiguos.
- b) Cuando siendo claros sus términos, no se concilian con la naturaleza del contrato o con la verdadera intención de las partes, que aparece manifiesta; y
- c) Cuando relacionando las cláusulas del contrato, surgen dudas acerca del alcance particular de alguna o algunas de ellas.

De esta forma, cuando no estamos ante ninguna de las tres hipótesis mencionadas, lo que debe hacer el juez no es *interpretar*, sino sencillamente *aplicar* el contrato. Así lo ha señalado la Corte Suprema, según consignaremos más adelante.

En nuestra doctrina, ha surgido una discusión, en cuanto a si las reglas de interpretación de los contratos contempladas en el Código Civil son imperativas para los

³⁸¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 405 a 407.

³⁸² Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 411 a 540.

jueces –cuando sea necesario interpretar el contrato-, o por el contrario, meros criterios orientadores de su labor indagatoria de la voluntad de las partes. A juicio de Alessandri, las reglas de interpretación no son obligatorias para el juez en el sentido que éste se vea necesariamente obligado a seguirlas, ni mucho menos aplicarlas en un orden preestablecido, sino que tienen el carácter de verdaderos consejos dados por el legislador al juez. A fin de cuentas, concluye que habría sido mejor no consignar estas reglas y dejar a los jueces con más libertad para estos efectos. Agrega que si el C.C.CH. las consignó, fue por imitación del CC. francés, el que a su vez no hizo sino repetir lo que decía Pothier al respecto.³⁸³ Meza Barros señala por su parte que el juez debe aplicar en su tarea interpretativa la lógica, el buen sentido, la experiencia, su conciencia y la buena fe. López Santa María discrepa de la tesis de Alessandri. Afirma que el legislador no cumple su misión dando consejos. Las normas sobre interpretación tienen carácter imperativo, cuya inobservancia por parte del juez puede ser impugnada en casación. La mayoría de los autores contemporáneos y la jurisprudencia siguen la misma línea.³⁸⁴

2.- Carácter de las reglas legales de interpretación.

Los arts. 1560 a 1566 regulan la materia. Corresponde a los jueces del fondo (de primera y segunda instancia) interpretar los contratos, y escapa al control de la Corte Suprema. Colin y Capitant, aludiendo a la posibilidad de que se pueda recurrir a la Corte de Casación cuando el juez ha interpretado mal la voluntad de los contratantes, señalan que se trata de una cuestión muy delicada, pues equivale a preguntarse si la interpretación de las cláusulas de un contrato, la investigación de la voluntad de las partes, es una cuestión de hecho o de derecho. Se sostuvo por algunos, en Francia, al poco tiempo de entrar en vigencia el Código Napoleón, que es una cuestión de derecho, puesto que la convención es *la ley* de las partes, e interpretarla es interpretar la ley. Pero al poco tiempo, la Corte Suprema, en un fallo de 1808, vino a declarar que la interpretación de las cláusulas de un contrato es una pura cuestión de hecho. Desde esa época, la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa no ha cambiado, desprendiéndose que los jueces de instancia son los únicos que tienen la misión de interpretar las cláusulas litigiosas. Y de decir cuál es su sentido. En efecto, agregan los autores franceses citados, por una parte, para hacer esta interpretación, hace falta, necesariamente, conocer todos los hechos pertinentes al caso, investigar, no solamente en los términos mismos del documento, sino en las circunstancias que le han acompañado cuál ha sido la voluntad de las partes; de tal modo, la interpretación del documento se relaciona demasiado íntimamente con la apreciación de los hechos para poder separarse de ellos. Y, por otra parte, la función superior de la Corte de Casación, que es la de asegurar la unidad de la jurisprudencia, le concede facultades para interpretar *las leyes generales*, pero no esta “ley especial” de las dos partes que procede de una convención y en cuya interpretación no hay evidentemente, que temer las divergencias de la jurisprudencia.³⁸⁵ Nuestra Corte Suprema ha seguido un criterio similar. Al respecto, de un fallo de fecha 5 de enero de 1981, se desprende que “Las leyes relativas a la interpretación de los contratos son normas dadas a los jueces del mérito a fin de que escudriñen la verdadera intención de las partes contratantes. La determinación de esa intención es una

³⁸³ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 69.

³⁸⁴ Cfr. López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 455 a 457.

³⁸⁵ Colin, Ambrosio y Capitant, Henry, ob. cit., pp. 707 y 708.

cuestión de hecho que generalmente escapa al control de la Corte Suprema, y si ella se determina o establece sin incurrir en error de derecho, no cabe el recurso de casación en el fondo.”³⁸⁶

Así las cosas, se ha sostenido en Chile, que la Corte Suprema sólo interviene cuando se infringe una ley vinculada al contrato de que se trate, lo que ocurrirá en los siguientes casos:

- a) Cuando se atribuye a los contratos efectos diversos de los que prevé la ley.
- b) Cuando se desnaturaliza el contrato al interpretarlo.

Ocurrirá lo anterior, por ejemplo, cuando habiendo celebrado las partes un contrato de compraventa, el juez, al fallar, le atribuye a tal contrato los efectos de otro contrato: “sentados los hechos que el juez deduce al efectuar la interpretación de un contrato, el examen de la naturaleza jurídica de esos hechos y de los efectos del contrato que produce, son cuestiones de derecho susceptibles de ser revisadas por el tribunal de casación, bajo cuya crítica cae toda desnaturalización jurídica del contrato.”³⁸⁷ En otra sentencia, de fecha 4 de noviembre de 2009, la Corte Suprema reitera el principio expuesto, señalando al efecto: “la jurisprudencia de este Tribunal de Casación ha sido uniforme en sostener que la interpretación de los contratos constituye una actividad que queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia y solamente procede que sea revisada por la Corte Suprema en cuanto con su resultado se desnaturalice el contenido y alcance de la convención, con lo que se incurriría así en una transgresión tanto a la ley del contrato –cuya regla se contiene en el artículo 1545 del Código Civil–, como a las disposiciones pertinentes a la interpretación de los mismos –previstas en los artículos 1560 y siguientes del citado cuerpo legal–. Ello ocurrirá, ciertamente, cuando se alteren las consecuencias de las cláusulas pactadas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se consintieron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, se producirá como efecto que ‘el poder soberano o de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicables; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por violación de la ley del contrato. (Luis Claro Solar, “Derecho Civil Chileno y Comparado”, página 474).”³⁸⁸

En tales casos, la Corte Suprema puede hacer respetar el principio de que el contrato es ley para las partes.

En este contexto, la jurisprudencia ha dejado en claro que existen dos fases:

- a) La interpretación de las cláusulas de un contrato y la determinación de la intención que movió a las partes a celebrarlo es una cuestión de hecho. Los jueces la deducen del mérito de la propia convención, de los antecedentes reunidos en el proceso y de la ley. Por lo tanto, escapa de la censura del tribunal de casación.
- b) Sentados los hechos que el juez deduce al efectuar la interpretación de un contrato, el examen de la naturaleza jurídica de esos hechos y de los efectos que el contrato produce,

³⁸⁶ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 392.

³⁸⁷ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 392: sentencias de la Corte Suprema de fechas 28 de julio de 1967, 28 de abril de 1971 y 28 de junio de 1972.

³⁸⁸ www.legisnews.com Boletín diario de Jurisprudencia Chilena.

son cuestiones de derecho susceptibles de ser revisadas por el tribunal de casación, bajo cuya crítica cae toda desnaturalización jurídica del contrato.

3.- Métodos de interpretación.

Dos métodos se conciben: subjetivo y objetivo.

3.1. Método subjetivo.

Busca determinar cual es la voluntad REAL de los contratantes. Se trata de indagar acerca del verdadero pensamiento de los contratantes, el que debe primar sobre la voluntad declarada, considerando que no pocas veces los contratantes expresan su voluntad en forma inadecuada. Este es el sistema del C.C.CH., siguiendo al CC. francés.

Este método es una consecuencia lógica de la doctrina clásica de la voluntad, que postula que esta es, de algún modo, la causa eficiente de todo derecho (tanto en el plano del Derecho objetivo, fruto de la voluntad nacional, cuanto en el plano de los derechos subjetivos, y en especial los derechos personales, fruto de una supuesta voluntad soberana de los contratantes). Es lógico por tanto que la teoría tradicional haya prescrito que en la interpretación de los contratos, el intérprete debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las INTENCIONES o voluntad psicológica de los contratantes.

3.2. Método objetivo.

Plantea que no interesa la voluntad que tuvieron las partes al concluir el contrato, debiendo fijarse el alcance de las cláusulas discutidas de acuerdo al sentido normal de la declaración, de manera que los efectos jurídicos serán los que cualquier hombre razonable atribuiría a la convención. En otras palabras, la declaración de voluntad tiene un valor en sí, con autonomía o independencia de la intención de los contratantes. No debe indagarse entonces la intención de los contratantes, sino un alcance que debe atribuirse a la declaración, atendiendo a la costumbre, usos corrientes o prácticas usuales de los negocios. Lo anterior demuestra que el método objetivo de interpretación está directamente vinculado con la buena fe objetiva.

Este método adoptó el CC. alemán de comienzos de siglo, apartándose del sistema francés.

Resumiendo lo expuesto acerca de los métodos subjetivo y objetivo, podríamos concluir en los siguientes términos:

* Al contratar: ha de primar la intención de los contratantes, recurriendo entonces al método subjetivo de interpretación, y operando la buena fe subjetiva;

* Al ejecutar el contrato: en el silencio de las partes o cuando no es posible deducir la intención de los contratantes, ha de primar la buena fe objetiva, ajustándose la conducta de las partes a los parámetros legales.

4.- Objetivo fundamental: intención de los contratantes.

Dispone el artículo 1560 del Código Civil: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Esta norma, señala Alessandri, es diametralmente opuesta a las que el CC. da para la interpretación de la ley, en especial el art. 19. Agrega que esta diferencia se debe a que el CC. presume que el legislador es culto, conoce el lenguaje, procurando emplear cada

palabra en su sentido natural y obvio; en cambio, los contratantes usualmente no tienen un conocimiento cabal y completo del lenguaje y por tanto pueden dar a las palabras un sentido distinto al natural y obvio que les da el Diccionario de la RAE e incluso la sociedad en general. De tal forma, más importante que aquello que los contratos digan, es aquello que las partes quisieron estipular.³⁸⁹

Pero si la voluntad de las partes se conoce claramente, si no hay ambigüedad en ninguna de las expresiones del contrato, no hay necesidad de indagar más. Bastará la simple lectura del contrato para interpretar la verdadera intención de las partes. La Corte Suprema, en esta línea, ha señalado que si el tenor literal del contrato no merece dudas, más que **interpretarlo**, lo que debe hacerse es **aplicarlo**. En tal sentido, expresa una sentencia del máximo Tribunal (los énfasis son nuestros): “Que respecto a los artículos 19 y 1545 del Código Civil, estos básicamente expresan que si la ley o el contrato -elevado por este último artículo a la categoría de ley para las partes- son claros en su sentido, no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Este principio ocasiona que la exégesis de la ley o del contrato se guíe primeramente por todo lo dispuesto en forma clara, prístina, sin que sea necesaria una actividad de interpretación mayor. Por el contrario, las reglas de interpretación tanto de la ley como de los contratos forman un sistema de cascada, permitiendo un mayor grado de flexibilidad en la interpretación a medida que el texto o sentido de la ley y el contrato sean más o menos oscuros y confusos, y, por el contrario, ésta actividad de interpretación se verá limitada drásticamente cuando la voluntad de las partes –en el caso del contrato- ha sido claramente manifestada, en un sentido unívoco, **lo que no da lugar a interpretar la ley o el contrato, sino a aplicarlo (...)** Que el contrato materia de la litis establecía de forma clara y transparente, cual era el mecanismo que las partes tenían para ponerle fin, consistente en enviar una carta certificada a la otra parte manifestándole su intención de no renovar el contrato, con una anticipación mínima de 60 días antes de la fecha de término. Por ende, no habiéndose acreditado en autos la existencia de dicha comunicación, no podían los jueces de la instancia suponer la existencia de una derogación tácita del contrato³⁹⁰, puesto que el mecanismo de término de él estaba inequívocamente establecido en su propio texto, siendo una ley para las partes y pudiendo ser sólo invalidado entonces por su mutuo consentimiento o por causas legales, que en este caso estaban determinadas en el mismo contrato, sin que ellas se produjeran. Que, asimismo, la voluntad de las partes aparece claramente explicitada en el contrato, por lo cual no existiendo puntos oscuros en su redacción, debía estarse al tenor literal del contrato, **no estando facultados los jueces de la instancia a interpretarlo** –ya que sólo se requería **aplicar** sus inequívocas disposiciones-, menos aún con elementos externos al contrato objeto de la litis, como otros contratos celebrados entre las mismas partes. Como el contrato es absolutamente claro en sus cláusulas, **la labor de interpretación del juzgador se ve claramente limitada a aplicar el artículo 1545 y/o el 1560 del Código Civil.**³⁹¹

³⁸⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 69.

³⁹⁰ Una de las partes, alegó que el contrato había expirado, al celebrar las partes otro contrato, de la misma naturaleza (seguro). La otra parte, sin embargo, sostuvo que en el nuevo contrato, no se hizo referencia alguna al primero de los contratos, de manera que éste debía entenderse vigente.

³⁹¹ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2009, autos Rol 5.197-2008, recaída en el juicio arbitral “Administradora de Fondos de Pensiones Magister S.A. con Renta Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A.”. El árbitro acogió la demanda, declarando terminado el contrato de seguro y condenando a la demandada al pago de 34.376 Unidades de Fomento. La demandada apeló, revocándose la sentencia, declarando la Corte de Apelaciones de Santiago que se rechazaba la demanda. La Corte Suprema,

Pero puede ocurrir que las cláusulas del contrato sean ambiguas y que las partes discrepen acerca del sentido que debe dárseles. Interpretará entonces el juez, de conformidad con las reglas que establecen los arts. 1561 y siguientes.³⁹²

En relación al art. 1560, un fallo de la Corte Suprema de junio del año 1978, señala que las partes pueden discrepar sobre la CALIFICACION o INTERPRETACION del contrato. En el primer caso será necesario determinar qué convención se ha generado, si una compraventa, una dación en pago, una transacción, etc., y los efectos consiguientes. En el segundo caso, en el de la interpretación, habrá que determinar cuál ha sido la intención, voluntad o propósito de las partes para actuar en un sentido o en otro, conforme a las cláusulas que establecieron en su convención.³⁹³ Este concepto de interpretación se adecua más a la conducta de las partes que al contrato mismo. La interpretación del contrato es la actividad encaminada a descubrir la común intención de las partes que las ha determinado a celebrar el contrato. Para este efecto, se indagan o escrutan las declaraciones de voluntad y, eventualmente, el comportamiento de los contratantes, la aplicación práctica que hayan hecho de las cláusulas estipuladas, etc.

Los tribunales también han deslindado sus atribuciones exclusivas para interpretar el contrato en caso de conflicto. Sobre el particular, un fallo de la Corte Pedro Aguirre Cerda de septiembre de 1989 deja en claro que la interpretación de los contratos no compete a la autoridad administrativa, sino a los tribunales: la interpretación de un contrato que habría sido tácitamente modificado es materia de lato conocimiento y debe ser resuelta en el juicio correspondiente. En consecuencia, resulta improcedente sancionar con multa el incumplimiento de una interpretación no establecida legalmente sino por una autoridad administrativa, como es la Dirección e Inspección del Trabajo, facultadas para sancionar infracciones a la legislación laboral o de seguridad social y a sus reglamentos, pero no para interpretar contratos.

5.- Reglas de interpretación de los contratos.

5.1. *Regla de la aplicación restringida del texto contractual:* art. 1561: “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”

Referida al alcance de los términos generales del contrato. En el mismo sentido, art. 2462, en la transacción: “Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.”

Así, por ejemplo, si se celebra una transacción poniendo término a un litigio pendiente o precaviendo un litigio eventual por concesiones recíprocas, y si “A” se obliga a pagar a “B” \$ 1.000.000.-, expresándose que las partes se declaran libres de todas sus pretensiones respectivas, los términos generales del contrato no perjudican los derechos de “A” contra “B” nacidos después de la convención, ni tampoco aquellos que ya existían al momento de la celebración de la transacción pero de los cuales las partes no tenían conocimiento.

retomó el criterio del juez árbitro, acogiendo un recurso de casación en el fondo interpuesto por la actora: www.legisnews.com Boletín diario de Jurisprudencia Chilena.

³⁹² Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 70.

³⁹³ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 391.

Aplicando el art. 1561, la Corte de Apelaciones de Santiago falló que si se estipula que en la administración de los bienes del poderdante podrá el Banco mandatario, entre otras cosas, prestar y exigir fianzas, la facultad de afianzar que se concede sólo se refiere al otorgamiento de fianzas dentro de la administración de los bienes del poderdante. En consecuencia, sale de los términos del mandato y no obliga al mandante la fianza otorgada por el Banco para asegurar el pago de letras propias de él mismo.³⁹⁴

5.2. *Regla de la natural extensión de la declaración:* art. 1565: “Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende.”

Fija una regla opuesta a la anterior, a primera impresión. Los ejemplos puestos en un contrato, no implican que se aplique sólo al caso que se coloca como ejemplo; es decir, no se entiende que las partes han querido limitar los efectos del contrato al caso o casos especialmente previstos. La oposición entre el art. 1561 y el art. 1565 es puramente aparente, puesto que son manifestaciones distintas de un mismo principio general, el que ordena al intérprete considerar todas las circunstancias de la especie.

Así, por ejemplo (siguiendo el ejemplo de Pothier), si en una capitulación matrimonial se dice que los esposos estarán en comunidad de bienes, en la cual entrará el mobiliario de las sucesiones que pudieren tocarles, esta cláusula no impide que también ingresen a la comunidad todas las otras cosas que a ella entran según el derecho común, pues el caso colocado por las partes sólo fue agregado para evitar dudas sobre el particular.

5.3. *Regla del objetivo práctico o utilidad de las cláusulas:* art. 1562: “El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

Si una cláusula por su ambigüedad o por su oscuridad puede llevar a dos conclusiones distintas, pero una de estas no tiene significado alguno y solamente alguna de ellas puede producir algún efecto, deberá preferirse esta última interpretación, porque es lógico suponer que las partes estipularon esa cláusula para que produjera algún efecto. En otras palabras, es lógico suponer que las partes no han querido introducir en el contrato cláusulas inútiles o carentes de sentido.

Así, ha concluido la Corte de Valparaíso que si en un contrato de arrendamiento se estipula que el arrendatario deberá pagar las contribuciones, debe entenderse que son las que afectan al dueño o al arrendador del local y no las que de todos modos gravan al arrendatario. Interpretar en sentido contrario la respectiva cláusula, haría que ésta no produjera efecto alguno, pues no se concibe que el arrendador quisiera imponer obligaciones que de ningún modo pueden interesarle.³⁹⁵

En otro fallo, de la Corte de Concepción de junio de 1986, se afirma que no puede aceptarse que una hipoteca se constituyó para garantizar sólo obligaciones pagaderas en moneda corriente, si en la cláusula primera, después de la enumeración casuística, se agrega la frase final en que se alude a cualquiera otra operación u obligación que por cualquier

³⁹⁴ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 428.

³⁹⁵ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 431.

causa pueda celebrarse con el acreedor (un Banco), lo que hace comprender en la garantía tanto las obligaciones pagaderas en moneda nacional como extranjera. Y esta conclusión aparece más evidente si se considera que fue precisamente en fecha coetánea que se suscribieron pagarés en dólares; no puede pretenderse encontrar sentido a una cláusula de garantía dirigida a asegurar en forma cabal su cumplimiento para luego otorgar un crédito en moneda extranjera que no ampararía la constitución de hipoteca.³⁹⁶

La Corte Suprema, por su parte, en un fallo de agosto de 1937, aplica el precepto en relación al uso de la firma social de una sociedad, concluyendo que si una cláusula contractual establece que uno de los socios tendrá el uso de la razón o firma social, el otro queda excluido de su uso. No cabe argüir que por el hecho de ser administrador el otro socio, puede éste usar la firma social a virtud de que la facultad de administrar lleva consigo la de usar la firma social, pues es evidente que cuando se dice en el contrato que sólo uno de los socios tendrá ese uso, se excluye al otro.³⁹⁷

Finalmente, en un fallo de la Corte de La Serena de febrero de 1992, se puntualiza que la referencia en un título de dominio a una bahía como límite de la heredad no hace dueño al titular de ésta de la playa adyacente, puesto que tal referencia debe ser entendida en términos que produzca algún efecto legal y no contrario a la ley, desde que los terrenos de playa son bienes nacionales de uso público y su dominio pertenece a la nación toda.³⁹⁸

5.4. *Regla del sentido natural*: art. 1563, inciso 1º: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.”

Pothier, para expresar la misma idea, señalaba: “Cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, debe entenderse los en el sentido más conveniente a la naturaleza del contrato.”

Así, por ejemplo, si se fija que la renta de arrendamiento de un inmueble urbano será de \$ 400.000.-, debe concluirse, aunque no se haya dicho, que se trata de una renta mensual y no anual o por el período que dure el contrato, pues es de la naturaleza de los arrendamientos de predios urbanos destinados a la habitación, que la renta se pague mensualmente.

En un fallo de la Corte de Santiago de abril de 1863, se concluía que si se estipulaba que al final del arrendamiento se abonaría al arrendatario los álamos y demás árboles frutales que plantara, en estos últimos no se comprendían las plantas de viña. Estas últimas no caen dentro del término árboles, atendido lo que expresa el Diccionario de la Lengua y la práctica uniforme de los agricultores, que siempre en sus contratos acostumbran distinguir entre las plantas de viña y los árboles frutales.³⁹⁹

Alessandri y Meza Barros incluyen en esta regla el inciso 2º del art. 1563, referido a las cláusulas de uso común. López Santa María, en cambio, las concibe como una regla diferente, que denomina regla de las cláusulas usuales.

³⁹⁶ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 431.

³⁹⁷ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 432.

³⁹⁸ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 433.

³⁹⁹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 433.

5.5. *Regla de la armonía de las cláusulas*: art. 1564, inciso 1º: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”

Cualquier intérprete, comienza por observar el conjunto o la totalidad de aquello que debe interpretar. Normalmente, las cláusulas de un contrato se hallan subordinadas unas a otras. Así como la ley debe interpretarse de manera que haya entre todas sus disposiciones la debida correspondencia y armonía, porque la ley forma un todo que persigue un fin general, de la misma manera los contratos forman un todo único, que desde la primera hasta la última cláusula tienen un mismo objeto. Por ello, el juez no puede interpretar aisladamente. Puede ocurrir sin embargo, que las cláusulas que individualmente consideradas son precisas, se tornen contradictorias en el conjunto del contrato.⁴⁰⁰

En un fallo de la Corte de Santiago, de noviembre de 1942, se establece que si en una carta-poder se autoriza al mandatario para cobrar las cantidades adeudadas hasta obtener el pago, y se agrega que aquél pedirá que los valores se giren a favor de otra persona, el mandatario no está facultado para percibir. Así se concluye de la relación de las dos cláusulas.⁴⁰¹

En otro fallo de la Corte Suprema de junio de 1905, se puntualiza que si en la cláusula de un contrato se dice que una de las partes dona a la otra una faja de terreno, comprometiéndose, en cambio, la segunda, en otra cláusula del contrato, a construir una línea férrea, la transferencia del mencionado terreno no puede estimarse hecha a título de donación gratuita, sino que debe considerarse como el equivalente de la construcción.⁴⁰²

Finalmente, en una sentencia de la misma Corte, de diciembre de 1919, se subraya que no pueden dividirse el efecto ni la subsistencia de las diversas estipulaciones del convenio, de tal manera que valgan en una parte y no en otra. Por tanto, así como se han mantenido los efectos de la hipoteca constituida sobre los bienes del deudor, debe también subsistir la remisión estipulada de una parte de los créditos y del total de los intereses en provecho del deudor.⁴⁰³

5.6. *Regla de la interpretación de un contrato por otro*: art. 1564, inciso 2º: “Podrán también interpretarse (las cláusulas de un contrato) por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.”

Se puede recurrir a otros contratos celebrados por las mismas partes sobre idéntica materia. La convención susceptible de ser considerada en la interpretación puede ser anterior o posterior al contrato objeto del litigio. Especial aplicación tiene esta regla en aquellos negocios que sólo llegan a realizarse mediante una serie de contratos, todos ellos referentes a la misma materia.

⁴⁰⁰ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 440.

⁴⁰¹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 435.

⁴⁰² *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 434.

⁴⁰³ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 434.

En un fallo de la Corte Suprema de agosto de 1920, se indica que esta regla es facultativa para el tribunal. Este puede o no aplicarla al resolver la contienda.⁴⁰⁴ Este criterio jurisprudencial podría explicarse por la frase “Podrán también”, empleada en el inciso 2° del artículo 1564, a diferencia de la redacción imperativa que tienen los restantes preceptos del título XIII del Libro IV.

Por su parte, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de julio de 1931, se concluye que siendo vago un contrato en que el actual demandado se compromete a pagar una comisión por ciertos servicios, debe recurrirse, para interpretarlo, a un convenio que sobre la misma materia celebraron las partes con anterioridad y que dejaron subsistente para ciertos efectos indicados en el contrato posterior.⁴⁰⁵

5.7. *Regla de la interpretación auténtica o de la aplicación práctica del contrato:* art. 1564, inciso 3°: “O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.”

Sobre este particular, señala un fallo de la Corte Suprema de agosto de 1919, que la regla del inciso 3° del art. 1564 es de importancia principalmente en la interpretación de los contratos que contienen obligaciones de dar o de hacer, ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellas de las cosas que, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a dar o hacer.⁴⁰⁶

Con todo, en un fallo de noviembre de 1932, de la misma Corte, se previene que las otras reglas de interpretación pueden tener preferencia a la fundada en la aplicación práctica que las partes dan al contrato, si éste ha sido interpretado conforme a tales reglas preferentes.⁴⁰⁷

En una sentencia de la Corte Suprema de abril de 1976, se precisa también que la aplicación práctica del contrato es una norma prevista sólo para la INTERPRETACION de una o más cláusulas de éste, pero no para establecer la EFICACIA de ellas. Si en virtud de una cláusula convenida por persona que no tenía facultad para obligar al empleador se ha pagado, durante cierto tiempo, una bonificación del empleador, no puede invocarse dicha aplicación práctica para dar eficacia a la cláusula inoponible al empleador.⁴⁰⁸

En un sentido parecido, la Corte de La Serena puntualiza, en una sentencia de diciembre de 1906, que resulta improcedente la regla en análisis, cuando la aplicación práctica del contrato lo ha sido por inadvertencia de una de las partes.⁴⁰⁹

A su vez, en una sentencia de agosto de 1919, la Corte Suprema, acogiendo un recurso, declaró que era contraria a Derecho la sentencia dictada en un juicio sobre interpretación de un contrato en lo relativo a la constitución de una servidumbre de acueducto en él convenida, si en la sentencia no se toma en consideración el hecho,

⁴⁰⁴ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 435.

⁴⁰⁵ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 435.

⁴⁰⁶ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, pp. 436 y 437.

⁴⁰⁷ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 436.

⁴⁰⁸ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 436.

⁴⁰⁹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 436.

establecido en la causa, referente a la forma en que prácticamente se había solucionado entre los contratantes los derechos y obligaciones recíprocas en orden al reparto y conducción de las aguas con que debían regarse los predios de ambos, ya que las partes tienen derecho para exigir que se tomen en consideración y aprecien todos los medios señalados por la ley para fallar el litigio, y al juez incumbe el deber de aplicar todas las disposiciones legales que han de servir para resolver con justicia el desacuerdo de los litigantes sometidos a su jurisdicción.

Por su parte, un fallo de octubre de 1935, de la Corte Suprema, manifiesta que no procede acoger la acción de incumplimiento de un contrato de trabajo, si el empleado, sin protesta alguna, aceptó el desahucio dado por el empleador. Así debe concluirse aunque, conforme al contrato, el derecho de dar el desahucio antes de cierto plazo fuera dudoso, pues las cláusulas de un contrato deben interpretarse, entre otros modos, por la aplicación práctica que haya hecho de ellas una de las partes con aprobación de la otra.⁴¹⁰

Naturalmente que al aplicar la regla en estudio, debe atenderse a la aplicación de otros contratos por ambas partes o por una con la aprobación expresa o tácita de la otra. Por ello, el principio según el cual nadie puede crearse un título para sí mismo, impide que el intérprete tome en consideración la ejecución unilateral que haya podido recibir el contrato.⁴¹¹

Así, por ejemplo, si se discute si deben o no pagarse intereses y reajuste y durante un período de tiempo las partes, en otros negocios, los han pagado, debe entenderse en tal sentido la obligación.

5.8. Regla de las cláusulas usuales: art. 1563, inciso 2º: “Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”

El objetivo perseguido por la disposición consiste en incorporar en el contrato las cláusulas usuales, silenciadas en la declaración. En la práctica, sin embargo, se le ha atribuido un significado muy restringido. En efecto, se lo ha explicado de manera que sólo queden involucradas en las cláusulas usuales las cosas llamadas “de la naturaleza del contrato”, o sea, las cláusulas legales que se entienden incorporadas al contrato sin necesidad de una manifestación expresa de voluntad (en tal sentido, Alessandri y Meza Barros).

Pero tal aplicación no correspondería al espíritu de la norma, que buscaría la incorporación al contrato de usos consuetudinarios, independientemente de la ley.

Esta amputación de lo consuetudinario en el terreno interpretativo, se ha fundado en que en la legislación nacional los usos no juegan un rol sino cuando la ley expresamente dispone que se les tome en cuenta (art. 2º del CC). Ello permite entender la poca importancia de los usos en la interpretación de los contratos civiles. López Santa María lamenta esta interpretación tan restrictiva, ya que impide la vivificación del Derecho mediante la consideración de aquello que es generalmente admitido en una comunidad determinada y que teniendo significación jurídica, pudo omitirse por la ley. Agrega este autor que “la idea de aplicar los usos del pueblo en el silencio del contrato aún no se abre

⁴¹⁰ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 437.

⁴¹¹ López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, pp. 449 y 450.

camino en Chile, ya que los espíritus, con demasiada frecuencia, siguen creyendo que no hay Derecho más allá de la ley.”⁴¹²

5.9. *Regla de la última alternativa*: art. 1566: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. / Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

Esta norma debe aplicarse en último término, como recurso final para dirimir la contienda relativa al alcance del contrato.

El inciso 1º, Más que descansar en la equidad, puesto que se da el favor al deudor, se relaciona con el art. 1698, en cuanto incumbe probar las obligaciones a quien las alega.

Conforme al art. 1566, inciso 2º, quien dicta o redacta el contrato, sea deudor o acreedor, debe responder por la ambigüedad resultante. La jurisprudencia nacional ha aplicado directamente esta norma, en particular respecto de contratos de adhesión.

Refiriéndose Alessandri al art. 1566, inciso 1º, señala que su fundamento descansa en que aquél que ha querido obligarse, ha querido obligarse a lo menos. En cuanto al inciso 2º, afirma que busca impedir que la parte que redactó el contrato o la cláusula en discusión, saque provecho de su negligencia y aun de su malicia. Como anotó Bello al respecto, “En caso de duda, se tiene menos consideración a aquel de los contratantes que pudo explicarse con más claridad, y omitió hacerlo”.

Acerca del alcance de la expresión “partes”, una sentencia de la Corte de La Serena, de agosto de 1903, afirma que las cláusulas dudosas de una escritura de venta redactadas por el abogado del comprador deben interpretarse en contra de éste.⁴¹³

A su vez, en un fallo de diciembre de 1930 de la Corte de Santiago, se indica que suponiendo ambiguas o dudosas las cláusulas del seguro relativas a doble indemnización por muerte por accidente, debe interpretárselas contra el asegurador que redactó el formulario contenido en la póliza, ya que la ambigüedad provendría de una falta de explicación que debió dar el asegurador. Por tanto, debe acogerse la demanda en que se cobra la doble indemnización.⁴¹⁴

En otra sentencia, de la Corte Suprema, de fecha 15 de septiembre de 1911, se descarta la ambigüedad de una cláusula que excluía la indemnización en caso de incendio originado por un terremoto: si bien el seguro se había contratado contra riesgo de incendio, en el contrato se estipuló que quedaba excluido el daño producido por terremotos, como también los incendios originados por el sismo.⁴¹⁵

Sistematizando la materia relativa a las reglas de interpretación de los contratos, López Santa María distingue:

⁴¹² López Santa María, Jorge, ob. cit., tomo II, p. 452.

⁴¹³ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 438.

⁴¹⁴ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, pp. 438 y 439.

⁴¹⁵ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y Leyes complementarias*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, tercera edición, Tomo V, p. 439.

a) Reglas relativas a los elementos intrínsecos del contrato: o sea, sirven para interpretar el contrato por sí mismo, considerando sólo los elementos que se encuentran en la declaración contractual:

- Artículo 1562: *Regla del objetivo práctico o utilidad de las cláusulas*;
- Artículo 1563, inciso 1º: *Regla del sentido natural*; y
- Artículo 1564, inciso 1º: *Regla de la armonía de las cláusulas*.

b) Reglas relativas a los elementos extrínsecos del contrato: es decir, permiten recurrir a otros instrumentos o hechos externos al contrato:

- Artículo 1561: *Regla de la aplicación restringida del texto contractual*;
- Artículo 1564, inciso 2º: *Regla de la interpretación de un contrato por otro*;
- Artículo 1564, inciso 3º: *Regla de la interpretación auténtica o de la aplicación práctica del contrato*; y
- Artículo 1565: *Regla de la natural extensión de la declaración*.

c) Reglas subsidiarias de interpretación contractual, vale decir, que sólo han de aplicarse cuando las reglas relativas a los elementos intrínsecos o extrínsecos no permitan dilucidar la controversia:

- Artículo 1563, inciso 2º: *Regla de las cláusulas usuales*; y
- Artículo 1566: *Regla de la última alternativa*.

CAPITULO V: DISOLUCION DE LOS CONTRATOS.

Se desprende del art. 1545 y del art. 1567 que los contratos pueden disolverse de dos maneras: o por el mutuo consentimiento de las partes o por causas legales. Estas últimas son la resolución, la nulidad, la muerte de uno de los contratantes en los contratos “intuitu personae” y el plazo extintivo.

Como precisa Jossierand, no corresponde incluir entre las hipótesis de disolución de un contrato, los modos de extinguir las obligaciones que supongan la ejecución del contrato por las partes. En tal caso, no puede decirse que el contrato se disuelva, sino que ha producido todos sus efectos⁴¹⁶, extinguiéndose la relación jurídica. La disolución, por el contrario, implica que por una determinada circunstancia, el contrato no pudo producir sus efectos, ya sea en todo, ya sea parcialmente, y en este último caso, volviendo las partes, normalmente, al estado anterior al de la celebración de la convención. El mismo autor distingue dos grandes categorías de causas de disolución: hay causas que son contemporáneas al contrato, éste lleva en sí mismo el germen de su destrucción, como ocurre con la nulidad; hay otras causas de disolución que no aparecen hasta más tarde: el contrato estaba perfectamente bien constituido, había nacido viable, pero una circunstancia ulterior determina su aniquilamiento⁴¹⁷. Sería el caso de la resciliación o de la resolución.

1.-) Disolución por mutuo consentimiento de las partes: resciliación o mutuo disenso.

a) Concepto.

⁴¹⁶ Jossierand, Louis, ob. cit., pp. 184 y 185.

⁴¹⁷ Jossierand, Louis, ob. cit., p. 185.

Se puede definir la resciliación como una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en dejar sin efecto una convención o contrato, extinguiéndose las obligaciones vigentes.

Si la voluntad de las partes generó el contrato, es lógico que esa misma voluntad puede dejarlo sin efecto. Para ello deben concurrir todos aquellos que concurren a su formación, por aplicación del principio de que en Derecho, los contratos se deshacen de la misma manera que se hacen. El acto en virtud del cual las partes deshacen un contrato que han celebrado se denomina resciliación. Se trata de una convención, más no de un contrato, pues su finalidad es extinguir derechos y obligaciones.

Cabe notar, en todo caso, la impropiedad en la que incurren los arts 1545 y 1567 inciso 1º, al sugerir que la resciliación “da por nula” la convención, lo que ciertamente constituye un error, porque la resciliación parte del supuesto que la convención es perfectamente válida, y porque sólo el legislador o el juez pueden declarar nula una convención, no las partes.

Es importante destacar que las obligaciones del contrato que se pretende resciliar deben estar vigentes, esto es, no cumplidas en su totalidad, pues si así fuere, en rigor ya no podrían resciliarse, por la sencilla razón de que no existirían obligaciones destinadas a extinguirse⁴¹⁸.

b) Efectos de la resciliación.

b.1) Efectos respecto de terceros.

La resciliación produce efectos únicamente para el futuro, respecto a terceros. No afecta el pasado, los efectos del contrato ya producidos y que han originado derechos para terceros, los que no pueden ser alterados ni modificados por las partes que rescilian. Bajo este respecto, los efectos de la resciliación se asemejan a los del plazo extintivo pero difieren de los efectos de la nulidad. Consecuencia de esto es que aunque el contrato sea resciliado o destruido por el mutuo consentimiento de las partes, los derechos constituidos en favor de terceros sobre la cosa objeto del contrato en el tiempo que media entre la celebración del contrato y su resciliación, subsisten, porque la voluntad de las partes no tiene fuerza suficiente para destruir los derechos de los terceros. Así, por ejemplo, si se rescilia una compraventa sobre un inmueble, la hipoteca constituida por el comprador no se verá afectada.

b.2) Efectos entre las partes.

Entre las partes, la resciliación tiene efecto retroactivo, pues la voluntad de las partes es regresar al estado anterior al del contrato. Por ende, efectuando las prestaciones mutuas, las partes serán restituidas a la situación previa a la celebración del contrato. Así,

⁴¹⁸ En la práctica, sin embargo, es frecuente observar resciliaciones de contratos de compraventa cuyos efectos se cumplieron íntegramente, y los conservadores de bienes raíces no suelen hacer mayor cuestión sobre el punto. Con todo, en el contrato que se rescilia, debiera existir al menos una obligación no totalmente cumplida al momento de la resciliación. Otro punto que se ha prestado a discusiones, dice relación con que si es o no necesario, practicar una nueva inscripción registral, cuando se rescilia un contrato de compraventa recaído en un inmueble. La mayoría de los Conservadores, practica una nota marginal en la última inscripción, recobrando vigencia la inscripción precedente, o sea, la del vendedor. Concordamos con tal práctica, atendido el tenor del artículo 728 del Código Civil, que no exige practicar una nueva inscripción, cuando la inscripción es cancelada “por voluntad de las partes”, a diferencia de lo que ocurre cuando el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, pues en tal caso, la cancelación operará “por una nueva inscripción”.

por ejemplo, si se rescilia una compraventa sobre un inmueble, el comprador restituirá materialmente el predio, el vendedor restituirá el precio y se cancelará la inscripción vigente a favor del comprador, reviviendo aquella en favor del vendedor (art. 728: “Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes ...”).

c) Diferencias entre la resciliación, la nulidad y la resolución.

La resciliación se diferencia de la nulidad y de la resolución respecto de sus causas cuanto en relación a sus efectos.

En cuanto a las causas, se diferencian en que la resciliación no es producida por una causa legal sino por la voluntad de las partes. La nulidad y la resolución tienen por su parte causas legales. Por lo demás, la resciliación de un contrato supone su validez. En esto, se asemeja a la resolución y se diferencia de la nulidad.

En cuanto a sus efectos, la resolución y la nulidad operan retroactivamente, de manera que todos los efectos que el contrato anulado o resuelto haya producido, se extinguen, por regla general (con la salvedad de que la resolución, a diferencia de la nulidad, no alcanza a los terceros de buena fe, arts. 1490 y 1491). La resciliación, por su parte, opera siempre hacia futuro, en lo que a los terceros respecta.

d) Actos no resciliables y actos que pueden extinguirse por una sola voluntad.

La regla general del art. 1545 que consagra la resciliación, tiene excepciones sin embargo, desde dos puntos de vista:

a) Algunos contratos no pueden dejarse sin efecto ni aún por la voluntad de las partes, como ocurre especialmente en el ámbito del Derecho de Familia: contrato de matrimonio (art. 102), capitulaciones matrimoniales (art. 1716, último inciso), pacto de separación total de bienes o que establece el régimen de participación en los gananciales, si se estipularen en conformidad al art. 1723.

b) Algunos contratos pueden dejarse sin efecto aún por la sola voluntad de una de las partes: art. 2108 (sociedad); art. 2163 números 3 y 4 (mandato); art. 1951 (arrendamiento); art. 1428 (donación); acuerdo de unión civil.

2.-) Causas legales de disolución de los contratos.

Son tales:

a) La resolución.

b) La nulidad.

c) La muerte de uno de los contratantes, en los contratos *intuitu personae*, como el mandato (artículo 2163 N° 5), la sociedad (artículo 2103), el comodato (artículo 2180 número 1), la mediería o aparcería (artículo 18 del Decreto Ley número 993) y el matrimonio (artículo 102). Se trata de un modo excepcional de disolución de los contratos, puesto que por regla general, quien contrata lo hace para sí y sus herederos. En algunos casos, el contrato se extingue por la muerte de cualquiera de los contratantes (matrimonio, sociedad, mandato en principio), y en otros casos, por la muerte de una de las partes exclusivamente (en el comodato, la muerte del comodante no extinguirá el contrato, artículo 2190; en el mandato, si bien la muerte del mandatario siempre extingue el contrato, tratándose de la muerte del

mandante, ello sólo será así por regla general); en el contrato de mediería o aparcería, sólo la muerte del mediero extinguirá anticipadamente el contrato, no así en caso de fallecimiento del cedente, artículo 18 del Decreto Ley número 993).

d) El plazo extintivo: así, por ejemplo, en la sociedad, el arrendamiento y el comodato.