

REFLEXIONES EN TORNO A LOS CONTRATOS FORZOSOS¹

Juan Andrés Orrego Acuña²

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.³ 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 distinguos, 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

¹ Ponencia presentada en las Cuartas Jornadas de Derecho Civil, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, en el mes de septiembre del año 2007 y publicada en la revista “LEX ET VERITAS”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Internacional SEK, Volumen 5, año 2008, pp. 165 a 181.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Ex Secretario General de la Universidad de La Frontera, Temuco, y de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae, de la Universidad Internacional Sek, de la Universidad de Las Américas, Universidad Andrés Bello, Universidad Central y Universidad Santo Tomás. Autor de los libros *Contrato de arrendamiento* (2003), *Análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil* (2004), y *Temas de Derecho de Familia* (2007).

³ LÓPEZ Santa María, Jorge, *Los Contratos. Parte General* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1998, segunda edición), Tomo I, p. 167.

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 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.⁴ 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”*.⁵ 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.⁶ 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.”*⁷

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”*

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.

⁴ 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).

⁵ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 15.

⁶ 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.

⁷ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, (Paris, Librería de Rosa, Bouret y Cía, año 1852), p. 506.

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 doctrina fundamental de cualquier secta o sistema. A su vez, a contrario sensu, lo “*heterodoxo*” corresponde a lo no conforme con la doctrina fundamental de una secta o sistema. 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.⁸

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 hubiéremos 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).

⁸ LÓPEZ Santa María, Jorge, ob. cit., p. 168.

En el marco de estas reflexiones, nos parece relevante precisar cuáles son los 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;
- 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 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.”*⁹
- El del artículo 36, inciso 1°, 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*

⁹ 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.

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 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 pidiera 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 1º, 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.¹⁰
- 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

¹⁰ LÓPEZ Santa María, Jorge, ob. cit., p. 170.

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 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 comuneros¹¹. 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:

¹¹ 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.

- 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 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.
- El del artículo 374, inciso 1º, 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 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.”*

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 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. Tocará el 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 129 del Libro IV del Código de Comercio, en el título De Las Quiebras: *“Los bienes que integran la unidad económica enajenada se entenderán constituidos en hipoteca o prenda sin desplazamiento, según sea la naturaleza de ellos, 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 confiada¹².

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 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”*.¹³ Nos encontramos, entonces, ante una verdadera

¹² LÓPEZ Santa María, Jorge, ob. cit., p. 170.

¹³ 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.

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.

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.¹⁴ 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.”¹⁵

3. No parece posible aplicar a los contratos forzosos fictos o heterodoxos el distinguo 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, 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 mismo¹⁶, 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

¹⁴ SEPÚLVEDA Larroucau, Marco Antonio, *Los grandes principios que inspiran al Código Civil chileno* (Santiago de Chile, Universidad Central de Chile, año 2007), p. 96.

¹⁵ 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.

¹⁶ Agradecemos al distinguido profesor de Derecho Civil, don Luis Bustamante Salazar, su precisa observación acerca de este punto.

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 4º de la Ley número 18.490; artículo 71, inciso 1º 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.