

En esta edición el profesor López Santa María incorpora las últimas tendencias doctrinarias y figuras contractuales recientes, que hacen de la obra un texto plenamente vigente y de extraordinaria utilidad, tanto en Chile como en Iberoamérica.

Analiza ampliamente la noción del contrato a través de la historia, estudia las clasificaciones y las categorías contractuales, tanto las que aparecen en el Código Civil como muchas otras de gran relevancia, que la doctrina ha ido decantando. En cuanto a los principios fundamentales de la contratación, el autor se detiene primero en la autonomía de la voluntad, para luego analizar los principios del consensualismo contractual, de la libertad contractual, de la fuerza obligatoria de los contratos, de su efecto relativo y de la buena fe contractual. Al estudiar la interpretación de los contratos, destaca la gran importancia práctica de este tema, pues cuando no hay acuerdo respecto a las consecuencias producidas por un negocio jurídico, es menester interpretarlo mediante un sistema subjetivo –vigente en Chile– u objetivo. Además de los índices general y de personas, el volumen está complementado con un índice de conceptos que facilita la consulta de la obra.



Editorial Jurídica de Chile

Jorge López Santa María

LOS CONTRATOS PARTE GENERAL Tomo I

**Jorge
López
Santa María**

LOS CONTRATOS

PARTE GENERAL

Tomo I
Tercera edición

Editorial Jurídica de Chile

TERCERA PARTE

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACION

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

39. LA DOCTRINA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD,
CIMIENTO DEL ENFOQUE TRADICIONAL
DE LA CONTRATACION. PROYECCIONES

El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce.³³²⁻³³³

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. Esta fórmula general el Código Civil no la enuncia ni tenía por qué enunciarla. Pero la autonomía de la voluntad no es sólo un principio teórico, sino que inspira permanentemente las soluciones prácticas a problemas concretos del quehacer de los juristas. En palabras de Hugo Rosende Subiabre: "No debe olvidarse que en materia patrimonial todo

³³² Cfr. Jacques Flour, *Cours de Droit Civil*, Ed. Les Cours de Droits, París, 1964-1965, págs. 79 y s. También Flour y Aubert, *Les Obligations*, vol. 1, Ed. Colin, París, 1975, N° 94 y s. En este libro se recoge el enfoque del *Cours*; enfoque sobre la autonomía de la voluntad que preferentemente ha inspirado el presente capítulo.

³³³ En la hoy amplísima bibliografía sobre la autonomía de la voluntad, conserva plena vigencia la magistral tesis doctoral, defendida por Emmanuel Gounot en 1912, en la ciudad de Dijon: *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique*. Algunos párrafos de esta tesis, *infra* N° 46.2.

el Derecho clásico ha reposado sobre dos pilares fundamentales, cuales son la autonomía de la voluntad, con especiales proyecciones en el campo de la contratación, y, por otra parte, el derecho de dominio, explicado sustancialmente como una relación directa y exclusiva entre su titular y el objeto sobre que recae".³³⁴

La doctrina de la autonomía de la voluntad sirve de telón de fondo a la mayoría de los principios fundamentales de la contratación. Así, al principio de la fuerza obligatoria del contrato, enérgicamente reconocido por el artículo 1545 del Código Civil, el colocar las voluntades privadas de las partes en igual plano que la ley, emanación de la *potestas* de los poderes públicos: *todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*.

A lo largo de esta Tercera Parte estudiaremos los principios del consensualismo (capítulo dos), de la libertad contractual (capítulo tres), de la fuerza obligatoria (capítulo cuatro), del efecto relativo (capítulo cinco) y de la buena fe (capítulo seis). Los cuatro primeros principios aparecen como subprincipios o derivaciones de la autonomía de la voluntad. Sólo el último, que en las décadas más recientes va adquiriendo renovado vigor, se perfila independientemente de ella. Más tarde, en la Cuarta Parte de esta publicación, examinaremos la interpretación de los contratos, comprobando cómo el sistema o régimen subjetivo de interpretación es también corolario de la autonomía de la voluntad.

El consensualismo y la libertad contractual dicen relación con la formación, génesis o nacimiento del contrato; o sea, con el acto de constitución de la relación jurídica contractual. La fuerza obligatoria y el efecto relativo conciernen, en cambio, a los efectos del contrato, es decir, que regulan la relación jurídica contractual ya formada.

A diferencia de las instituciones precedentes, que exclusivamente atañen o a la formación del contrato o a sus efectos, el

³³⁴ Algunas consideraciones sobre la nacionalización en relación con los antecedentes legislativos de la reforma constitucional. En Estudios Jurídicos, Universidad Católica de Chile, volumen enero 1972, pág. 91.

principio de la buena fe se proyecta sobre todo el íter contractual, exigiéndose a las partes que se comporten leal y correctamente desde los tratos o negociaciones precontractuales hasta el entero cumplimiento de las obligaciones, e incluso hasta más tarde si hubiere relaciones postcontractuales.

En cuanto a la interpretación de los contratos, destinada a precisar el alcance de la convención, bajo el imperio del *sistema subjetivo*, admitido en Chile por el artículo 1560 del Código Civil, el intérprete debe retroceder en el tiempo, regresando a la génesis del contrato, para dirimir la controversia a la luz de lo que entonces quisieron los contratantes. Si el *sistema* imperante es *objetivo*, el intérprete, para determinar los efectos concretos del contrato, prescinde de la fase de formación o de nacimiento del acto jurídico y éste sólo interesa en cuanto relación ya constituida.

Los partidarios de la autonomía de la voluntad admiten que esta doctrina extiende sus tentáculos más lejos todavía de lo que ha quedado insinuado al señalar sus principales manifestaciones en la sistemática del contrato. Así, por ejemplo, y permaneciendo en el ámbito contractual, no pocos juristas resuelven el problema del momento en el cual se perfecciona el contrato entre ausentes, adhiriendo a la teoría que afirma que queda perfecto cuanto el destinatario de la oferta *acepta*, aunque la aceptación no se haya todavía expedido y el solicitante u oferente no la conozca, y ni siquiera haya recibido la aceptación. Así, fuera del campo contractual, es corriente encontrar ficticias explicaciones, que reposan en supuestas voluntades tácitas o presuntas: la sucesión legal o abintestato erróneamente es considerada como el testamento o voluntad presunta del *de cuius*,³³⁵ el régimen legal matrimonial de sociedad conyugal, se pretende explicarlo como un acuerdo presunto entre marido y mujer, o como una capitulación matrimonial tácita.

Antes de iniciar el desarrollo de los temas enunciados, cabe realizar otro intento de explicación de las razones que conduje-

³³⁵ En este sentido, entre nosotros, Manuel Somarriva, *Derecho Sucesorio*, versión de René Abeliuk, 2ª edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1961, N° 6: "Al reglamentar la sucesión intestada el legislador trata de interpretar la voluntad del causante; se pone en el caso de que éste hubiere hecho testamento".

ron al esplendor de la autonomía de la voluntad,³³⁶ agregando algunos comentarios críticos.

40. EXAMEN DE LOS PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. BOSQUEJO DE CRITICAS

40.1. FUNDAMENTO FILOSÓFICO

Filosóficamente la autonomía de la voluntad reposa en la afirmación de la libertad natural del hombre. Es el resultado del racionalismo de los Tiempos Modernos, cuyos postulados se plasman, con la revolución de 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta se caracteriza por la afirmación de derechos del individuo contra el Estado: la sociedad debe reconocer al hombre las más amplias garantías individuales, como expresión de la libertad que le pertenece naturalmente.

La libertad natural del hombre, uno de los aportes del cristianismo a la civilización, es llevada al extremo máximo por los racionalistas de los siglos XVIII y XIX, al absoluto, llegándose a entender que nada hay sobre ella. El clímax del pensamiento racionalista es la libertad natural del hombre, de la cual la libertad de su voluntad, o sea, la autonomía de la voluntad, viene a ser una traducción particular.

De la autonomía de la voluntad se colige que el hombre no podría quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido y, recíprocamente, que toda obligación querida por el hombre debe producir efectos.

A la luz del racionalismo, la voluntad es tan fuerte que la Sociedad misma es explicada como el resultado de un acuerdo de voluntades de los hombres, destinado a constituir la (tesis del contrato social). Si la voluntad individual ha sido tan poderosa como para crear la Sociedad, y las obligaciones entre ella y los individuos, con mayor razón la sola voluntad puede crear las obligaciones contractuales.

Según Gounot³³⁷ la doctrina individualista clásica de la autonomía de la voluntad, desde una perspectiva filosófica, se resume en los siguientes axiomas: En la base de la organización social y jurídica encontramos al individuo, es decir, una voluntad libre. Es la libertad la que hace que el ser

³³⁶ El intento que sigue debe entenderse complementado con las aproximaciones histórica y comparada al concepto del contrato, *supra*, primera parte, capítulos dos y tres. El lector falto de tiempo podría limitarse al N° 13.

³³⁷ *Ob. cit.* en nota 333, págs. 27 a 29. Las dos citas textuales que siguen son, precisamente, de la obra de Gounot.

humano sea su propio y único amo. La libertad lo hace respetable y sagrado, elevándolo a la dignidad de fin en sí mismo. En el sentido más amplio de la palabra, el Derecho es esta libertad inicial y soberana que todo hombre posee. *De la voluntad libre todo proviene, a la voluntad libre todo conduce.* Las relaciones de una voluntad libre con otra u otras voluntades libres no se fundan sino en la libertad. Los derechos fundamentales del hombre serían conculcados si se le sometiera a obligaciones no queridas por él. El contrato es el paradigma de las manifestaciones de voluntad y, por lo tanto: "es el fenómeno jurídico por excelencia, el fundamento en el cual descansan todas las instituciones, la explicación universal de las obligaciones y de los derechos. 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. El principio de la autonomía de la voluntad es, pues, la piedra angular de todo el edificio jurídico".

La misión del Derecho positivo es asegurar a las voluntades el máximo de independencia que resulte compatible con la libertad ajena. Los límites a la autonomía individual sólo se conciben en cuanto impiden los abusos de unos sobre la libertad de los otros. "Al interior de los límites establecidos en nombre de la libertad, la voluntad es soberana y el Derecho debe considerar correctas todas sus manifestaciones. Si éstas son contratos, hay que darles fuerza obligatoria, pues bajo la exclusiva exigencia que las dos voluntades en presencia recíprocamente respeten su libertad, todo contrato es justo. Y el Derecho no tiene por qué preocuparse ni del valor moral del fin perseguido por las partes ni de la repercusión social del acto. En una palabra, el Derecho es la autonomía del ser humano."

Para la doctrina de la autonomía de la voluntad, el concepto superior de justicia y las consideraciones de solidaridad social son irrelevantes. "El principio de la autonomía de la voluntad se basta a sí mismo. En lugar de exigir una justificación, él sirve para justificar los demás principios jurídicos. La autonomía de la voluntad es el alfa y el omega de la filosofía jurídica. Por eso los juristas clásicos, en sus trabajos sobre obligaciones y contratos, son tan mezquinos en sus explicaciones generales sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato." Por ejemplo, cuando Kant se pregunta ¿por qué debo cumplir mi promesa?, se contesta "porque DEBO, y todo el mundo lo comprende perfectamente. Pero es absolutamente imposible dar otra prueba de este imperativo categórico... Es un postulado de la razón pura, que hace abstracción de las condiciones sensibles del espacio y del tiempo en lo que concierne a la noción del derecho".³³⁸⁻³³⁹

³³⁸ Immanuel Kant: *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1968, pág. 89.

³³⁹ El catedrático Philippe Malaurie muestra, con claridad, el rol crucial de Kant en el establecimiento de la doctrina de la autonomía de la voluntad, en su hermoso libro *Anthologie de la Pensée Juridique*, Ed. Cujas, París, 1996, págs. 128 y 129.

Las ideas precedentes son la cúspide del individualismo. Contienen, entre otros, un vicio esencial, cual es el desconocimiento de la naturaleza social del hombre. En efecto, la sociedad es consustancial al hombre. La tesis del contrato social es falsa. Del único hombre que los etnólogos, arqueólogos e historiadores encuentran rastros, es del hombre que vive en sociedad. El ser humano aislado y soberano que se reúne con sus semejantes y celebra un contrato, dando así nacimiento a la sociedad, es un individuo imaginario, que no corresponde a ningún momento de la prehistoria. Siempre el hombre ha vivido en sociedad. Como dijera Aristóteles, el hombre es un animal social.

Los derechos del grupo han precedido o al menos coexistido con los derechos individuales. La voluntad del hombre no es un absoluto. Tampoco es la única fuente de los derechos y obligaciones. El acto de voluntad no puede ser jurídicamente eficaz al margen de cuál sea su contenido, pues el hombre no tiene el derecho de querer lo que se le antoje. El individuo únicamente puede querer aquello que le permita satisfacer intereses legítimos. El legislador, de un modo preventivo mediante reglas generales y abstractas, y el juez, *a posteriori*, tienen el poder y el deber de verificar que los contratos no sean atentatorios contra el interés general.

Por lo demás, basta que cada uno se examine a sí mismo para percatarse, con facilidad, de que nuestras voluntades son frágiles e inestables. En nuestras propias contradicciones, pasiones y propósitos incumplidos, si no en determinismos (v. gr., enfermedades) que a veces nos empujan a actuar más por reflejo condicionado que en virtud de decisiones libres, cotidianamente descubrimos la precariedad de la voluntad. Una cosa es reconocer el importante rol de la voluntad en la vida y en el Derecho, y otra cosa son los excesos del racionalismo.

40.2. FUNDAMENTO ECONÓMICO

Las consideraciones filosóficas que motivaron la consagración jurídica de la autonomía de la voluntad eran demasiado teóricas para bastar a los legisladores. Esas consideraciones se incrementaron con otras, de carácter económico. En segundo lugar, el esplendor de la autonomía de la voluntad estuvo relacionado con las supuestas ventajas prácticas que ella engendraría.

En este plano, la autonomía de la voluntad es el fruto del liberalismo económico. El Estado debe *dejar hacer y dejar pasar*: permitir que los hombres concluyan en la más amplia libertad sus intercambios de bienes y de servicios. ¡Que los individuos contraten como lo deseen, y así se asegurarán la justicia y el progreso!

Según los juristas del siglo pasado, *lo contractual es necesariamente justo*.³⁴⁰ Este decir es un axioma para el pensamiento económico liberal. El contrato garantiza la justicia y la utilidad social, pues el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económico.³⁴¹ La ley de la oferta y de la demanda, en un mercado sin trabas ni proteccionismos, es la mejor garantía del bienestar. La planificación y el Estado empresarial actuando como uno de los agentes económicos son inconcebibles. La Economía únicamente precisa y tolera al Estado policía, cuyas funciones se circunscriben a ser el guardián de la paz.

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 las cosas son en la práctica. Concretamente los hombres somos desiguales. 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. Demasiado a menudo el contrato ha sido instrumento para establecer cláusulas draconianas injustas. El incrédulo no tiene más que recordar el contrato de trabajo durante la revolución industrial y hasta la dictación en el siglo XX del *ius cogens*, que recién ha venido a establecer un mínimo de equilibrio en las relaciones jurídicas laborales.

Es igualmente inexacto que la libertad contractual produzca siempre resultados económicos socialmente útiles. Dejados solos, los hombres de ordinario no se orientan a las actividades más convenientes para el interés general, sino que a las ocupaciones más rentables, buscando el máximo de lucro individual con el menor sacrificio posible.

Pablo VI ha dicho que el cristiano "tampoco puede adherirse sin contradicción a sistemas ideológicos que se oponen radi-

³⁴⁰ Célebre es la expresión acuñada por A. Fouillé, en su obra *Science Sociale*, 2ª ed., pág. 410: *Quit dit contractuelle, dit juste*.

³⁴¹ Flour y Aubert, *ob. cit.* en nota 332, N° 108.

calmente o en los puntos substanciales a su fe y a su concepción del hombre: ni a la ideología marxista, a su materialismo ateo... ni a la ideología liberal, que cree exaltar la libertad individual sustrayéndola a toda limitación, estimulándola con la búsqueda exclusiva del interés y del poder y considerando las solidaridades sociales como consecuencias más o menos automáticas de iniciativas individuales y no ya como un fin y un criterio más elevado del valor de la organización social". Los que a la sazón se comprometen en la línea liberal "querrían un modelo nuevo, más adaptado a las condiciones actuales, olvidando fácilmente que en su raíz misma el liberalismo filosófico es una afirmación errónea de la autonomía del individuo en su actividad, sus motivaciones, el ejercicio de su libertad".³⁴²

Pero S.S. Juan Pablo II, en la Encíclica *Centesimus Annus*, de 1991, ha señalado: "La moderna economía de empresa comparte aspectos positivos, cuya raíz es la libertad de la persona, que se expresa en el campo económico y en otros campos" (Nº 32). "¿Se puede decir que, después del fracaso del comunismo, el sistema vencedor sea el capitalismo, y que hacia él estén dirigidos los esfuerzos de los países...? La respuesta obviamente es compleja. Si por capitalismo se entiende un sistema económico que reconoce el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, la respuesta ciertamente es positiva, aunque quizá sería más apropiado hablar de economía de empresa, economía de mercado, o simplemente de economía libre. Pero si por capitalismo se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa" (Nº 42).

³⁴² La Iglesia y la realidad social. Carta apostólica, en conmemoración del 80º aniversario en la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII, 1971, Nºs 26 y 35.

De lo expuesto, a lo largo de estos números sobre los fundamentos de la autonomía de la voluntad, no podemos ni debemos concluir que las voluntades no tengan papeles jurídicos que desempeñar. Sólo que ellas no son soberanas. Podrá apreciarse en los cuatro capítulos que siguen, desde las perspectivas de los respectivos principios de la contratación que serán analizados, la ostensible declinación del dogma de la autonomía de la voluntad.³⁴³

³⁴³ En una perspectiva diferente, más favorable a la teoría contractual clásica, véase el libro del profesor de la Universidad de Harvard, Charles Fried, recientemente traducido por Pablo Ruiz-Tagle Vial, y publicado por la Editorial Jurídica de Chile: *La Obligación Contractual. El Contrato como Promesa*. Santiago, 1996.

EL PRINCIPIO DEL CONSENSUALISMO CONTRACTUAL Y SU DETERIORO

41. RECAPITULACION Y SUBCLASIFICACION DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES

El examen del principio del consensualismo contractual consiste en averiguar si los contratos surgen a la vida jurídica como simples pactos desnudos, por la sola manifestación de la voluntad interna de las partes (tesis consensualista), o, por el contrario, si es menester, para que los contratos tengan existencia y produzcan efectos, cumplir con formalidades o ritualidades externas al celebrar el acto jurídico (tesis del contrato como pacto vestido). El problema es delicado, ya que no se puede pretender fijar una noción y una explicación del contrato sin dilucidar lo que es menester para que el contrato exista. Además el análisis reviste significativa importancia en la tarea de precisar el fundamento o razón de la obligatoriedad del contrato.

Dos precisiones terminológicas son imprescindibles:

a) Desde luego que la tensión formalismo-antiformalismo que ahora nos preocupa, referida al nacimiento o génesis del contrato, es completamente independiente a la tensión formalismo-antiformalismo en el plano de la filosofía o de la ciencia general del Derecho. Cuando se predica el carácter formalista del positivismo y se le contraponen las escuelas antiformalistas, por lo demás tan heterogéneas como el iusnaturalismo y el sociologismo jurídico, se sitúa el debate en otro terreno, distinto al de este capítulo.

b) Al hablar aquí del consensualismo contractual no hacemos referencia directa al tema de la formación del consentimiento, estudiado en el primer

año de Derecho Civil. Prescindimos aquí de la oferta o peticación y de la aceptación, y de sus respectivos roles, tanto de los tradicionales, cuanto de los que se encuentran en la contratación contemporánea, plagada de contratos estandarizados, muchas veces de adhesión, en los cuales, en lugar de aceptación del consumidor, existe sumisión frente a la oferta dirigida al público por el contratante poderoso.³⁴⁴

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 cualesquiera exigencias de ritos externos o formalidades vendrían 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.

Esta proclama es históricamente falsa. A través de los siglos, casi siempre los contratos han sido formales.

En el mundo helénico todos los contratos debían constar por escrito.³⁴⁵ Escriturar un acto es revestirlo de un formulismo concreto, que desmiente la suficiencia de la voluntad desnuda. La escrituración es una vestimenta. El contrato escrito es un contrato vestido.

En el Derecho romano, por lo menos durante las extensas y más importantes fases históricas de su germinación y esplendor, hasta el Derecho postclásico, y según algunos incluso después, todos los contratos fueron rigurosamente formales, *nudum pactum obligationem non parit*, aunque las vestimentas más importantes no consistieron en escriturar los actos, sino que en pronunciar palabras sacramentales y rígidas o en entregar materialmente un objeto o, según otra perspectiva de los contratos, simplemente en la circunstancia objetiva de la bilateralidad de los efectos, *ultra citroque obligari*.³⁴⁶

³⁴⁴ Sobre manifestación de voluntad y formación del consentimiento, entre los libros chilenos sobre acto jurídico, véase, por ejemplo, el del profesor Domínguez Aguila, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 1977, N°s 17 al 30.

³⁴⁵ Véase *supra* N° 7, en especial la parte final.

³⁴⁶ Véase *supra* N°s 8.1, 9.1, y 9.3.

Salvo en España, durante la Edad Media no existe el contrato consensual.³⁴⁷ En los pueblos germanos, los contratos fueron más formales todavía que en Roma.³⁴⁸

El consensualismo sólo surge en los Tiempos Modernos, por lo que la idea del contrato como simple acuerdo verbal de voluntades es reciente.³⁴⁹

En cuanto al Derecho comparado, hubo ocasión de examinar el profundo carácter formal de los contratos en el *Common Law*.³⁵⁰

En el número veinticuatro de este texto se analizó la clasificación de los contratos en consensuales, solemnes y reales, formulada por el artículo 1443 del Código Civil chileno. Tal análisis se da aquí por reproducido, puesto que es plenamente pertinente a la comprensión del principio del consensualismo. Según allí se explicara, los contratos que el legislador chileno denomina consensuales son todos aquellos que ni son solemnes, ni son reales. El grupo de los contratos llamados legalmente consensuales es el más amplio. Pero estos contratos que en Chile se llaman consensuales muchas veces son formales, en cuanto precisan el cumplimiento de alguna formalidad habilitante, de prueba, de publicidad o convencional. De manera que en Chile el concepto del contrato consensual sólo a veces corresponde al de contrato desnudo, en que basta la voluntad de las partes, exteriorizada verbal o incluso tácitamente. Esto se podrá comprender quizás mejor al pasar revista a las excepciones y atenuantes al consensualismo en el Derecho chileno de la contratación. Lo que viene en el siguiente número.

En nuestro país existen, pues, dos grupos de contratos consensuales.

³⁴⁷ Véase *supra* N° 12.2.

³⁴⁸ Véase *supra* N° 12.3.

³⁴⁹ Véase *supra* N° 13.

³⁵⁰ Véase *supra* N° 15 y nuestros trabajos: *Formalidades en los contratos y Causa y consideration en los contratos*, publicados en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, 1981, primera parte, págs. 27 y s., y 71 y s.

a) Hay contratos propiamente consensuales, que corresponden a la concepción moderna del contrato como pacto desnudo. Por mucho que se rebata la tesis del consensualismo, desde un punto de vista histórico-comparado y contraponiéndole las numerosas excepciones y atenuantes que encuentra en el Derecho positivo actual, es indiscutible que en la práctica no son tan escasos los contratos verbales, desprovistos de todo tipo de formas.

En la vida cotidiana, a cada rato celebramos contratos menores de este tipo; por ejemplo, cuando entramos a una fuente de soda y encargamos algún refrigerio: un bocadillo, con algo para beber.

En determinados ámbitos especializados de la actividad empresarial, contrariamente a lo que se piensa, subsiste el contrato propiamente consensual; y ya no se trata de contratos "menores" o de segunda importancia, que se celebran sin conciencia de estar contratando. Es así que en las operaciones bancarias, la apertura de crédito y otros actos jurídicos suelen ser consensuales. Si bien a veces se aceptan o suscriben por el cliente letras de cambio o pagarés, estos efectos de comercio son independientes de los actos jurídicos consensuales que les sirven de causa, al extremo que la letra y el pagaré generan acciones cambiarias y los contratos acciones extracambiarias, sujetas a otro régimen jurídico.³⁵¹

b) Hay contratos que siendo consensuales, en cuanto ni son solemnes, ni son reales, están, sin embargo, inmersos en el universo de los formalismos, 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. En verdad son contratos formales o pactos vestidos. Como ejemplo de la acogida de estos contratos consensuales-formales en la ley chi-

³⁵¹ Cfr., nuestro informe *Prescripción de las acciones cambiarias y extracambiarias. Ley N° 18.092. Citación del deudor a reconocer firma o confesar deuda*, publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 82, N° 1, 1985, primera parte.

lena se puede indicar el artículo 9° del Código del Trabajo (Ley N° 18.620): "el contrato de trabajo es consensual, deberá constar por escrito..."

42. EXCEPCIONES Y ATENUANTES AL PRINCIPIO DEL CONSENSUALISMO CONTRACTUAL

Las excepciones al consensualismo las constituyen los casos de contratos solemnes y reales. Acorde a lo ya expuesto, los contratos solemnes son aquellos en que es imprescindible, al celebrarlos, que las partes respeten los formalismos exigidos por el legislador *en atención a la naturaleza del acto jurídico*, los que concretamente varían según el contrato solemne específico del cual se trate (v. gr., necesidad que se otorgue escritura pública en la compraventa de un inmueble), y en que el incumplimiento de la solemnidad objetiva o *ad substantiam* se sanciona con la nulidad absoluta, conforme al artículo 1682-1 del Código Civil. Los contratos reales son los que precisan de la entrega de la cosa sobre la cual recaen, *datio*, que tiene que producirse en el instante mismo en que nace o se concluye el contrato.³⁵²

Los contratos solemnes suscitan algunos problemas jurídicos muy interesantes, los que dejaremos apenas planteados: a) ¿Son válidas las modificaciones de contratos solemnes por simple acuerdo de voluntades? No obstante el tenor del artículo 1707-2 del Código Civil, la Corte Suprema ha dicho que sí, en la medida en que la modificación se refiera a obligaciones accidentales y no esenciales del contrato.³⁵³ b) La resciliación o mutuo disenso de un contrato solemne, ¿debe cumplir la misma formalidad objetiva exigida para la celebración de la convención? c) El mandato, que de ordinario es contrato consensual, si consiste en el encargo conferido al mandatario para que celebre un contrato solemne, ¿debe otorgarse con las mismas formalidades objetivas prescritas para el contrato encomendado? Si el contrato encomendado precisa escritura pública, ¿es también ésta indispensable para celebrar el mandato?³⁵⁴ d) ¿Es válido un contrato solemne si, habiéndose soslayado las

³⁵² Véase *supra* N.º 24.

³⁵³ Cfr. *Fallos del Mes*, abril 1976, pág. 37.

³⁵⁴ En la práctica chilena predomina ampliamente la respuesta afirmativa. Sin embargo, David Stitchkin, con muy buenos argumentos, opina lo contrario. Cfr., *ob. cit.* en nota 308, N° 79.

formas exigidas por la ley, las partes han cumplido voluntariamente todas las obligaciones? En Chile diríamos, quizás con demasiada premura y poco realismo, que no, invocando incluso la inexistencia de los actos jurídicos y el artículo 1701-1 del Código Civil. En Derecho comparado la respuesta es a menudo afirmativa.³⁵⁵

Es obvio que el consensualismo desaparece completamente ante los casos de contratos solemnes y reales ya que en todos éstos, en lugar de un acto desnudo, encontramos actos vestidos por la imprescindible formalidad *ad solemnitatem* o por el acto externo y sensible de la entrega material del objeto. Los contratos solemnes y reales son excepciones al consensualismo, pues en lugar de regir el principio de que lo que obliga es el mero consentimiento o acuerdo de las voluntades de las partes, el ordenamiento jurídico exige, para el nacimiento y eficacia del contrato, que las partes se sometan a la ritualidad prescrita por el legislador. En los actuales contratos solemnes y reales subsiste plenamente el principio romano *nudum pactum obligationem non parit*.

El consensualismo también pierde sentido, toda vez que vienen exigidas como vestimentas de los contratos otras formalidades (distintas a las *ad solemnitatem* y a la *datio* predichas).³⁵⁶ Estas diversas formalidades, que representan marcadas atenuantes al principio del consensualismo, son las habilitantes, las *ad probationem*, las de publicidad y las convencionales. Se las suele llamar, en su conjunto, las atenuantes al consensualismo, para expresar que la ruptura o quiebre del consensualismo sería menos intenso que en los casos de las excepciones. Pero, en verdad, los efectos del incumplimiento de las formalidades que se examinan a continuación son tan radicales que, al fin de cuentas, también ellas derogan el principio de que bastaría el solo consentimiento de los contratantes.

³⁵⁵ V. gr., en la Ley sobre las Obligaciones, que entró en vigor en Yugoslavia el 1º de octubre de 1978. Cfr. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Litec, París, vol. octubre-diciembre 1979, pág. 754.

³⁵⁶ Comparto la opinión de Carlos Ducci Claro, quien señala que formalidad es el género y solemnidad es una especie de formalidad. Ver *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1984, N° 339. Para un panorama general de las formalidades de los actos jurídicos, cfr., también los números siguientes de la obra del profesor Ducci, hasta el cuadro sinóptico en pág. 306.

Las formalidades habilitantes tienen como finalidad brindar protección a los incapaces. Casi siempre consisten en la necesidad de obtener una autorización, para poder después celebrar válidamente un contrato dado. Cuando los incapaces relativos contratan personalmente, por lo general deben cumplir con la formalidad consistente en que su representante legal les autorice previamente para hacerlo. A su turno, cuando el representante legal actúa a nombre del incapaz, relativo o absoluto, y se trata de celebrar un contrato de trascendencia patrimonial, la ley resguarda los intereses del representado, exigiéndole al representante que previamente obtenga una autorización judicial. Son ejemplos de esto último, las hipótesis contempladas en los artículos 255 y 393 del Código Civil.³⁵⁷

Toda vez que el legislador dispone el cumplimiento de una formalidad habilitante, resulta drásticamente deteriorado el principio del consensualismo, puesto que el no acatamiento de la exigencia se sanciona con la nulidad relativa o rescisión del acto o contrato,³⁵⁸ sanción que, como es sabido, en sus efectos es idéntica a la nulidad absoluta.

Las formalidades de publicidad son exigidas por el legislador a fin de obtener la divulgación o noticia a los interesados de haberse celebrado un acto jurídico. Confieren protección a los terceros que pudieren verse alcanzados por los efectos del acto jurídico.

También en presencia de estas formalidades es evidente la deterioración del proclamado consensualismo. A veces el incumplimiento de la forma acarrea la completa ineficacia del acto. Es lo que acontece, en el caso del artículo 1723 del Código Civil, con el pacto de separación total de bienes,³⁵⁹ si la escritura pública no se subinscribe, dentro de los 30 días si-

³⁵⁷ Otra formalidad habilitante, diversa a una autorización previa, es, por ejemplo, la exigencia legal de que determinadas enajenaciones se efectúen en pública subasta. Cfr. arts. 394 y 1294 del C. Civil.

³⁵⁸ Esta nulidad relativa tiene su base legal en el art. 1682-3 del C. Civil.

³⁵⁹ La Excma. Corte Suprema califica el pacto de separación total de bienes como un contrato, en la sentencia N° 6 publicada en *Fallos del Mes*, N° 144. Podría considerarse que en el caso del art. 1723, la subinscripción reviste el carácter de formalidad *ad solemnitatem*, pues su incumplimiento conduce a que el acto no produzca efecto alguno. Sin que incida en lo anterior, el texto del art. 1723 ha sido sustituido por el art. 28, N° 25, de la Ley N° 19.335.

guientes a su otorgamiento, al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Con todo, lo más frecuente es que la sanción por incumplimiento de formalidades de publicidad sólo redunde en la ineficacia del acto o contrato respecto de terceros, o sea, en la *inoponibilidad*. Sanción que se acostumbra adjetivar como menos grave que la nulidad, pero que, de hecho, en el terreno práctico, puede no tener diferencia con ésta, ya que, en diversos casos, un contrato que las partes no pueden hacer valer frente a terceros es un contrato carente de relevancia jurídica.

Las formalidades de publicidad cubren una gama variada de exigencias: notificaciones, inscripciones, subinscripciones, publicaciones, etc., y se manifiestan en todos los campos del Derecho Privado. Veamos algunos ejemplos que inciden en materia contractual.

En la cesión de créditos nominativos (tradición de derechos personales) es formalismo, de la especie en comento, la exigencia de notificar la cesión al deudor cedido o la exigencia de que éste la acepte (1902 C.C.). Las contraescrituras públicas sólo son oponibles contra terceros cuando se hubiere tomado razón de su contenido al margen de la matriz de la escritura alterada (1707 C.C.). Sólo se puede alegar la disolución de la sociedad contra terceros, en las hipótesis previstas en el artículo 2114 del C.C., de las cuales, los avisos publicados en la prensa, a que alude el N° 2 del precepto, indudablemente que son formas de publicidad.

Para que el embargo trabado en bienes raíces o la prohibición de celebrar actos o contratos sobre un inmueble sean oponibles a terceros deben inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones (artículos 453 y 297 del C.P.C., en relación con el artículo 1464 N° 3 del C.C.).

Debe tomarse razón en el Registro de Comercio de las escrituras sociales y de los mandatos mercantiles conferidos a gerentes y dependientes, so pena de inoponibilidad (artículos 22 N° 5 y 24 del C. de Comercio).³⁶⁰

³⁶⁰ Cfr., sobre la inoponibilidad, como sanción resultante en este último caso por el incumplimiento de la forma de publicidad, Julio Olavarría Avila, *ob. cit.* en nota 118, tomo 1, N° 161.

Algunos autores clasifican las medidas de publicidad en formas de simple noticia y en formas sustanciales. La omisión de aquéllas sólo daría derecho al afectado a demandar indemnización de los perjuicios sufridos. La omisión de las últimas acarrearía la inoponibilidad.³⁶¹⁻³⁶²

En fin, existen formalidades de publicidad de carácter fiscal, cuyo incumplimiento impide que el acto se haga valer (inoponible) en sedes judicial y administrativa. Tal es el caso de la declaración que debe contener el contrato de arrendamiento de predio rústico sobre el sistema de contabilidad completa o de renta presunta del arrendador (nuevo art. 5° del Decreto Ley 993, reemplazado por la Ley N° 18.985).

Las formalidades de prueba, exigidas por el legislador para acreditar en juicio la celebración de un contrato, son también heterogéneas. En primer término, conforme al artículo 1701 del Código Civil, todas las formas ad solemnitatem, al mismo tiempo que se exigen en atención a la naturaleza de los actos jurídicos, juegan ad probationem.

En segundo lugar, y es la más amplia de las formas de prueba, pues cubre a la mayoría de los contratos civiles,³⁶³ de acuerdo a los artículos 1708 y 1709 del Código Civil deben extenderse por escrito todos los contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.³⁶⁴

³⁶¹ Cfr., sobre esta distinción de las formalidades de publicidad, Víctor Vial y Alberto Lyon, *Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1985, N°s 146 y 150.

³⁶² Para un análisis más completo de los casos en que el legislador patrio exige el cumplimiento de formalidades de publicidad, cfr., la excelente Memoria de Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, 1949, N° 323 al N° 342. En cuanto a la sanción denominada *inoponibilidad*, el tema será tratado desde una perspectiva más amplia, *infra* N° 58.

³⁶³ Esta exigencia no rige en el ámbito de los contratos mercantiles, en virtud de lo dispuesto en el art. 128 del Código de Comercio. Pero se vuelve al criterio del Código Civil, que establece la necesidad de preconstituir por escrito la prueba del contrato, cuando en materia mercantil el legislador exige escritura pública. Lo mismo ocurre, con matices probatorios que aquí omitiremos, cuando se rechaza la testifical. V. gr., art. 618 del C. de Comercio.

³⁶⁴ En octubre de 1986 el valor de la unidad tributaria era \$ 5.564. En marzo de 1983 era de \$ 2.673. En junio de 1994 era \$ 19.223. En marzo de 1997 fue \$ 23.531.

La omisión se sanciona con la inadmisibilidad judicial de la prueba de testigos. Es cierto que el contrato podrá probarse por otros medios legales distintos a la documental y a la testimonial, pero el riesgo de no lograrlo es considerable. Para los contratantes cuidadosos la libertad de expresar el consentimiento sin la forma documental es una libertad aparente. De hecho, la preconstitución de la prueba mediante la escrituración del contrato actúa como un formulismo generalizado, pues nadie quiere verse expuesto a la ineficacia del acto por falta de prueba.³⁶⁵ Según señala Portalis, en su afamado discurso: "en todas las naciones civilizadas, la escritura es la prueba natural de los contratos".³⁶⁶

En tercer lugar, en el Código Civil y en leyes especiales abundan otras formalidades de prueba, que también consisten en la exigencia de la escrituración del contrato, pero prescritas bajo sanciones distintas a la inadmisibilidad de la testifical. Por ejemplo, el artículo 2217 establece que si el contrato de depósito propiamente dicho no se otorga por escrito, será creído el depositario sobre su palabra. Algo parecido acontece en materia de contrato individual de trabajo, pues la falta de un documento en el cual conste el contrato, hará presumir que son estipulaciones del contrato las que el trabajador declare, salvo prueba en contrario.³⁶⁷ Y en la ley de arrendamientos rústicos,

³⁶⁵ Durante 120 años, desde la promulgación del Código de Bello hasta la dictación del Decreto Ley N° 1.123, publicado en el Diario Oficial del 4-8-1975, se mantuvo inalterable el guarismo de doscientos pesos viejos que indicaba el art. 1709, los que después pasaron a ser insignificantes 0,2 escudo. Sólo desde 1975, año del reemplazo del escudo por el peso actual, el art. 1709 indica una unidad de cuenta, la unidad tributaria, que va periódicamente cambiando su equivalencia en pesos, según los vaivenes de la inflación. Si el legislador durante tanto tiempo no reajustó los doscientos pesos indicados en el art. 1709, fue en virtud del deseo de que cada vez más contratos se extendiesen por escrito.

³⁶⁶ Jean-Etienne Portalis, *Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil francés*, París, 1801. Traducción y Prólogo por Manuel de Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1978, pág. 92.

³⁶⁷ Artículo 9°, inciso cuarto, del Código del Trabajo (Ley N° 18.620, del año 1987). La Corte Suprema ha declarado, sin embargo, que la presunción de veracidad de las declaraciones del trabajador sólo rige en un ámbito de verosimilitud y lógica, pero no ante hechos que por sí solos desautorizan lo afirmado en la demanda (*Fallos del Mes*, abril 1976, pág. 50).

ya que si el contrato se celebró verbalmente, se presume *iuris tantum* que las cláusulas del contrato son las que declare el locatario.³⁶⁸

En conformidad al artículo 2483-1 del Código Civil, el privilegio de cuarta clase que tienen las mujeres casadas bajo régimen de sociedad conyugal, los hijos de familia y los pupilos, en contra del administrador de sus bienes (marido, padre o madre, guardador), sólo puede impetrarse si el acreedor prueba su crédito mediante instrumento público. A través de esta formalidad *ad probationem* se evita una confabulación entre el administrador, deudor en dificultades económicas, acaso declarado en quiebra, y el incapaz. Se precave un acuerdo simulado que perjudicaría a los demás acreedores del administrador.

Un formalismo *ad probationem* drástico es aquel cuya omisión se sanciona con la inadmisibilidad de todos los medios de prueba. Esta situación la advertimos en el artículo 14 de la Ley N° 18.010, de 1981: "En las operaciones de crédito de dinero la estipulación de intereses o la que exonera de su pago debe constar por escrito. Sin esta circunstancia, será ineficaz en juicio".³⁶⁹

La tradicional oposición entre formalidades objetivas y formalidades de prueba resulta, en gran medida, artificial. Es una menuda diferencia la posibilidad, en caso de incumplimiento de las últimas, de aportar la prueba del contrato por medios distintos a instrumentos o testigos; o sea, por medios probatorios que en relación con los contratos son residuales y que colocan a las partes bajo la discreción ajena. En verdad, la

³⁶⁸ Artículo 5° del Decreto Ley N° 993. En materia de locación de inmuebles urbanos se aplica el mismo criterio, pero únicamente respecto al monto de la renta, lo que resulta del artículo 20 de la Ley N° 18.101, del año 1982.

³⁶⁹ Pero este art. 14 debe interpretarse en armonía con el art. 12 de la misma ley (y 798 del C. de Comercio), según el cual "la gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo disposición de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes..." Opino que si el contrato en que se estipuló la operación de crédito de dinero no consta por escrito, el acreedor puede exigir intereses corrientes, pues éstos son una cosa de la naturaleza en dichas operaciones. Sólo para que se devenguen intereses convencionales o ningún interés es indispensable que la cláusula accidental correspondiente conste por escrito.

existencia jurídica de un hecho, como es el contrato, depende en elevadísima medida de la prueba, apareciendo ésta como condición esencial de su eficacia.³⁷⁰

Como ha dicho el historiador italiano del Derecho, Guido Astuti: "Nos parece superfluo recordar cómo la diferencia teórica entre forma documental exigida *ad substantiam* y forma documental exigida *ad probationem*, queda prácticamente anulada cuando la ley eleva el escrito a la condición de requisito necesario para la comprobación judicial de la existencia de un contrato, prohibiendo la prueba testimonial. En la experiencia histórico-jurídica de todos los tiempos, el régimen procesal de los medios de prueba legal ha ejercido siempre influencia decisiva en la concepción del régimen substancial de las relaciones documentadas y en el valor de la correspondiente documentación".³⁷¹

Frente a tantos formalismos, el Centro de Asistencia Legal de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Chile ha podido decir, a través de su página semanal en la prensa: "Hemos señalado las malas consecuencias que derivan de la falta de contrato escrito, dando por sentado que en nuestra ley tiene escaso valor la sola palabra. Por eso hemos aconsejado e insistimos, una vez más, en la absoluta conveniencia de que siempre se tome la precaución de escriturar las obligaciones..."³⁷²

Las *formalidades convencionales* son aquellas pactadas por las partes, y cuyo ulterior cumplimiento permite que recién el contrato se repute definitivamente celebrado. Aunque el contrato tenga carácter consensual, los contratantes pueden estipular que sea indispensable exteriorizar el consentimiento mediante el otorgamiento de un instrumento público o privado o a través

³⁷⁰ Jacques Flour, trabajo citado en nota 143, pág. 98. Cabe advertir que, en Francia, el incumplimiento de las formalidades de prueba produce además de la inadmisibilidad de la prueba de testigos, la inadmisibilidad de las presunciones judiciales. Esto no ocurre en Chile.

³⁷¹ Trabajo citado en nota 33, pág. 778.

³⁷² Diario *La Tercera*, domingo 20-4-1975, pág. 17. René Abeliuk explica el auge del contrato de promesa en "la pérdida de confianza en la mera palabra". *Contrato de Promesa*, Edit. López-Viancos, Santiago 1971, N° 1.270.

de otro ritual externo que señalen. El efecto característico de estas formalidades consiste en que cualquiera de las partes puede retractarse o válidamente desdecirse de la celebración del contrato, mientras la forma pactada no se haya cumplido. O sea que, por propia voluntad de las partes, estando pendiente la formalidad convencional, el vínculo jurídico todavía es precario o imperfecto.

Hay países en que existen normas generales respecto a estas formalidades. Por ejemplo, el artículo 1352 del Código Civil italiano establece: "Si las partes hubiesen convenido por escrito que se deberá adoptar una determinada forma para la futura conclusión de un contrato, se presume que la forma fue querida para la validez del mismo".³⁷³

En Chile existen únicamente normas especiales sobre formalidades convencionales. Así, el artículo 1802 del Código Civil: "Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2° del artículo precedente (casos de compraventas solemnes) no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida".³⁷⁴ Pensamos que nada impide que en nuestro país las partes establezcan formalidades convencionales en otros contratos, siendo el artículo 1802 una de aquellas normas del Código Civil que, insertas en una materia particular, son de aplicación general.³⁷⁵

³⁷³ En igual sentido, el art. 1411 del Código Civil peruano de 1984 prescribe: "Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad".

³⁷⁴ Tratándose del contrato consensual de locación, el art. 1921 señala: "Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada".

³⁷⁵ Otros ejemplos, de artículos del Código Civil que se aplican en ámbitos diversos al particular en que se ubican, son: 706, 707, 907-3 (establece implícitamente la regla *lauius vixit, non est locupletior*; quien recibe los frutos vive más fastuosamente, pero no se hace más rico, por lo cual se amnistia al deudor de buena fe, eximiéndole de la obligación de devolver los frutos), 1486. f., etc.

Al margen de todo lo visto sobre vestimentas de los contratos, sobre excepciones y atenuantes al consensualismo, hay todavía otros géneros de formalismos contractuales, cuya presentación cabal por la doctrina está pendiente y que, a falta de una mejor expresión, denominaré las *formalidades atípicas*. Por un lado, se observa que muchos actos jurídicos sólo existen si se manifiestan en determinados módulos formales. Las letras de cambio, los cheques, los pagarés, los instrumentos de captación y de colocación bancaria son expresiones escritas o documentales de la moneda, dotados de unas vestiduras que les son características; tienen una *sensibilidad externa fija e invariable*, una concreción en *formularios*, por completo opuesta al dogma consensualista. Algo parecido ocurre con los conocimientos de embarque, en las actividades de importación y exportación que suponen la combinación del contrato de transporte de mercancías con la compraventa internacional. También los conocimientos de embarque se concretan en unos formularios escritos que son característicos, los que representan a las mercaderías embarcadas. Títulos negociables, que permiten obtener crédito bancario o enajenar los bienes recién embarcados, mediante el simple endoso, en garantía o translativo del dominio.

Por otro lado, de hecho, las necesidades del tráfico jurídico imponen, en múltiples actos de la vida cotidiana, rígidos formalismos conductuales, los que de una manera regular y uniforme están rodeando la celebración y el cumplimiento de los más variados contratos. El contrato consensual de transporte de pasajeros va siempre aparejado a la entrega de un boleto, representativo del consentimiento. El contrato consensual de espectáculo, deportivo o artístico, supone la dación de una *entrada o billete de acceso*, el cual tiene que presentarse al acomodador cuando se reclama la butaca o el puesto por el espectador. La entrega y la devolución de las prendas dejadas en custodia en el guardarropía no son los únicos formalismos de este particular contrato; además es menester que se pase la seña o *comprobante*.

43. VENTAJAS DEL FORMALISMO. REFLEXIONES DE IHERING

La exigencia de vestimentas para los contratos impide que las partes se vinculen a la ligera o con torpeza, omitiendo regular o precisar los detalles del contrato. El cumplimiento de las formas da tiempo para reflexionar, pues el contrato formal se concluye más lentamente que el contrato propiamente consensual. El formalismo protege a las partes contra el apresuramiento contractual y también contra las maniobras y trampas ajenas.

El contrato propiamente consensual no deja huellas, lo que más tarde, si surge una disputa entre las partes, puede redundar en dificultades probatorias insuperables.

Luego de referirse a las pruebas preconstituidas que se establecían para ciertos actos y contratos en el Código de 1855 y a las escrituras exigidas *ad solemnitatem* o *ad probationem*, en el párrafo 44 del Mensaje del Código Civil, Andrés Bello escribió: "Es patente la utilidad de este género de pruebas para precaver contestaciones (disputas) y testigos, para proteger los intereses de los menores y otras personas privilegiadas, sin detrimento del crédito en cuyo fomento están interesadas estas mismas personas como todas, y para desconcertar los fraudes que a la sombra de sus privilegios se fraguan".

A manera de conclusión en el tema del consensualismo contractual y su deterioro, es útil divulgar algunas de las reflexiones sobre los formalismos en general, de Rudolf von Ihering, acaso el más brillante y proficuo jurista del siglo pasado (1818-1892). Estas reflexiones están tomadas de su célebre obra *El Espíritu del Derecho Romano*.³⁷⁶

"Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y del orden, y por consiguiente de la libertad... El pueblo que profesa verdadero

³⁷⁶ Tomo III, págs. 180 a 230. Traducción del *Geist* al español, por Enrique Príncipe y Santorres. Madrid, Edit. Bailly-Baillière, 5ª ed. sin fecha.

culto a la libertad comprende intuitivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad" (pág. 180).

"El derecho no tolera la carencia de la forma y como puede vivir bajo el reinado exclusivo del formalismo, prefiere más el extremado rigor de éste que la falta absoluta de la forma. Esta propensión del derecho hacia la forma parece descubrir una necesidad interna, una utilidad propia de la forma que responde al objeto del derecho. Pero sería un error querer descubrir sólo en las ventajas prácticas del formalismo el motivo de su aparición histórica" (pág. 187).

"El filósofo consagrado a buscar la esencia de las cosas, siente repugnancia por la exageración de la forma seca...; considera mezquino el espíritu que se ostenta en el formalismo. Y, sin embargo, el formalismo es un fenómeno fundado en la esencia más íntima del derecho" (pág. 188). Por lo demás "la forma es el contenido bajo el punto de vista de su visibilidad. Supone siempre el contenido, porque no existe forma sin contenido ni contenido sin forma" (pág. 181).

"La forma es para los actos jurídicos lo que es el sello para la moneda. Así como el cuño dispensa del contraste y del peso del metal, en una palabra, del valor intrínseco de la moneda, también la forma evita al juez inquirir si se ha querido celebrar un acto jurídico y cuál es ese acto... Esas dos cuestiones pueden dar lugar a grandes dificultades cuando ninguna forma está prescrita por la ley" (pág. 205).

"La facilidad y la seguridad del diagnóstico, he aquí la gran ventaja de la forma. En apariencia sólo aprovecha al juez, pero no es menos importante, en realidad, para las partes mismas y para todo el tráfico jurídico... la forma actúa como despertador de la conciencia jurídica" (págs. 207 y 209).

"El formalismo no es un fenómeno jurídico aislado, sino que forma parte de la historia de la civilización, teniendo diversos terrenos de manifestación, aunque es en el derecho donde despliega extraordinaria actividad" (pág. 216).

"La fuerza atractiva que la forma... ejerce sobre el espíritu humano... se manifiesta de diversos modos. Unas veces seduce el sentido poético desde el punto de vista de la estética (embelecando los sucesos de la vida)... otras, con su carácter prácti-

co, lisonjea a la recta razón por el orden, regularidad, uniformidad, claridad de la existencia y de la acción humana que se manifiesta en ella, y otras, en fin, considerada moralmente, cautiva el corazón del hombre, porque imprime en él amor hacia lo serio y solemne, elevando al que lo ejecuta más allá de lo que tiene de puramente individual y pasajero, en su situación personal momentánea, hasta la altura de la significación humana general..." (pág. 220).

"La seguridad y la fijeza de todo progreso descansan en la continuidad histórica, ligazón íntima que une al presente con el pasado. La forma ocupa el primer puesto entre todo cuanto contribuye a asegurar esa continuidad. Todos los otros elementos internos se ocultan más y más... La forma, por el contrario, es visible y se reproduce siempre del mismo modo, sacando de ella el pueblo la conciencia de la continuidad histórica" (págs. 227 y 228).

Concluyendo más de 50 páginas sobre el tema, Ihering expresa:

"...podemos deducir la enseñanza de que el afán y apego hacia las formas no es un hecho puramente exterior y sin valor, sino emanación de la tendencia que trata de mantener y asegurar la continuidad histórica del desenvolvimiento jurídico. Los pueblos entre los cuales esta tendencia está más pronunciada son los que brillan ante todo por su amor a la forma, correspondiendo figurar en este punto, en primer término, al pueblo romano" (pág. 230).

EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y SU DETERIORO

44. PLANTEAMIENTO GENERAL Y REMISIONES

La libertad contractual comprende la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna de los contratos. En base a la *libertad de conclusión*, se afirma que las partes son libres para contratar o para no contratar, y, en caso afirmativo, para escoger al cocontratante. En base a la *libertad o configuración interna*, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca.

La libertad contractual es una expresión tan característica de la autonomía de la voluntad, que incluso algunos importantes autores confunden aquélla, que es una especie, con ésta, que es el género.³⁷⁷

El principio de la libertad contractual, a diferencia de nuestro país, en que ninguna norma lo consagra directa y formalmente,³⁷⁸ se encuentra establecido en numerosas legislaciones. A veces las Constituciones lo reconocen. Tal es el caso del artículo 2-12 de la Constitución Política del Perú, del año 1979. Generalmente se encuentra consagrado en los Códigos Civiles,

³⁷⁷ Tal es el caso de Arturo Alessandri R., en su trabajo precitado en la nota 216. En el mismo error incurrió la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 8 de junio de 1989 (extractada en el Suplemento Tercero del Repertorio del Código Civil, año 1992, pág. 55).

³⁷⁸ A propósito de la libertad de trabajo, el principio de la libertad contractual tiene, sin embargo, rango constitucional (art. 19 N° 16 inciso 2° de la Constitución de 1980).

v. gr.: art. 1255 del español de 1889; art. 19 del suizo de las obligaciones de 1911; art. 1322 del italiano de 1942; art. 405 del portugués de 1966; art. 1354 del peruano de 1984.

Los textos legales que establecen la libertad contractual cuidan de advertir que ésta no es absoluta, sino que tiene como límites la ley, el orden público y las buenas costumbres.³⁷⁹ En algunos casos, se incluye expresamente en la libertad contractual la posibilidad de que las partes celebren contratos innominados o atípicos.³⁸⁰ Tal es la situación del art. 405 del Código portugués, uno de los Códigos Civiles más recientes y comentados del mundo. Esta norma, que abre la sección relativa a las disposiciones generales en materia contractual, expresa: "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".

La libertad contractual es un principio admitido no sólo en todas las naciones occidentales. Rige ampliamente también en países asiáticos como Japón, Tailandia, Indonesia, India, Singapur, Filipinas, Malasia.

Cuando el profesor australiano David E. Allan examina la situación de la libertad contractual en Asia, incluidas las naciones de Oriente que siempre han pertenecido al bloque capitalista, como Australia y Nueva Zelanda, expresa³⁸¹ que el principio tiene aspectos negativos y positivos. En el primer aspecto, las partes no estarán restringidas respecto a la formación y al contenido de los contratos que quieran celebrar. En el segundo, la voluntad de las partes será respetada tal cual.³⁸² Se desconoce el derecho de la autoridad para intervenir y regular las transacciones de los particulares. La interferen-

³⁷⁹ Sobre el orden público y las buenas costumbres, ambos conceptos válvulas o nociones indeterminadas o en blanco, véase, por ejemplo, Fernando Fueyo Laneri, *Interpretación y Juez*, Santiago, 1976, págs. 117 y s.

³⁸⁰ Sobre estos contratos, véase *supra* N° 25.

³⁸¹ *Asian Contract Law*, libro editado por Melbourne University Press, Australia, 1969, págs. 118 y s.

³⁸² Este aspecto positivo de la libertad contractual, que destaca el Decano de la Universidad de Tasmania, a nuestro entender concierne a la fuerza obligatoria del contrato y no al principio *freedom of contract*.

cia estatal debe ser mínima. Pero después él mismo añade que la libertad contractual no puede ser absoluta, ya que la mera existencia de las leyes y de la sociedad es incompatible con el principio, entendido de manera inflexible. Por lo tanto, la libertad contractual es un concepto relativo. "Es una desafortunada paradoja que *demasiada libertad destruye la libertad*, por lo cual incluso en una sociedad liberal es preciso que el legislador intervenga y limite la libertad para preservar la libertad". En todos los países analizados por el autor (los predichos, más Corea del Sur, e Irán antes del reemplazo del *sha* por el *ayatollah*), resulta que se han admitido limitaciones a la libertad contractual por razones de interés general (*needs of public policy*). Así, el art. 90 del Código Civil de Japón establece que es nulo el acto jurídico que tiene por objeto algo contrario al orden público o a las buenas costumbres. Normas semejantes existen en Corea y en Tailandia. La sección 23 de la Ley sobre Contratos de la India (*Indian Contract Act*) declara ilegales los acuerdos cuyo objeto esté prohibido por la ley o que impliquen fraude a la ley o se opongan al interés general. Aunque el principio de la buena fe es una noción del *civil law* y no del sistema del *common law*, también ha venido a limitar la libertad contractual en muchas naciones orientales. Por ejemplo, en Japón, donde ya antes de la ley de 1947 los Tribunales se inspiran en los criterios alemanes y suizos sobre la buena fe contractual.

La mayor ruptura o deterioro de la libertad contractual, desde el punto de vista cuantitativo, está hoy configurada por el *contrato dirigido*. Por razones de orden público económico (manipular o manejar la economía nacional), o de orden público social (proteger a los grupos más débiles, como trabajadores, arrendatarios, consumidores), el legislador, cada vez con más frecuencia, fija *imperativamente* las cláusulas más relevantes de ciertos contratos, los que dejan de estar entregados a la libre decisión de las partes. Se pierde, entonces, la libertad de configuración interna. Sobre este fenómeno contemporáneo llamado contrato dirigido, nos remitimos a los números 30 letra a) y 32 que anteceden, los que se entienden aquí reproducidos.

Otras veces desaparece la libertad de *conclusión* de los contratos, emergiendo la figura del *contrato forzoso o impuesto*, que cualitativamente representa el mayor deterioro del principio de la libertad contractual. En los casos de *contratos forzosos heterodoxos*, en verdad se produce un *quiebre total de la libertad contractual*. Se agradece al lector que tenga a bien remitirse al número 33 de este libro, donde se analizó en detalle la contratación forzosa.

En el Derecho rara vez las ideas y planteamientos son categóricos, pues las realidades son contradictorias y multifacéticas.

Antes que ciencia, el Derecho es arte. En el capítulo anterior se comprobó que a pesar que los formalismos empapan la actividad convencional, los contratos propiamente consensuales existen en determinados ámbitos. En este capítulo es preciso concluir señalando que, no obstante la comprobación empírica de la proliferación de los contratos dirigidos y de los contratos forzosos, hay ciertamente numerosos contratos que se celebran con plena libertad, sin restricciones, ni en cuanto a su conclusión, ni en cuanto a su contenido.³⁸³

³⁸³ Por otro lado hay que tener presente que en la civilización de consumo en que vivimos, el contrato aislado, decidido y configurado libremente, ha dejado de ser el prototipo del acto jurídico convencional. Uno de los rasgos que caracterizan a nuestra vida social es la incitación al consumo. Los medios de comunicación y las agencias de publicidad, al servicio de los productores, crean en la gente deseos y necesidades de contratar. Se trata de suscitar en el público la necesidad irresistible de comprar o consumir el producto publicitado. Especialmente en las naciones ricas, pero también en alguna medida en nuestros países capitalistas del Tercer Mundo, a la libertad contractual ha sucedido una suerte de "dominación contractual". Este fenómeno económico y sociológico sirve de antecedente primigenio a una naciente disciplina jurídica: *el Derecho del Consumo*. En el Hemisferio Norte, en los últimos veinte años son numerosísimas las leyes protectoras del consumidor y las organizaciones en las cuales éstos se hallan asociados. Parece que en lugar de una implacable ley económica de la oferta y de la demanda, estaríamos acercándonos a una economía que, para poder llegar a ser genuinamente libre, presupone la buena fe o corrección de los productores y distribuidores frente a los consumidores. El Derecho del Consumo estaría hoy contribuyendo fuertemente al advenimiento de una próxima era económica que, paradójicamente, sería masificada pero leal. En Chile, luego de un largo debate parlamentario, acaba de promulgarse la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores (cfr., *supra* N° 34.2.)

EL PRINCIPIO DE LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS

45. FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO. LEY Y CONTRATO

El principio de la fuerza obligatoria de los contratos se expresa en el aforismo *pacta sunt servanda*: los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan. El mismo se halla consagrado positivamente en múltiples ordenamientos. Así, por ejemplo, en el artículo 1134-1 del Código Napoleón de 1804; en el artículo 1091 del C.C. español de 1889; en el artículo 1372 del C.C. italiano de 1942; en el artículo 1197 del C.C. argentino de Dalmacio Vélez Sársfield; en el artículo 1361-1 del C.C. peruano de 1984. Este último señala: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos".

Por su parte, el Código Civil chileno, haciéndose eco del modelo francés, subraya enfáticamente la fuerza obligatoria de los contratos, expresando en el artículo 1545: *todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*.

Se ha dicho que, dado el principio general de la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria cae por su propio peso como subprincipio o corolario necesario de la misma. Para consagrar la obligatoriedad del contrato se acude a la metáfora tradicional de compararlo con la ley, aunque las diferencias entre aquél y ésta sean palmarias, tanto en la forma como en el fondo.

"La comparación del contrato con la ley en cuanto al efecto que está llamado a producir entre los contratantes es tradicional. El jurisconsulto romano quiere indicar una idea exacta y

completa de la fuerza obligatoria del contrato; y no encuentra una palabra más apropiada para expresarla que decir que el contrato constituye una ley, *legem contractus dedit*... Y el legislador moderno no podía dejar a un lado una fórmula que con tanta exactitud expresaba el efecto obligatorio del contrato".³⁸⁴

Si bien existen semejanzas entre la ley y el contrato, entre las cuales sobresale la obligatoriedad de ambos, las diferencias son numerosas.

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 permisión 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 injerencia de dos de los Poderes del Estado, en poco o 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, lo que a veces se produce juntamente con la formación del consentimiento (contratos de ejecución instantánea). La ley, en cuanto es una ordenación racional dirigida al bien común, de ordinario perdura en el tiempo. Si una ley puede derogar expresa o tácitamente a otra ley precedente, no siempre un contrato se deja sin efecto mediante otra convención en sentido inverso, ya que existen contratos, como el matrimonio, en que es improcedente el mutuo disenso; o en que basta un acto unilateral, como el desahucio, para ponerles término. La interpretación de la ley no se efectúa de igual modo que la interpretación de los contratos. A aquella le son aplicables, en Chile, los artículos 19 y siguientes del Código Civil. A ésta, los artículos 1560 al 1566 del mismo Código. La Corte Suprema de nuestro país considera que la interpretación de la ley es una cuestión de Derecho y que la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho, que resuelven soberanamente los jueces del fondo.³⁸⁵

³⁸⁴ Luis Claro Solar, *ob. cit.* en nota 308, tomo XI, 1937, pág. 470, N° 1.029.

³⁸⁵ Sobre esta última distinción, que no compartimos, matizada por la Corte Suprema con el aditamento de que, sin embargo, los jueces de las instancias no

46. FUNDAMENTOS DE LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS

Este es uno de los temas más espinudos de la contratación. Se ubica a horcajadas del Derecho y de la Filosofía.

46.1. CONCEPCIÓN VOLUNTARISTA TRADICIONAL

Para la *concepción voluntarista*,³⁸⁶ es indudable que la fuerza obligatoria del contrato tiene su fundamento en el querer de las partes. Siendo la voluntad todopoderosa, no es de extrañar que el poderío del cual está revestida explique por sí solo que los contratos o acuerdos sean obligatorios.

Siguiendo de cerca a Messineo, resulta que si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio. Lo que se traduce en que las partes se autoimponen restricciones para el futuro, puesto que, vinculadas o atadas por el contrato, ya no podrán comportarse como les parezca, sino que deberán cumplir las obligaciones que asumieron.

La regla es que sólo se contrata cuando existe el deseo de contratar, ya que la coacción u obligación de contratar es algo excepcional. Es decir, que los contratantes espontáneamente se sujetan a la necesidad de desplegar después una conducta: cumplir las prestaciones, en obediencia a la voluntad propia y al mismo tiempo ajena (de la contraparte). Esta sujeción a la voluntad autónoma, síquicamente sería superior o más fuerte que la sujeción a los mandatos de las normas generales heterónomas.

En sustancia, antes que nada el contrato es un *producto espiritual*, el resultado de la llamada voluntad contractual, que se asienta en la espontaneidad de las determinaciones de las partes. Explicación, ésta, de innegable impronta individualista. *Todo el curso de la filosofía jurídica moderna, al menos a partir de Kant, se sitúa en tal sentido.*³⁸⁷

pueden desnaturalizar las cláusulas claras y precisas de los contratos, cfr., nuestro trabajo, *Interpretación y calificación de los contratos frente al recurso de casación en el fondo en materia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1966, 133 páginas. Véase además *infra* cuarta parte, capítulo tres.

³⁸⁶ Sobre la concepción voluntarista del contrato, cfr., *supra*, en especial N° 13, N° 39 y N° 40.

³⁸⁷ Francesco Messineo, voz *Contratto. Diritto Privato. Teoria generale*, en Enciclopedia del Diritto, vol. IX, Giuffrè, Milán, 1961, N° 13, pág. 808.

46.2. CONCEPCIÓN IDEALISTA DE GOUNOT

Para la concepción de Gounot, que calificaré como *concepción idealista*, preguntar por el fundamento de la fuerza obligatoria es inquirir por qué la sociedad respalda los intereses y fines particulares de los contratantes. Sólo tangencialmente Emmanuel Gounot dio respuesta a esta interrogante, ya que su meta fue destruir el dogma de la autonomía de la voluntad, antes que proponer un sistema de ideas de recambio.

Dicha finalidad la logró con creces. Pero el sistema sustitutivo de la autonomía de la voluntad todavía no se ha consolidado. A la sazón únicamente disponemos, en mi opinión, de fragmentos u orientaciones parciales de la que podría ser la nueva concepción del contrato del siglo XXI... Si es que alguna vez esta concepción emerge, puesto que no hay que ser muy pesimista para pensar que la *teoría general del contrato es una quimera*, y que el Derecho de la contratación del futuro nos ofrecerá únicamente átomos o figuras individuales, que a lo sumo podremos coherentemente agrupar, con fines prácticos, en algunas categorías, pero resignándonos a no encontrar el cuerpo consistente de elementos y de consecuencias comunes a todos los contratos. Hecha esta insinuación, sobre la falta de uniformidad esencial en los contratos, en la que laten las contradicciones o fricciones que ofrece la materia de la contratación, vuelvo a Gounot.

"Si por esencia el orden jurídico es un mecanismo a la disposición de las voluntades individuales, cae por su propio peso que todo acto emanado de una voluntad y orientado a producir un efecto jurídico, debe por sí producir este efecto. En consecuencia, no tenemos para qué buscar el fundamento de la obligatoriedad de las convenciones, bastando determinar por qué algunos contratos no obligan... Todo lo que no está prohibido por el legislador, está permitido o, más exactamente, toda manifestación de voluntad que la ley no declara ineficaz es sancionada positivamente por el Derecho. *El contrato obliga simplemente porque es el contrato*; la manifestación más alta y más pensada de la autonomía inicial del querer individual. Tal es en el fondo el pensamiento de los autores clásicos. Poner en duda la fuerza obligatoria del contrato sería dudar que el Derecho sea el Derecho. Al remontar la escala de las explicaciones jurídicas o filosóficas, hay necesariamente que llegar a algún lado, a un principio que justifique todo, aunque él no pueda ser justificado. Dicho principio es el de la fuerza obligatoria del contrato. Es absolutamente imposible, según Kant, proporcionar la prueba de este *imperativo categórico*... Es un postulado de la razón pura."

"Recurrir a tal explicación es renunciar a toda explicación. He allí la muerte del análisis."

"Si el principio consiste en que todo acto de la voluntad por sí mismo tiene valor jurídico y que el contrato como tal tiene derecho a la protección de la ley, hay que concluir que el legislador debe abandonar las transacciones humanas al libre juego de las voluntades autónomas. La política a seguir es de abstención. El juez se convierte en un dócil mecánico que reconoce la

obligatoriedad de las convenciones. Si por el contrario, se admite que el contrato sólo es eficaz en la medida que se conforma a las exigencias de la justicia y de la solidaridad social, entonces la misión del juez y la tarea del legislador se transforman. Este último es incitado a multiplicar las leyes imperativas o prohibitivas; los límites de la libertad contractual aumentan; la explotación del prójimo bajo el pretexto del contrato es repudiada. En lugar de mero aparato de empadronamiento, el juez, ministro de la equidad y representante de la sociedad, dotado de extensos poderes de control, recibe la alta misión de asegurar en los contratos el respeto de la justicia."³⁸⁸

Muchos años más tarde, Gounot vuelve sobre el tema y nos dice:³⁸⁹ "el contrato no tiene su fuerza obligatoria en la voluntad individual, sino en el bien común del cual él es instrumento, y cuyas exigencias deberá, por consiguiente, respetar... Tener todo contrato por válido por el solo hecho de haber sido en apariencia regularmente consentido, sería consagrar, en muchos casos, el triunfo de la fuerza, de la astucia, o de cualquier otra superioridad de hecho; sería, dice Ihering, entregar un permiso de caza a los piratas y a los bandidos, con derecho de presa sobre todos aquellos que les caigan en las manos".

"Una ley superior de justicia objetiva se impone por consiguiente a las voluntades que contratan; ley postulada a la vez por la función natural que el contrato debe llenar en el mundo y por el respeto recíproco que se deben las personas humanas... Los contratos libres son sancionados por el Derecho, no porque emanen de voluntades individuales que tendrían por ellas mismas un valor jurídico absoluto e incondicionado, sino porque son efectivamente justas o legítimamente presumidas de tales."

46.3. IDEAS DE GIORGI

Giorgi inicia sus explicaciones teóricas sobre el fundamento jurídico del vínculo contractual, con un perfecto contrapunto sobre la importancia práctica de los contratos: "todos los días y en todos los países se contrata; todos los hombres celebran contratos. Se hacen, ya para satisfacer las necesidades continuas de la vida física, ya para aplacar las más nobles necesidades de la vida intelectual; bien para contentar los deseos, las pasiones, los caprichos, las ideas; bien con ánimo de especular, o por espíritu de beneficencia. Se contrata con personas cercanas y lejanas, con nacionales y extranjeros. En

³⁸⁸ Gounot, *ob. cit.* en nota 333, extractos de sus págs. 128, 129 y 122.

³⁸⁹ *La libertad de contratar y sus justos límites*, en *Semanas Sociales de Francia*. Tomado de Gonzalo Figueroa Yáñez, *Curso de Derecho Civil*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1975, N° 168, quien tradujo el texto francés, traducción de la cual se seleccionaron los dos párrafos que siguen.

todo el tiempo que la historia ha podido recorrer se han celebrado contratos, desde la más remota antigüedad hasta nuestros días".³⁹⁰

Según este ilustre jurista italiano, el fundamento del vínculo contractual está en el orden de las verdades necesarias. La fuerza obligatoria de las convenciones es una idea uniforme, de todos los tiempos y de todos los pueblos, atestiguada por el sentido común de todo el género humano. Ya los pueblos homéricos imprecaban a los traidores... *perche primi del patto violar la santitate, sur lor capo cadran morti e ruine*.³⁹¹ Lo anterior no se opone, sin embargo, a la exigencia de que la filosofía del Derecho investigue las razones últimas de la regla *pacta sunt servanda*. Giorgi, quizás demasiado sintéticamente, agrupa en varios sistemas las principales ideas en este tema:

- a) Sistema del pacto social. El fundamento de la obligatoriedad de los contratos está en un convenio tácito y primitivo, celebrado por los hombres, de ser fieles a sus promesas.
- b) Sistema de la ocupación o de la tradición. Sus partidarios explican la obligación contractual mostrando la promesa del deudor como una abdicación del derecho, y la aceptación del acreedor como una ocupación del derecho abdicado. O bien todo lo reducen a una tradición. Aunque Giorgi no vacila en incluir a Kant entre los sostenedores de esta doctrina, a mi juicio la misma es vaga e inconsistente.
- c) Sistema basado en el abandono de su libertad por el deudor. Todo hombre tiene una esfera propia de derecho, en la cual puede impedir el ingreso de otros. Pero si abre, por su libre determinación, las puertas de ella, constituyendo a alguien en su acreedor, éste puede apropiarse de la libertad de su deudor.
- d) Sistema del interés. Es el de Bentham y de los utilitaristas en general. El hombre debe respetar sus promesas por interés propio. De otro modo, nadie contrataría con él.
- e) Sistema de Ahrens. La conciencia y la razón mandan hacer el bien y, por lo tanto, cumplir lo prometido. Si las promesas pudieran violarse, el orden de la vida sería imposible.
- f) Sistema derivado del postulado *nemine laedere*. El fundamento del vínculo contractual es el principio que impide causar daño al prójimo, provocando la responsabilidad del agente, en caso de contravención.
- g) Sistema acogido por el autor, y cuyo traductor califica con el neologismo de sistema de la *vericidad* (sic). Hay que ser fieles con las promesas, en virtud de la ley natural que obliga a decir la verdad.

³⁹⁰ *Teoría de las Obligaciones*, traducción de la 7ª ed. italiana, Ed. Reus, Madrid, volumen III, 1929, N°s 14-18, págs. 29 a 35.

³⁹¹ Cfr. Giorgi, *ob. cit.* en la nota anterior, vol. III, pág. 30 y su nota 2, donde se remite a la *Iliada*.

En este mismo sentido, Recasens, siguiendo a Roscoe Pound³⁹² funda la obligatoriedad jurídica del contrato en una norma ética que exige no defraudar la confianza que la palabra dada ha engendrado en la contraparte. Es la *norma ética de la veracidad*. Pero Luis Díez-Picazo refuta este sistema, señalando con razón: "No parece posible admitir que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos se encuentre en un deber ético de veracidad y de fidelidad a la palabra dada. Ni ha sido así en la historia del Derecho, ni es así en el Derecho Positivo actual. Para comprobar lo primero basta recordar que en los ordenamientos jurídicos históricos no se dotó de acción ni a las promesas informales ni a los simples pactos. Para comprobar lo segundo es suficiente tener en cuenta que cuando el ordenamiento jurídico exige unos determinados requisitos, por ejemplo de forma, para la eficacia del contrato, no basta la *palabra dada* ni la confianza suscitada para que la obligatoriedad en el orden jurídico se produzca. En tales casos, en el orden moral el deber de respetar la veracidad subsiste, pero en el orden jurídico no hay verdadera obligatoriedad".³⁹³

46.4. HANS KELSEN

En este tema, obviamente, hay que hacer alusión al pensamiento del jurista vienés Hans Kelsen.³⁹⁴

Kelsen percibió con precisión el distingo, clave en materia contractual, entre *el contrato como acto de constitución de la relación jurídica y el contrato como relación jurídica ya creada*.³⁹⁵ "Hay que distinguir claramente el contrato en tanto hecho creador de derecho y las normas creadas por este contrato. Empero, en la terminología tradicional la palabra contrato se utiliza para designar lo mismo uno como otro de esos dos objetos. Se habla de la conclusión del contrato, entendiéndose los actos, las acciones, que constituyen el hecho creador del derecho. Se habla también de la validez del contrato, o sea, de las normas creadas por tal hecho..."³⁹⁶ El mismo autor en otro traba-

³⁹² *An introduction to the Philosophy of Law*, 7ª reimpresión, New Haven, pág. 237. *Promise of bargain*, en *Tulane Law Review*, N° abril 1959, págs. 455 y s.

³⁹³ *Ob. cit.* en nota 85, N° 71, pág. 91.

³⁹⁴ Sobre el pensamiento de Kelsen (1881-1973), fuera de su famosa *Teoría Pura del Derecho*, prácticamente traducida a todas las lenguas, véase el N° 6 de la *Revista de Ciencias Sociales*, Edeval, Valparaíso 1974, titulado *Hans Kelsen*. Véanse también los trabajos de su principal discípulo chileno, el profesor Agustín Squella Narducci, en particular su tesis doctoral: *Derecho, Desobediencia y Justicia*, defendida en Madrid y precitada en nota 234.

³⁹⁵ Aunque con otras palabras y para propósitos diversos de los de este libro, véanse por ejemplo, *supra* N° 33.4. e *infra* N° 46.6.

³⁹⁶ *Théorie Pure du Droit*, traducción al francés de Eisenmann, Dalloz, París, 1962, pág. 346.

jo, el más importante suyo desde el punto de vista de los fundamentos de la fuerza obligatoria del contrato,³⁹⁷ nos dice que es imposible aprehender la esencia del fenómeno contractual si sólo se le analiza como acto jurídico. Añade que el término contrato o convención involucra un *equivoco muy peligroso*, ya que significa tanto un acto, un procedimiento, cuanto el producto jurídico de este acto o procedimiento, las consecuencias que el ordenamiento jurídico arrima al acto.

Dada la concepción piramidal del orden jurídico (conjunto de normas jurídicas jerarquizadas y ordenadas en la forma de una pirámide), característica del positivismo kelseniano, la explicación de la imperatividad del contrato se cae de madura. "La fuerza obligatoria del contrato es delegada por la ley. La norma o el orden creado por convención es una regla o un orden de un grado inferior respecto al orden que instituye la convención como procedimiento de creación de normas jurídicas. Esta es la única expresión teóricamente correcta de la fórmula habitual, según la cual las convenciones son declaradas obligatorias por la ley. Se subentiende que la convención carece de fuerza obligatoria por sí misma, ya que esta fuerza le ha sido atribuida por una norma u orden superior, por la ley."³⁹⁸

"El problema de la razón de la validez de la norma contractual, o como se dice, por lo general, de la razón de la fuerza obligatoria de la convención... puede tener un carácter puramente teórico y sólo concernir a la validez de la norma contractual al interior de un orden jurídico determinado. La respuesta, entonces, es la siguiente: la convención es obligatoria en la medida en que el ordenamiento jurídico la considera como un estado de hecho creador de derecho. En otros términos, en la medida en que una norma de grado superior (la ley, o la costumbre en el caso de la obligatoriedad de los tratados en el plano internacional) autoriza a los sujetos a crear una norma de grado inferior. La razón de la validez de la convención se reduce, por lo tanto, a la validez de la ley general o de la costumbre, que prescriben que la convención es creadora de derecho (*pacta sunt servanda*). Y si nos preguntamos cuál es la razón de la validez de esta última norma (la validez de la ley o de la costumbre), llegamos al final a la *norma fundamental del orden jurídico*, siendo imposible ir más lejos, si se trata de permanecer dentro de los límites del derecho positivo. En definitiva, la convención es obligatoria por la misma razón por la cual todo el orden jurídico (que la reconoce o instituye como creadora de derecho) es obligatorio."³⁹⁹⁻⁴⁰⁰

³⁹⁷ *La Théorie juridique de la convention*, publicado en Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Sirey, París, volumen especial, año 1940, págs. 33 a 76.

³⁹⁸ *Ob. cit.* en nota precedente, pág. 36.

³⁹⁹ *Ibidem*, págs. 47 y 48.

⁴⁰⁰ Sobre la norma fundamental del ordenamiento jurídico piramidal, cfr. *ob. cit.* en nota 396, en especial Título V, págs. 255 a 369. Véase también la colaboración del profesor Graham Hughes, *Validez y norma básica*, en el N° 6 de la Revista de Ciencias Sociales, precitado en nota 394, págs. 199-223.

Algo más debe existir, fuera del hecho voluntario de la conclusión del contrato. "La convención no es sólo el hecho compuesto de las manifestaciones de voluntad de dos o de varias personas, pues la convención subsiste incluso si uno de los sujetos no tiene más la voluntad que expresó al momento de la conclusión. Después de la conclusión, una vez acabado el procedimiento convencional, la convención que cuenta es precisamente la norma o el orden creado por dicho procedimiento, norma u orden al cual están sometidos los sujetos cuya conducta es regulada. El individuo no es en absoluto libre frente a la norma o al orden creados por la convención. La libertad individual (que es otra cosa que la libertad en el sentido de autodeterminación o autonomía) no existe sino en el procedimiento de creación de las normas..."⁴⁰¹

46.5. SINCRETISMO DE GHESTIN

Entre los sincretismos propuestos a la hora de explicar la fuerza obligatoria del contrato, destacaré aquí el formulado por el profesor de la Universidad de París Jacques Ghestin. Descartando los dogmatismos voluntaristas, lo que se impone es una descripción real de las relaciones contractuales, "es con este espíritu que hoy el contrato deberá ser estudiado, aunque así lo despojemos de la bella y noble simplicidad que le atribuía ilusoriamente la teoría clásica de la autonomía de la voluntad".⁴⁰²

Resumiré el pensamiento de Ghestin en la siguiente traducción libre:

a) *Primacía del Derecho objetivo*

La fuerza obligatoria del contrato está fundada en el Derecho objetivo. "Si el postulado de la libertad, que hace del hombre un ser responsable, corresponde a una aspiración profunda de los individuos, no debe empero llevar a colocar a éstos en antinomia con la sociedad. Sin negar la utilidad de los derechos subjetivos, hay que concebirllos como elementos de la organización de la sociedad y subordinarlos al Derecho objetivo. En la práctica se observa que los individuos no tienen más derechos que los que les son determinados por la regla jurídica objetiva. Nadie puede invocar ante un tribunal un derecho no consagrado por el Derecho objetivo... Todos los autores que se refieren al Derecho objetivo admiten con absoluta nitidez, aunque sea por preterición, que los derechos subjetivos tienen como único origen las reglas objetivas. La fuerza obligatoria del contrato encuentra por lo tanto su fundamento en el Derecho objetivo y no en la voluntad de las partes. De la primacía del Derecho objetivo resulta que el contrato esencialmente es un

⁴⁰¹ *Ob. cit.* en nota 397, págs. 63 y 64.

⁴⁰² *Ob. cit.* en nota 151, N° 171.

instrumento al servicio de aquél. Pero la voluntad conserva un rol importante, aunque permaneciendo las iniciativas individuales subordinadas a lo crucial, que es la búsqueda de la justicia".⁴⁰³

b) *El contrato, instrumento al servicio del Derecho objetivo*

Una norma de orden público podrá ser inoportuna, pero, en principio, siempre será legítima. El principio de la libertad contractual no autoriza a discutir la norma imperativa y ni siquiera a interpretarla restrictivamente.

"El acuerdo de voluntades sólo es el instrumento para celebrar operaciones socialmente útiles. Son estas operaciones lo esencial, al menos en igual medida que las voluntades instrumentales. En cada caso hay que examinar la operación concreta que el contrato persigue realizar y las voluntades que determinan las condiciones. El centro de gravedad del contrato, que antes estuvo en el consentimiento, después por reacción en el orden público, se situaría ahora, de modo más equilibrado, en los elementos reales o materiales del contrato... El contrato es el instrumento privilegiado de los intercambios de bienes y de servicios. Históricamente el contrato nace de operaciones de intercambio que, independientemente del consentimiento, se caracterizan por el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro. A este desplazamiento, elemento objetivo, material, hay que otorgarle particular importancia."⁴⁰⁴

c) *El rol de la voluntad y la seguridad jurídica*

"La primacía del Derecho objetivo no implica ni abandono de la noción del derecho subjetivo, ni desconocimiento de la dignidad de la persona humana. En nuestra civilización, marcada por el humanismo y por el cristianismo, el valor supremo es el bien de la persona humana. El Derecho objetivo debe ordenarse en función de los postulados de la responsabilidad moral y de la libertad del hombre. El contrato como acuerdo de voluntades aparece en esta perspectiva como un instrumento privilegiado de la libertad y de la responsabilidad individuales. La libertad de iniciativa es una profunda aspiración del hombre y responde, al parecer, a una responsabilidad moral necesaria a su realización como tal. El respeto de la palabra dada es una regla moral que, naturalmente, es la prolongación de la libertad humana para comprometerse. Cuando el compromiso se asume libremente, el deudor siente que su obligación de cumplir el contrato es un deber de conciencia, lo que a sus ojos justifica la fuerza obligatoria del contrato y refuerza la imperatividad estatal. La libertad para obligarse es, así, factor importante del efectivo cumplimiento."⁴⁰⁵

⁴⁰³ Ibídem, N° 173.

⁴⁰⁴ Ibídem, N°s 175 y 176.

⁴⁰⁵ Ibídem, N° 178.

La fuerza obligatoria del contrato es necesaria para la confianza del acreedor y para el crédito, en lo que hay que estar de acuerdo con Gino Gorla, quien sitúa en la *legítima confianza del acreedor* el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. El respeto de la palabra dada es, en el plano socioeconómico, la condición o la base del crédito y sobre este último descansa la economía liberal contemporánea. Las restricciones a la obligatoriedad de los contratos atentan contra la seguridad jurídica, disminuyendo la tranquilidad de los acreedores y restringiendo el crédito.

d) *La búsqueda de la justicia y la buena fe contractual*

"Conviene recordar que el Derecho objetivo no se reduce a un conjunto de reglas positivas. Estas han de servir de guía en la búsqueda de la *solución justa*, lo que constituye verdaderamente el Derecho objetivo. El juez tiene que obedecer a las reglas y especialmente a la ley. Pero es preciso, también, que persiga la decisión justa, utilizando todos los elementos de la lógica jurídica. La conformidad del contrato al Derecho objetivo es, pues, conformidad suya tanto a la justicia como al Derecho positivo. En consecuencia, el principio fundamental que debe inspirar la interpretación y la orientación del Derecho positivo es, primeramente, el de la justicia."

El contrato está sometido al principio de justicia conmutativa. No debe destruir el equilibrio que existía entre los patrimonios, lo que implica que cada parte reciba el equivalente de lo que proporciona.⁴⁰⁶

La jurisprudencia y las legislaciones de Europa y del Medio Oriente reflejan, en nuestro tiempo, el deseo de encontrar una mayor justicia contractual. Lo que se refleja en los fallos que reducen ciertas prestaciones o en la concepción de los vicios del consentimiento o en la noción sobre la ausencia de causa en los actos jurídicos. Lo mismo que en las leyes protectoras del consumidor y sobre las condiciones generales de la contratación.

Una herramienta decisiva para el logro de la justicia contractual es que los fallos apliquen el estándar de la buena fe, noción unitaria en cuanto consagra una exigencia general de lealtad en las relaciones contractuales, pero que en sus heterogéneas aplicaciones cuaja de maneras muy diversas.

"Finalmente es en la conciliación del interés general, con los principios de justicia, de buena fe, de seguridad jurídica y de libertad y responsabilidad de los individuos, donde reside el genuino problema legislativo del contrato".⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Hemos visto, sin embargo, al examinar la clasificación de los contratos en conmutativos y aleatorios, que todos los contratos implican correr un albur. Véase *supra* N° 22.

⁴⁰⁷ *Ob. cit.* en nota 151, N°s 181 a 187.

46.6. OBSERVACIÓN METODOLÓGICA

Acaso no sea apostilla insensata cerrar el tema con una *observación metodológica*.

Tratándose de la fuerza obligatoria del contrato y de otros tópicos contractuales, siempre conviene separar el acto o proceso de constitución del resultado; es decir, la génesis del contrato por un lado, del contrato ya creado por el otro.

En el ámbito del contrato como acto de constitución de la relación jurídica priman los elementos subjetivos. En cambio, a propósito del contrato ya celebrado priman los elementos objetivos.⁴⁰⁸ Pero estas dos son orientaciones de principio, con variadas excepciones. Veamos algunas.

Si bien en su génesis básicamente el contrato es acuerdo de voluntades reales y subjetivas,⁴⁰⁹ hay casos de contratos sin voluntad. Por ejemplo en las hipótesis del art. 2173 del C. Civil, en que no habiendo mandato vigente, resulta, sin embargo, obligado el mandante putativo. La doctrina de la apariencia impone esta solución *objetiva*, en beneficio de los terceros de buena fe. En otro plano, no obstante la reaparición de la persona que había sido declarada presuntivamente muerta y la consecuencial nulidad o inexistencia del decreto de posesión definitiva, subsisten los contratos celebrados por los herederos sobre los bienes de quien estaba desaparecido (art. 94, regla 4ª, C. Civil). Una consideración *objetiva*, la protección de la apariencia, dicta esta excepción al efecto retroactivo de la nulidad.

La causa, elemento del nacimiento o formación de los actos jurídicos, tiene tanto una dimensión subjetiva (la de la causa ocasional o motivo psicológico que personalmente induce a celebrar el acto), cuanto una dimensión *objetiva* (la de la causa final o común a todos los contratos de la misma categoría).

En el ámbito del contrato como relación ya creada, por mucho que se pretenda soslayar la búsqueda o el recurso a la voluntad, a veces el empleo de elementos *subjetivos* es indispensable. Así, la responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación contractual implica penetrar en el terreno de la culpabilidad, siendo indispensable efectuarle un juicio de reproche al deudor demandado para poder condenarlo a la ejecución forzada. Al margen de la cuestión del peso de la prueba, tal juicio de reproche se traduce en imputarle culpa o dolo al contratante incumplidor, lo que implica situar el análisis en un plano *subjetivo*.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Sobre lo objetivo y lo subjetivo en los contratos, cfr., el trabajo del profesor Hébraud, en el libro colectivo *Mélanges offertes a Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, París, tomo 2, 1960, págs. 419 y s. También la tesis doctoral de Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J., París, 1971.

⁴⁰⁹ Por supuesto que no es así en las situaciones de contratos forzados heterodoxos. Sobre éstos, véase *supra* N° 33.

⁴¹⁰ Ciertamente que el subjetivismo es menor en el caso de determinar si hubo o no culpa, que cuando el sentenciador decide si hubo o no dolo. Lo que deriva

La voluntad predomina en la etapa de la formación del contrato. E incluso, por regla general, a través del completo iter contractual si la convención se cumple y desenvuelve pacíficamente. Pero si las partes entran en pugna y solicitan la intervención del órgano jurisdiccional, a fin de que zanje algún problema concerniente al contrato en cuanto relación jurídica constituida, la determinación judicial de los efectos del contrato se efectúa en base a normas y elementos *objetivos*, y mucho menos en atención a la voluntad histórica de las partes, o sea, a lo que ellas quisieron cuando contrataron.⁴¹¹

En palabras del gran civilista catalán, "la tentativa de hacer de la voluntad el actor principal y casi único de las obligaciones contractuales sólo en parte puede mantenerse cuando su cumplimiento resulta conflictivo. La idea de que tal papel pueda ser desempeñado por la voluntad es al mismo tiempo insuficiente y excesiva. Es insuficiente, porque muchas veces la voluntad por sí sola es incapaz de engendrar obligaciones válidas y eficaces; es excesiva porque en muchas ocasiones la solución de un problema de Derecho contractual sólo puede alcanzarse si se prescinde de lo que realmente se ha querido".⁴¹²

47. LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS FRENTE AL LEGISLADOR

47.1. DERECHO CHILENO HOY VIGENTE

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

de que la culpa se aprecia *en abstracto* y el dolo, en cambio, se aprecia *en concreto*. Para decidir si hubo o no culpa, el juez compara la conducta del demandado con la conducta que habría debido desplegar un prototipo abstracto de hombre en iguales circunstancias. Para decidir si hubo o no dolo, el juez compara la conducta del demandado con la que a él mismo, hombre de carne y hueso, le era exigible. Cfr., sobre este atractivo tema, la obra de Noël Dejean de la Baties, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit Civil Français*, L.G.D.J., París, 1965.

⁴¹¹ Este planteamiento implica preferir el sistema objetivo o realista de interpretación contractual. Véase *infra*, Cuarta Parte, N°s 64 y s., respecto a los sistemas de interpretación de los contratos.

⁴¹² José Puig Brutau, *ob. cit.* en nota 323, pág. 18.