



Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho

# Derecho de los contratos

ESTUDIOS SOBRE  
TEMAS DE ACTUALIDAD

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ  
JORGE BARAONA GONZÁLEZ  
HERNÁN CORRAL TALCIANI  
CHRISTIAN JOHOW SANTORO  
JORGE WAHL SILVA  
GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA  
JOSÉ MANUEL BARROS TORRES  
JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY

Hernán Corral Talciani y  
Guillermo Acuña Sboccia  
EDITORES



2002

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 6



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

# Derecho de los contratos

---

**ESTUDIOS SOBRE TEMAS DE ACTUALIDAD**

**Miguel Ángel Fernández González**

**Jorge Baraona González**

**Hernán Corral Talciani**

**Christian Johow Santoro**

**Jorge Wahl Silva**

**Guillermo Acuña Sboccia**

**José Manuel Barros Torres**

**José Joaquín Ugarte Godoy**

---

**Hernán Corral Talciani y**

**Guillermo Acuña Sboccia**

**EDITORES**

**CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 6 (2002)**

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, JORGE BARAONA GONZÁLEZ,  
HERNÁN CORRAL TALCIANI, CHRISTIAN JOHOW SANTORO, JORGE WAHL SILVA,  
GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA, JOSÉ MANUEL BARROS TORRES, JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY

CIP - Universidad de los Andes

Derecho de los contratos: estudios sobre temas de actualidad / Miguel Ángel Fernández González ... [et al.]; Hernán Corral Talciani y Guillermo Acuña Sboccia editores.

(Cuadernos de extensión jurídica; 6)

Incluye notas bibliográficas.

- 1.- Contratos - Chile. 2.- Contratos - Derecho Comparado.
3. Contratos (Derecho Internacional). I.- Fernández González, Miguel Ángel.
- II. Corral Talciani, Hernán, ed. III.- Acuña Sboccia, Guillermo, ed. III.- s.

CDD 21

346.8302

ISBN: 956-7160-22-8

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 130.789

No está permitida la reproducción parcial o total de este libro, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2002 Universidad de los Andes

Cuadernos de Extensión Jurídica  
Ediciones Universidad de los Andes  
Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile.

Diseño: Carolina Varela

Impresión  
Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

**MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**

*Magíster en Derecho Público por la Universidad Católica de Chile  
Profesor de Derecho Político y Constitucional  
Universidades Católica de Chile, de Chile, de los Andes y  
Alberto Hurtado.*

**JORGE BARAONA GONZÁLEZ**

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España)  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes*

**HERNÁN CORRAL TALCIANI**

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España)  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes*

**CHRISTIAN JOHOW SANTORO**

*Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Augsburg  
(Alemania)  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Andrés Bello*

**JORGE WAHL SILVA**

*Magíster en Derecho por la Universidad de Duke (EE.UU.)  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes*

**GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA**

*Magíster en Derecho por la Universidad de Southampton  
(Reino Unido)*

*Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes*

**JOSÉ MANUEL BARROS TORRES**

*Profesor de Derecho de Seguros  
Universidad de los Andes*

**JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY**

*Profesor de Derecho Civil y de Filosofía del Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile*

PRESENTACIÓN ..... 11

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE  
LOS CONTRATOS: INTANGIBILIDAD, AUTONOMÍA DE LA  
VOLUNTAD Y BUENA FE

*Miguel Ángel Fernández González*

I. Introducción ..... 17  
II. Fuerza normativa y constitucionalización  
del derecho ..... 18  
III. Intangibilidad de los contratos ..... 23  
IV. Autonomía de la voluntad y buena fe ..... 37

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY E INTANGIBILIDAD  
CONTRACTUAL. A PROPÓSITO DEL FALLO DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL SOBRE LA DEUDA SUBORDINADA  
DEL SISTEMA BANCARIO

*Jorge Baraona González*

I. Exposición del problema ..... 47  
II. Breve encuadramiento del tema ..... 48  
III. La irretroactividad de la ley y los contratos:  
el art. 22 de la Ley sobre el Efecto  
Retroactivo de las Leyes ..... 50  
IV. Sentido y límites de la garantía del derecho  
de propiedad ..... 54  
V. La aplicación de la garantía del derecho de  
propiedad a los contratos ..... 55  
VI. Tres casos de jurisprudencia ..... 56  
VII. La esencia de los derechos en materia de  
contratos ..... 58  
VIII. Una nueva mirada al art. 22 de la LERL ..... 66  
IX. Conclusión ..... 68

LA DEFINICIÓN DE CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL  
CHILENO Y SU RECEPCIÓN DOCTRINAL. COMPARACIÓN  
CON EL SISTEMA FRANCÉS

*Hernán Corral Talciani*

I.	Propósito del estudio .....	69
II.	El marco general de regulación: negocio jurídico y contrato .....	70
III.	Reseña histórica acerca de la definición de contrato .....	73
IV.	La opción de Andrés Bello. El concepto legal de contrato en el Código Civil chileno..	78
V.	Comparación entre la recepción de las definiciones de contrato en la doctrina francesa y chilena .....	81
IV.	Conclusiones .....	96

PARA UNA NUEVA LECTURA DE LOS ARTÍCULOS 1560  
Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL. EL MÉTODO DE LA  
INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO ALEMÁN

*Christian Jobow Santoro*

I.	Introducción .....	99
II.	La interpretación del contrato como interpretación de declaraciones de voluntad recepticias .....	100
III.	Principios para la interpretación de las declaraciones de voluntad que sirven de base al BGB .....	101
IV.	Objeto de la interpretación y medios para llevarla a cabo .....	105
V.	Requisitos de la interpretación .....	106
VI.	El método de la interpretación .....	111
VII.	Breve comparación entre el derecho chileno y el alemán respecto de la interpretación del contrato .....	118
VIII.	Los postulados de la doctrina moderna respecto de la interpretación del contrato ..	124

ASPECTOS EN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO  
 EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. DERECHO CHILENO  
 Y TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO  
*Jorge Wahl Silva*

I.	Introducción .....	131
II.	Reconocimiento legal de los contratos electrónicos .....	136
III.	La oferta dirigida o abierta al público en general .....	141
IV.	Plazo para aceptar la oferta .....	147
V.	Efectos de la aceptación con términos adicionales o diferentes .....	152
VI.	El momento en que se forma el consentimiento .....	159
VII.	Observaciones finales .....	165

EL CONTRATO INTERNACIONAL. PROBLEMAS  
 RELATIVOS A SU NEGOCIACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO  
*Guillermo Acuña Sboccia*

I.	Introducción .....	167
II.	El contrato internacional .....	168
III.	La oferta y la aceptación como elementos esenciales en la formación del contrato .....	169
IV.	La etapa de negociaciones en un contrato internacional .....	170
V.	Las vicisitudes de la oferta y la aceptación .	177
VI.	Conclusión .....	187



EL CONOCIMIENTO DEL RIESGO EN EL CONTRATO  
DE SEGUROS: ALGUNOS ALCANCES SOBRE LA CARGA  
O DEBER DE INFORMACIÓN

*José Manuel Barros Torres*

I.	Planteamiento del problema .....	189
II.	La <i>carga</i> de la información .....	190
III.	Orígenes y fundamento: La buena fe <i>in contrahendo</i> .....	191
IV.	Contenido del deber de declaración en el contrato de seguro .....	194
V.	La carga precontractual de informar que recae sobre el asegurado según nuestro Código de Comercio .....	196

EL CONTRATO USADO EN CHILE PARA LA  
COMERCIALIZACIÓN DE FRUTA EN EL EXTRANJERO.  
SU VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA

*José Joaquín Ugarte Godoy*

I.	Los contratos usuales en Chile para la comercialización de fruta en el extranjero ..	207
II.	La cuestión que se suscita .....	210
III.	La verdadera naturaleza del contrato de exportación en examen .....	210
IV.	Conclusiones .....	245

## PRESENTACIÓN

*Es un tópico indiscutido que el contrato, en cuanto categoría jurídica idónea para canalizar el tráfico de bienes y servicios, constituye una de las instituciones medulares en las cuales se apoya el sistema económico de libre empresa que rige hoy, con o más o menos matices, en la mayor parte del mundo occidental. Pero el contrato no es sólo un mecanismo funcional para la circulación de la riqueza, sino que además, en un plano más axiológico, contribuye a hacer realidad valores humanos fundamentales tales como la libertad, la autonomía, la solidaridad y la lealtad. Resulta así que la disciplina normativa de las relaciones contractuales es una materia de vital importancia, tanto para un buen funcionamiento de la economía como para la conformación de una sociedad respetuosa de los derechos y libertades de las personas.*

*Si a lo anterior agregamos la gran elasticidad de los intercambios y operaciones de transferencia de bienes, la apertura de los mercados, la globalización y el surgimiento de nuevas tecnologías, entendemos muy bien por qué el derecho de los contratos es una de las disciplinas jurídicas que más atención concita en el contexto nacional e internacional. Se plantea el desafío de volver una y otra vez sobre el tema de la contratación, tanto con el objeto de precisar el alcance de las nuevas modalidades y tipos contractuales, como con la intención de comprender de qué manera pueden aplicarse o adaptarse las nociones y principios clásicos para responder a los requerimientos que las nuevas formas negociales reclaman.*

*La presente publicación reúne una serie de trabajos elaborados por diversos autores, cuyo propósito común es exponer y analizar aspectos y temas específicos, tanto de la teoría general del contrato (estudios de los profesores Fernández, Baraona, Jobow y Corral) como de las nuevas formas contractuales surgidas en las últimas décadas: contrato electrónico (profesor Wahl) y contrato internacional (profesor Acuña), y de algunos contratos en particular, como el de seguro (profesor Barros) y el de comercialización de fruta (profesor Ugarte). Se pretende ofrecer así, a la doctrina y práctica jurídica chilena, un desarrollo de temas contractuales específicos, normalmente ignorados por las obras generales, pero que resultan de relevancia e interés, no sólo desde el punto de vista dogmático sino sobre todo desde una perspectiva práctica.*

*Una reflexión renovada de la posición del contrato como institución jurídica no puede hoy prescindir de su repercusión y alcance a nivel constitucional. Los profesores Miguel Angel Fernández y Jorge Baraona realizan una primera labor en este sentido. El primero ofrece una interesante sistematización de lo que pueden ser las bases o principios constitucionales en los que se inserta el derecho de los contratos. Es evidente que uno de los fundamentos fuertes de la contratación es la consagración y protección del derecho de propiedad sobre bienes incorporales. Pero el trabajo del profesor Fernández hace ver que la constitucionalización del contrato se extiende más allá de la protección propietaria para abarcar, e incluso servir de fundamento, a los principios de la autonomía de la voluntad y de buena fe.*

*El profesor Baraona, por su parte, profundiza en uno de los puntos más complejos y polémicos a la hora de conjugar normativa civil y constitucional en materia de contratos: la intangibilidad de la regulación contractual y el alcance del principio de irretroactividad de las*

leyes. En un análisis comprensivo de las normas constitucionales y legales aplicables al problema de la vigencia de la ley en el tiempo, como asimismo en una visión crítica de la jurisprudencia existente, Jorge Baraona propone una nueva visión del concepto de la "esencia" del contrato y, consecuentemente, de las facultades o derechos de las partes que pueden estimarse como intangibles o inmodificables por leyes posteriores.

En el trabajo que sigue, y cuya autoría pertenece al primero de los editores que suscriben esta presentación, se analiza un tópico que, aunque más bien de corte clásico y tradicional, no deja de presentar evoluciones, aristas y complejidades dogmáticas que hacen útil volver sobre él. Se trata de la definición legal de contrato y de su distinción con otras figuras jurídicas negociales. El trabajo comienza analizando la definición del art. 1438 del Código Civil chileno y su génesis histórica, para luego efectuar un ejercicio comparativo con el Código Civil francés, y componer un paralelo entre la forma en la que la doctrina ha explicado e interpretado esas definiciones tanto en nuestro país como en Francia.

Ocupando también los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia comparada, se presenta el trabajo del profesor Christian Jobow, quien focaliza su estudio en el sistema alemán y en uno de los puntos neurálgicos de toda normativa y práctica contractual: la interpretación del contrato. Centrándose en las declaraciones de voluntad que dan vida al contrato, el profesor Jobow especifica los objetivos, principios y métodos de interpretación del contrato en la nación germánica, para comparar dichas ideas y métodos con los desarrollados en nuestro derecho a la luz de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, propiciando, con ello, una lectura renovada de dichos preceptos.

*El profesor Jorge Wahl aborda uno de los temas más novedosos y quizás por lo mismo de mayor complejidad del moderno derecho de los contratos: la formación del consentimiento en la contratación electrónica. Después de hacer una interesante descripción práctica del fenómeno de la contratación por medios electrónicos, el trabajo se ocupa de los desafíos que la tecnología informática plantea en materia de formación del consentimiento, uno de los cuales es el reconocimiento legal de la categoría del contrato electrónico. El estudio no sólo aporta un valioso comentario de la normativa nacional aplicable en la materia (incluida la reciente Ley N° 19.799 sobre firma electrónica), sino que además realiza una detallada exposición de los criterios y soluciones que sobre el particular han sido elaborados en el derecho extranjero, tanto anglosajón como continental, los cuales, sin duda, serán de gran importancia a la hora de resolver los problemas que la contratación electrónica planteará también entre nosotros.*

*El trabajo que se ubica a continuación ha sido elaborado por el segundo de los editores que suscriben, y se aboca a otro de los campos en que el derecho de los contratos presenta renovados problemas y desafíos: el de la contratación internacional. Sin pretender un tratamiento exhaustivo de la materia, se intenta resaltar aquellos aspectos que deben tenerse en consideración a la hora de negociar un contrato internacional. Teniendo a la vista doctrinas y normas jurídicas nacionales, extranjeras e internacionales, se tocan puntos tales como la aplicabilidad del principio de buena fe, la fuerza que cabe atribuir a las tratativas o acuerdos preliminares y las complejidades que, internacionalmente, se advierten en todo lo relativo a la formulación de la oferta y de la aceptación.*

*El profesor José Manuel Barros nos traslada a un ámbito en el que la contratación ha tenido un explosivo desarrollo en las sociedades modernas: el seguro. Los deberes de información de los contratantes aparecen como imperativos del principio de buena fe, pero tienen aún más relevancia en lo referido al contrato de seguro ya que su cumplimiento propende a una mejor evaluación de los riesgos. Con fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, el profesor Barros analiza las particularidades que presenta, en el ámbito específico del contrato de seguro, el deber o carga de información que pesa sobre el asegurado. Pone de relieve las diferencias existentes con los principios aplicables a la obligación de informar en la generalidad de los contratos y expone, además, las consecuencias que, en el caso específico del seguro, derivan del incumplimiento de dicho deber.*

*Para finalizar el volumen se ha incluido un estudio que hiciera el profesor José Joaquín Ugarte para un seminario realizado hace algunos años en la Universidad de los Andes, pero que mantiene plena actualidad. Se trata de una forma contractual que interesa especialmente a nuestro sector productivo: el contrato comúnmente usado en Chile para la comercialización de fruta en el extranjero. Destaca el profesor Ugarte que este contrato, que vincula al productor de la fruta con la empresa exportadora, tiene una naturaleza asociativa, que impediría atribuirle la pretendida calificación de contrato de compraventa. Concluye, después de una fundamentada reflexión, que constituye más bien una asociación o cuentas en participación, y con ello defiende la aplicación de todas las consecuencias que, en lo relativo a la extensión de las obligaciones de la empresa exportadora, conlleva esta última calificación.*

*Como podrá apreciar el lector, los artículos que se incluyen en este sexto número de la revista Cuadernos de*

*Extensión Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, si bien cada uno en el específico ámbito que abordan, se inspiran en la idea común de contribuir a una actualización y renovación de la doctrina y práctica chilenas en relación con el polifacético e inquietante fenómeno contractual. Es también a lo que aspiramos los editores que, con estas líneas introductorias, entregamos a profesionales y estudiosos del Derecho y al público interesado en general, este nuevo volumen.*

**HERNÁN CORRAL TALCIANI**  
**GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA**

*31 de octubre de 2002*

## **FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS: INTANGIBILIDAD, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y BUENA FE**

**MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**

*Magíster en Derecho Público*

*Universidad Católica de Chile*

*Profesor de Derecho Político y Constitucional*

*Universidades Católica de Chile, de Chile,*

*de los Andes y Alberto Hurtado*

### **I. INTRODUCCIÓN**

Se me ha encomendado abordar, por el profesor Hernán Corral Talciani, a quien agradezco su invitación a participar en este volumen, el contrato desde el punto de vista constitucional. Asumo dicho encargo intentado sistematizar algunos asuntos vinculados con la teoría, la ejecución y los efectos del contrato, pero situándolos en la perspectiva de los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental.

La tarea expuesta es posible sólo si se concibe el Sistema Jurídico Chileno desde y hacia la Constitución, esto es, sobre la base de su fuerza normativa, la cual se inserta en el proceso de constitucionalización del Derecho, considerando especialmente que "los valores que representan los derechos fundamentales rigen en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluida la interpretación del Derecho Privado"<sup>1</sup>.

Abordaré el tema propuesto fijando, en primer lugar, algunos criterios básicos en torno de la fuerza normativa de la Carta Fundamental y la constitucionalización del Derecho; en seguida, examinaré el tópico que, desde un punto de vista práctico, aparece como el más relevante en la jurisprudencia y doctrina nacionales, consistente en el principio

---

<sup>1</sup> José Ignacio Martínez Estay: "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos" en *Revista Chilena de Derecho* (Número Especial, 1998) p. 60.



de intangibilidad de los derechos emanados de los contratos; particularmente interesante es situar aquella invariabilidad de frente a las excepciones, vinculadas con la potestad legislativa y la facultad de los jueces para alterar los derechos contractualmente generados, aun en contra de la voluntad de los contratantes; finalmente, útil es, en la perspectiva referida, visualizar los principios de autonomía de la voluntad y buena fe, aun cuando la todavía incipiente constitucionalización no permita encontrar un número relevante de casos en que aquellos principios se hayan concebido desde y hacia la Constitución.

## II. FUERZA NORMATIVA Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Como es bien sabido, el artículo 6° inciso 2° de la Constitución dispone que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos estatales como a toda persona, institución o grupo, con lo cual queda consagrada en el Derecho Positivo la fuerza normativa de la Carta Fundamental, tendiente a lograr que efectivamente impere el Principio de Supremacía Constitucional, consagrado en el inciso 1° del artículo referido.

Ello significa que los preceptos contenidos en la Constitución son obligatorios y no constituyen programas, proyectos, idearios o planes, poseyendo energía normativa propia<sup>2</sup>.

Primera secuela inevitable de la fuerza normativa es que los preceptos constitucionales no requieren mediación normativa alguna para aplicarse a las situaciones jurídicas concretas regidas por ellos, a menos que el propio Poder Constituyente haya impuesto, con el rasgo de deber, la necesidad de dicha mediación:

“Así, en el primer caso, esto es, cuando el precepto constitucional no requiere de mediación por parte de otra especie de disposición jurídica, la fuerza normativa se expresa en la obligatoriedad para todos —órganos estatales, personas, instituciones o grupos— en orden a respetar la preceptiva constitucional, aplicándola directamente y sin dilación, aun cuando no exista disposición complementaria alguna, ni siquiera aquélla que regula la forma o procedimiento conforme al cual deba dársele vigencia concreta a la norma

<sup>2</sup> Luz Bulnes Aldunate: “La Fuerza Normativa de la Constitución” en *Revista Chilena de Derecho* (Número Especial, 1998) p. 137. Véase el considerando 10° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 1983 (Rol N° 19); José Luis Cea Egaña: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999) p. 180; y del mismo autor: *El Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002) pp. 237-238 y 244-246.

constitucional, pues, en este caso, el órgano convocado a darle tal aplicación deberá, incluso, configurar aquel procedimiento acudiendo a las normas del Derecho Común o, en último término, a los principios y reglas generales del Derecho.

En el segundo caso, vale decir, tratándose de preceptos en que el Poder Constituyente ha impuesto, expresamente, la necesidad de mediación normativa, entonces, la fuerza normativa del Código Político se concreta en requerir del órgano competente —que usualmente serán los Tribunales—, la constatación del incumplimiento del deber por parte de quien tenía que complementar el precepto constitucional, sin que pueda ese Tribunal obligar o conminar al ente estatal remiso a normar, pero habilitando para que operen los mecanismos de control de la responsabilidad política o institucional y, eventualmente, las indemnizaciones de perjuicios que sean procedentes. Empero, si de aquella omisión se sigue la infracción de derechos fundamentales, entonces, junto con declararla, el Tribunal debe proceder a la aplicación directa e inmediata de la preceptiva constitucional en la defensa de los derechos esenciales...

En concreto, la fuerza normativa no implica, necesariamente, que los preceptos constitucionales no requieran mediación de otras disposiciones jurídicas, usualmente de la ley, sino que dicha energía consiste en que se puede requerir, ante el Tribunal competente, la aplicación, directa e inmediata, de toda disposición constitucional<sup>3</sup>, aunque la secuela que se derive de esa omisión sea diversa, pues y en primer lugar, si de ella se sigue la lesión de derechos constitucionales, el Tribunal deberá impetrar las medidas para su protección; y, de otra, si no se produce aquella vulneración, entonces, la sentencia se limitará a constatar la omisión, dejando su secuela sancionatoria a los órganos de control de la responsabilidad política o institucional<sup>4</sup>.

Una segunda consecuencia de la fuerza normativa de la Constitución radica en que, a partir de ella, todos los Tribunales deben preterir cualquier norma infraconstitucional, incluyendo obviamente las de naturaleza contractual, que sea contraria a la Carta Fundamental, atendido que no hay duda alguna que el artículo 6° inciso 2° de la Carta Fundamental se aplica también a los Organos Jurisdiccionales, sean éstos los que integran el Poder Judicial, aquellos que no quedan,

<sup>3</sup> En este sentido, útil es advertir que éste no es un modelo siempre seguido en el Derecho Comparado, pues existen Sistemas Constitucionales en los cuales el Principio de Vinculación Directa se traduce sólo a la Parte Dogmática.

Así, el artículo 18 de la Constitución de Portugal dispone que:

“Las normas constitucionales relativas a los derechos son directamente aplicables y se imponen a las entidades públicas y privadas”.

A su turno, el artículo 1° párrafo 3. de la Constitución de la República Federal de Alemania preceptúa que:

“Los siguientes derechos fundamentales vincularán a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de ley directamente aplicable”.

<sup>4</sup> Miguel Angel Fernández González: “La Fuerza Normativa de la Constitución” en *Revista de Derecho Público* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001) p. 79.

conforme al artículo 79 inciso 1° del Código Político, sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema, o aun los de carácter especial, como son los que emanan de la denominada Jurisdicción Doméstica<sup>5</sup> o los de naturaleza arbitral. Lo anterior porque:

“...si los jueces dan valor a una norma contraria a la Constitución es indubitado que están obrando fuera de su competencia, pues el arco de atribuciones que les confiere la Carta Fundamental y las leyes no les permite aplicar disposiciones contrarias a aquélla, sino que —antes y al contrario— les ha ordenado dar aplicación a la Constitución, preteriendo las disposiciones legales o infralegales que la vulneran. De esta forma cumplen, entonces, lo dispuesto en el artículo 7° incisos 1° y 2° de la Constitución...”

Por ende, cualquier Tribunal puede y, repito, debe dejar de considerar, para su pronunciamiento el precepto legal que, incidiendo en él, sea, sin embargo, contrario a la Constitución. De otra forma, la vinculación directa preconizada por el Poder Constituyente operaría en todos los casos y respecto de todos los entes, públicos y privados, con excepción de los jueces...”<sup>6</sup>

La tercera consecuencia que cabe asignar a la fuerza normativa, de la cual surge el proceso jurídico, político y cultural que ha venido denominándose constitucionalización del Derecho, estriba en que las normas jurídicas, entre las que se encuentran las cláusulas contractuales, cualesquiera sean sus destinatarios o la situación de hecho que regulen, tienen que ser interpretadas y aplicadas conforme a los principios, valores y preceptos contenidos en la Carta Fundamental.

De esta manera, la fuerza normativa no sólo implica el efecto más radical antes descrito, consistente en excluir del ordenamiento jurídico las normas contrarias a la Carta Fundamental, en virtud del principio de supremacía constitucional, sino que también exige que aquellas normas, para que sean efectivamente coherentes con la preceptiva contenida en el Código Político, se interpreten y lleven a la práctica en armonía con aquel estatuto jurídico fundamental.

Llevado lo expuesto al ámbito preciso que se me ha pedido analizar, se torna imperativo asumir que la aplicación directa de la Constitución alcanza, a no dudarlo, a los contratos y a los contratantes, desplegándose así la fuerza vinculante que, en texto expreso, consagra la Base de la Institucionalidad prevista en el artículo 6° inciso 2° de la Carta Fundamental. Asimismo, la fuerza normativa obliga a las partes y al juez a interpretar y aplicar las cláusulas contractuales de forma tal

<sup>5</sup> En aplicación concreta, léase mi “Recurso de Protección y Jurisdicción Doméstica” en *XXVI Revista Chilena de Derecho* N° 3, pp. 761-781.

<sup>6</sup> Miguel Angel Fernández González citado en supra nota 4, pp. 97 y 98.

que aquella hermenéutica y secuela práctica hagan del contrato, en su texto, contexto, espíritu y ejecución, una normativa coherente y respetuosa de la Constitución. En fin, si no es posible interpretar y aplicar las cláusulas contractuales en armonía con los principios y normas de la Carta Fundamental, entonces, surge la imperiosa necesidad, para que el obrar de las partes y del juez sea respetuoso del Código Político, en orden a preterir la cláusula inconstitucional o ajustarla, si con esto basta para evitar la lesión de derechos fundamentales.

En este sentido, no puede ser discutido que la penetración de los principios y normas contenidos en la Constitución hacia todas las áreas del Derecho constituye una tendencia insoslayable hace ya tiempo, sobre todo con miras al respeto y promoción de los derechos fundamentales:

“Al empezar a participar en los seminarios en el curso 1959 / 1960 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich (...), la impresión que se obtenía era muy clara: El gran tema eran los derechos fundamentales (...).

Uno de los protagonistas fue un discípulo de Theodor Maunz, el profesor Leisner (...). Precisamente, en 1960 publica su gran trabajo de habilitación universitaria con el título *Grundrechte und Privatrecht*, con la decidida tesis de extender los derechos fundamentales al orden jurídico privado, de una forma directa”<sup>7</sup>.

Por ende, reducir las normas contenidas en la Carta Fundamental a la regulación del Poder, entendiendo por tal los órganos del Estado, no sólo constituye una visión ya superada en nuestro sistema político y constitucional, sino que contraría, sin más, la posición que ha ido adquiriendo el Derecho de la Constitución en Sistemas Jurídicos respetuosos de los principios y valores cardinales sobre los cuales se sitúa y construye la sociedad<sup>8</sup>.

En esta línea, bien vale la pena acudir al pensamiento de un profesor larga y brillantemente ligado al Derecho Privado:

“El fenómeno de la constitucionalización del Derecho en general ya no es nuevo en otros países y en especial en Europa. El razonamiento jurídico a partir de la Constitución es, en nuestros tiempos, tarea común en aquellos derechos que conocen el fenómeno desde hace ya tiempo y, por lo mismo, han podido elaborar una doctrina al respecto. Cuestiones como la interpretación “desde” o “según” la norma fundamental del Estado, la existencia de principios constitucionales, que se imponen al juez y al doctrinador y que

<sup>7</sup> Alfredo Gallego Anabitarte: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 23-24.

<sup>8</sup> José Luis Cea Egaña citado en supra nota 2, pp. 178-79.

vean más allá de la mera inteligencia literal de las garantías constitucionales, la obligación del juez de aplicar directamente la Constitución, sin esperar la dictación de leyes especiales que pongan en acción los principios de la Constitución, no son ya novedad, incluso en países tan reacios a conceder al juez común facultades para inmiscuirse en principios constitucionales como Francia.

Este fenómeno parte por atribuir a la Constitución un rol muy diverso del que tradicionalmente se le había reconocido, como ley suprema que distribuye la competencia y poderes de los órganos del Estado. Mucho más que eso, en ella se reconocen y consagran instituciones y principios que se consideran esenciales para la persona (...). Todo ello no puede sino afectar profundamente al Derecho Civil y a las consecuencias de la clásica distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, ya que incluso principios que son propios del primero, como el de autonomía privada, adquieren rango constitucional <sup>9</sup>.

Con todo, debe comprenderse bien que la constitucionalización, sobre la base de la fuerza normativa vinculante del Código Político, no supone el desaparecimiento de las categorías y reglas de lo que se llama Derecho Privado o, más específicamente, las que rigen la formulación, interpretación y ejecución de los contratos, y menos su reemplazo por las que contempla la Carta Fundamental y se aplican sólo a ella. Se trata, antes y al contrario, de razonar a partir de la Constitución y dentro de los parámetros que ella fija, aun en aquellas materias reguladas por el Derecho Privado.

“No se trata, como pudiera creerse, de una publicación de las relaciones jurídicas, sino que éstas pasan a recibir de los principios y preceptos constitucionales un nuevo y actual sentido vitalizador que informan la aplicación e interpretación de las normas civiles”<sup>10</sup>.

Por ello, no procede excluir o siquiera mitigar el alcance y extensión de las categorías y reglas que imperan la interpretación y aplicación de la ley, de los actos administrativos, de las sentencias y resoluciones judiciales o de las cláusulas contractuales, cada uno de los cuales tiene, además, principios y normas propios, sino que aquella interpretación y aplicación debe ahora y siempre hacerse desde y hacia la Constitución, lo cual implica, por una parte, el respeto irrestricto a la distribución de potestades y competencias entre los órganos estatales

<sup>9</sup> Ramón Domínguez Aguila prologando el libro de Hugo A. Castellón Venegas y Laura E. Rebolledo Contreras: *Aspectos Sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Santiago, Ed. Conosur, 1999) pp. 1-2.

<sup>10</sup> Emilio Rioseco Enríquez: *El Derecho Civil y la Constitución ante la Jurisprudencia* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) p. 9.

dispuesta por el Código Político y, superlativamente, el respeto y promoción de los derechos fundamentales.

En otras palabras, sin dobleces ni complejos, el plexo de valores que se encuentra normativizado en la Constitución, comenzando por la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, primero ante el Estado, pero también en las relaciones entre particulares, invade, inunda y se despliega a lo largo y ancho de todo el Sistema Jurídico, incluyendo ciertamente las cláusulas de los contratos válidamente celebrados.

Procede ahora, en aquel desafiante y expansivo contexto constitucional, abordar los asuntos relacionados con los principios de intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe en la celebración, incluyendo la fase precontractual, interpretación y ejecución de los contratos.

### III. INTANGIBILIDAD DE LOS CONTRATOS

Como se adelantó en la Introducción, el tema de la invariabilidad de lo legítimamente pactado, que implica, como consecuencia general, la imposibilidad de alterar los contratos en curso, constituye un asunto suficientemente conocido por la doctrina y jurisprudencia nacional, a partir del derecho de propiedad que la Constitución, en su artículo 19 N° 24, asegura a todas las personas:

“...significa que el estatuto básico del contrato, en nuestro sistema jurídico, ya no es el ámbito de los principios y normas del Código Civil, que se transformaría en una regulación secundaria, sino el estatuto constitucional de la propiedad adquirida, se produce así la constitucionalización del contrato, en términos de extenderse la aplicación de las reglas constitucionales referidas a la propiedad a las relaciones contractuales”<sup>11</sup>.

#### 1. ANCLAJE CONSTITUCIONAL

Pocas dudas pueden haber, entonces, en cuanto a que un ámbito en que la constitucionalización de los contratos se ha manifestado fuerte y vivamente, aunque no siempre con aquella claridad ni en esa perspectiva, es en el de la intangibilidad de lo pactado:

“En primer término, el contrato, gozaría de todos y cada uno de los mecanismos de protección o garantía que el artículo 19 N° 24 incisos 1° a 5° otorgan

<sup>11</sup> Cristián M. Olave Alarcón: *Recurso de Protección* (Santiago, Ed. Jurídica Conosur, 1998) p. 54.

al derecho de propiedad. Así, al contrato se aplicaría el principio de reserva o legalidad... el principio de solemnidad del acto expropiatorio.... La garantía de reparación íntegra... también protegerá al contrato la garantía de la esencia, que implica que la competencia exclusiva que le ha sido dada al Legislador no es absoluta..."<sup>12</sup>.

Es abundante, en este sentido, la jurisprudencia que, más allá de lo preceptuado en el Código Civil, ha fundado, acertadamente, dicha intangibilidad en la Constitución. Empero, me parece paradigmático, pues abarca otros asuntos a los que es menester referirse, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, a propósito del derecho de los accionistas de bancos en nexos con la deuda subordinada mantenida por aquellas instituciones financieras con el Banco Central:

"Que de cuanto precedentemente se ha expuesto, se concluye que desde el momento en que los inversionistas en acciones preferidas de la banca endeudada con el Banco Central celebraron sus contratos de adquisición de acciones, aceptando por consiguiente los estatutos respectivos, adquirieron simultáneamente el derecho a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados y transformarse en nuevas acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes. De esta manera, ellos actuaron con la certidumbre conferida por la ley y el contrato suscrito de la aplicación de un régimen de normalidad de participación en las inversiones futuras así generadas. Este derecho a emitir su voto en la Junta de Accionistas para dar origen a esa capitalización y efectivamente así aprobarla, se incorporó desde su mismo inicio, a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo, llevando asimismo implícito desde ese propio momento el que esas nuevas inversiones tendrían el régimen de participación normal referido;

Que resulta evidente que los derechos de los dueños de las acciones que gozan de preferencia para acordar que no se les reparta dividendos y que las sumas que les hubieren correspondido por tal concepto se capitalicen por el solo ministerio de la ley y se emitan acciones preferidas que tengan derecho al total del dividendo, en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas, como lo establece el inciso cuarto del artículo 10º, de la Ley N° 18.401, constituyen un bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución;

Que la derogación de dicho inciso cuarto privaría, de esta manera, a las personas dueñas de acciones con preferencia de un derecho adquirido a votar la no repartición de dividendos y a que, por el solo ministerio de la ley, se produzca su capitalización con el tratamiento contemplado en la misma norma citada, lo cual tiene un evidente efecto económico y patrimonial, afectando su derecho de dominio, al deteriorar y suprimir facultades de que gozaba, vulnerándose de esta manera el citado precepto del artículo 19, de la Carta Fundamental, al afectar su propiedad sin causa prevista en la misma Constitución...;

<sup>12</sup> Id., pp. 54-55.

Que fue precisamente el hecho de celebrar el contrato de adquisición de las referidas acciones preferidas lo que determinó indefectiblemente la incorporación al patrimonio de los accionistas de los derechos establecidos en la legislación vigente a la época de su adquisición. Fue efectivamente aquel hecho, la circunstancia fáctica con aptitud suficiente para traer como consecuencia la incorporación inmediata de un derecho de carácter patrimonial, protegido por la garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política y, por lo tanto, estableciendo una limitación a las atribuciones del legislador en el sentido de carecer de facultades para alterarlo, menoscabarlo o anularlo por una norma posterior<sup>13</sup>.

Con lo expuesto, se corrobora que la intangibilidad de los contratos deriva, nítidamente, del artículo 19 N° 24 de la Constitución, el cual confiere cobertura y blindaje jurídico a las relaciones contractuales habidas entre las partes o, más precisamente, a los derechos que para ellas emanan como consecuencia de dichas relaciones. Por ello, el fundamento que se encuentre en el Código Civil o en la Ley sobre Efecto Retroactivo no es más que la complementación y ejecución de la regla constitucional aludida<sup>14</sup>.

De esta forma, no hay duda en cuanto a que el derecho de propiedad, que se asegura a todas las personas en la Constitución, ampara los derechos personales que emanan de los contratos:

“Que, estando debidamente acreditado en autos la existencia del decreto alcaldicio N° 1.434 que adjudicó a los recurrentes el servicio licitado (fs. 33); la existencia del contrato suscrito entre la recurrente y la Municipalidad de Independencia (fs. 30); y la existencia del comprobante que da cuenta de haberse enterado al municipio la suma correspondiente a la garantía (fs. 34) se debe concluir que en la especie estamos en presencia de un contrato legalmente celebrado, que produce plenos efectos, por lo que estos ingresaron al patrimonio de los contratantes, no siendo posible, en consecuencia, ser invalidado o dejado sin efecto en forma unilateral...”<sup>15</sup>.

La duda, entonces, puede extenderse nada más que a derechos –bienes incorpóreos, en la terminología de la Constitución– que no emanan de una fuente de las obligaciones, con lo cual alcanza a entidades jurídicas o fácticas respecto de las cuales puede discutirse si se trata o no, genuinamente, de aquella especie de bienes, sin olvidar

<sup>13</sup> Considerandos 51°, 55°, 57° y 63° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 10 de febrero de 1995 (Rol N° 207).

<sup>14</sup> Santiago Montt Oyarzún: *El Dominio Público* (Santiago, Ed. Conosur, 2002) pp. 394 y sgts.

<sup>15</sup> Considerando 8° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 24 de abril de 2001, confirmada por la Corte Suprema el 23 de mayo de 2001, Gaceta Jurídica N° 251, p. 52.



que Gayo en sus Instituciones ya expresaba que los bienes incorporales son "las cosas que no se pueden tocar (*quae-tangi non possunt*), como las que consisten en un derecho, a saber: La herencia, el usufructo o las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído"<sup>16</sup>.

En este sentido y aunque alejándome del tema preciso en estudio, pues no cabe duda que los derechos que emanan de los contratos son bienes incorporales constitucionalmente protegidos por el artículo 19 N° 24, no puede dejar de afirmarse, una vez más, la amplitud que, conforme al texto, contexto, espíritu e historia oficial<sup>17</sup>, cabe atribuir al referido precepto constitucional, lo cual ha sido confirmado por la doctrina constitucional<sup>18</sup>.

En otras palabras y teniendo en mente el artículo 6° inciso 2° de la Constitución, el estatuto del dominio se inicia con lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, en toda la extensión de aquel precepto, y no a partir de los artículos 582 y 583 del Código Civil, los cuales complementan y regulan, pero sin posibilidad alguna de alterar y menos restringir, la preceptiva fundamental.

Cierto es que, a veces, puede resultar acertada la crítica que reprocha considerar bien incorporal "cualquier situación, interés, calidad, etcétera que no puede ser tocado o que carece de materialidad y que no es corporal en suma"<sup>19</sup>, pero no puede omitirse que el sustento para obrar,

Ya bajo el imperio de la Constitución de 1925 se había reconocido la propiedad sobre los derechos que para las partes emanan de los contratos, como consta de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 26 de enero de 1971, citada por Emilio Rioseco Enríquez citado en supra nota 10, p. 147:

"En conformidad a los artículos 1.545 y 1.947 del Código Civil y 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, quien da en arrendamiento un predio incorpora a su patrimonio el derecho de requerir la restitución en la fecha pactada y la consiguiente acción. Tal derecho incorporal es una de las formas que reviste el dominio a la cual se extiende la garantía constitucional del artículo 10 N° 10 de la Constitución del año 1925, esto es, a las cosas incorporales o créditos.

Por consiguiente, es inaplicable el DFL. N° 9, del año 1968, que prorroga la vigencia de los arrendamientos de predios rústicos, por ser contrario al precepto constitucional mencionado".

<sup>16</sup> Id., p. 16.

<sup>17</sup> Actas de la Comisión de Estudio sesión 155, pp. 7-8 y sesión 157, pp. 3-4.

<sup>18</sup> José Luis Cea Egaña citado en supra nota 2, pp. 191-194; Emilio Pfeffer Urquiaga: *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Conosur, 1986) p. 410; y Rodolfo Vío Valdivieso: *Manual de la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Colchagua, 1988) pp. 213-215.

En contra, véase Alejandro Vergara Blanco: "¿Redefinir el Derecho de Propiedad?", *Actas de las XXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Concepción, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Concepción, 1992) pp. 258 y sgts.; Alejandro Guzmán Brito: *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho Positivo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995) pp. 235 y sgts.; y de este último autor, léase también *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de la Universidad Católica de Valparaíso, 2001) p. 75.

<sup>19</sup> Alejandro Guzmán Brito: *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de la Universidad Católica de Valparaíso, 2001) p. 75.

en los casos concretos y reales, de esa manera, esto es, con mayor flexibilidad que la impuesta por la doctrina crítica, se halla en que:

“La explicación última del fenómeno radica en que el sentimiento de la injusticia y la eminencia de los derechos fundamentales impelen a los tribunales a proteger situaciones en que, sobre todo de hecho, ha habido en verdad arbitrariedades e ilicitudes...”<sup>20</sup>.

Lo cierto es que no se encuentra en lo expuesto la explicación última de la doctrina aquí sustentada, sino que se halla allí la explicación primera y fundante de todo el sistema jurídico, sobre la base, al menos, del principio de supremacía constitucional, de la fuerza normativa de la Carta Fundamental y de la teoría del mayor valor de los derechos<sup>21</sup>, radicando evidentemente en los jueces la aplicación de cuanto viene siendo expuesto, en cada caso concreto:

(...) Basta con decir lo siguiente: esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico (...), la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal (...). Desde luego, la existencia y el carácter preceptivo de un orden de valores anterior al Derecho (...).

(...) naturalmente, la defensa y protección de la Constitución y de su sistema de valores constituye la labor y el deber más nobles de todos los órganos estatales y, sobre todo, del legislador. Pero, en caso de duda, es el juez el que tiene de hecho la última palabra (...)<sup>22</sup>.

Por ello y sin desconocer el valor científico, académico e histórico que, al menos en parte, tiene la doctrina que cuestiona la denominada

<sup>20</sup> Id., pp. 76-77.

<sup>21</sup> Francisco Fernández Segado: “La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13 N° 39 (1993) pp. 223-226.

<sup>22</sup> Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1985) pp. 45-47.

En el mismo sentido, Mauro Cappelletti: “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional” en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) quien da cinco argumentos en favor de la legitimidad creadora de los jueces, pp. 622-633; y Francisco Tomás y Valiente, *Constitución: Escritos de Introducción Histórica* (Madrid, Marcial Pons, 1996) pp. 25-26.

Cfr. Lord Devlin: “Judges and Lawmakers” en *Modern Law Review* N° 39 (1976) quien señala que “atribuir a la magistratura un papel de élite que se desvía del camino demasiado frecuentado del proceso democrático resulta muy tentador. Sólo sería un desvío aparente. En realidad, sería un camino que jamás aboca a la carretera principal, sino que conduciría, por muy larga y sinuosa que fuera la vía, al Estado totalitario” (p. 2); y J.H. Ely: “Democracy and Distrust” en *A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980), ambos citados por Cappelletti, pp. 620-621.

Asimismo, cfr. Carlos S. Nino: “Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad” en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991) pp. 98 y sgts.

propietarización, debe ser advertido que sus reparos no pueden admitirse o, cuando menos, tienen que flexibilizarse, cuando se trata de la superación de arbitrariedades en resguardo de los derechos fundamentales. Hállase aquí una aplicación de extraordinaria importancia de la constitucionalización del Derecho.

Empero, la expuesta no es sólo una tesis fundada en el principio de protección y promoción de los derechos fundamentales, positivizado en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, sino que ella se arraiga también y poderosamente en sólidos fundamentos jurídicos, venidos desde las lecciones de Derecho Civil:

"Al analizar el concepto de bien jurídico pensamos, en primer término, en las cosas, y entendemos claramente que casi todas ellas pueden ser objeto de una relación jurídica y constituir, por lo tanto, un bien jurídico, al mismo tiempo pensamos que una prestación, que no es una cosa material, puede ser igualmente objeto de una relación y que, en consecuencia, debemos considerarla un bien...

El concepto vulgar de 'cosa' implica cualquier entidad perceptible por nuestros sentidos. El concepto de 'bien' implica el que esta cosa pueda ser objeto de apropiación... Desde otro punto de vista, ciertas abstracciones intelectuales como la honra, o determinadas prestaciones, podrán constituir bienes jurídicos, pero no serían cosas por falta de materialidad.

Sin embargo, el concepto de 'cosa' en el derecho se ha ido extendiendo y continúa ampliándose para rebasar con mucho el concepto de cosa material, para terminar abarcando todo aquello que puede ser objeto de una relación jurídica...

En consecuencia, cosa se contrapone a persona; el primero de sus caracteres, como noción jurídica, es precisamente éste, ser extraña al sujeto. En segundo lugar, debe tener relevancia jurídica, es decir, consistir en un interés que merezca la protección del ordenamiento jurídico. En seguida, debe ser susceptible de apropiación o sujeción. Sólo importa la posibilidad, no la apropiación o sujeción actuales. Relacionado con lo anterior está el que proporcione o pueda proporcionar una utilidad, material o moral, actual o futura. Debe además ser individualizable...

Por eso, dentro del concepto de cosas incorporales deben incluirse no sólo los derechos no patrimoniales, sino que también una serie de entidades que se pueden concebir sólo intelectualmente y a las cuales hemos denominado bienes intangibles.

Otro criterio significaría dejar a todos esos derechos en un nimbo jurídico. No serían ni personas ni cosas y no podrían tener tutela jurídica. Por de pronto no gozaría su dominio de la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales...

...el concepto de cosa incorporal que puede ser objeto de dominio o propiedad... debe estimarse comprensivo, también, de bienes inmateriales diversos, como sucede con simples relaciones de hecho o situaciones de trascendencia económica, entre las que la doctrina civilista incluye, por ejemplo, el crédito de un comerciante, la clientela de un establecimiento mercantil, etc."<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Carlos Ducci Claro: *Derecho Civil Parte General* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1988), pp. 157-158 y 165-167.

Lo anterior, en fin, vuelve a quedar reforzado, desde la fuerza normativa de la Constitución, porque la Carta Fundamental admite que cualquier bien puede ser objeto de dominio, salvo los tres que, taxativamente, excluye en su artículo 19 N° 23 inciso 1°, esto es, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, los bienes que deben pertenecer a la Nación toda y una ley lo declara así y los que la Constitución expresamente excluye, como los yacimientos mineros; con lo cual, desde el punto de vista de lo preceptuado en el Código Político, cualquiera otra entidad puede ser susceptible de dominio por particulares.

En resumen, los derechos que para las partes emanan de los contratos válidamente celebrados se integran al patrimonio de cada una de ellas y, sobre la base de aquella consideración elemental, quedan, inmediata y automáticamente, protegidos y cubiertos por el derecho de propiedad que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 24.

## 2. EXCEPCIONES

La intangibilidad de los derechos emanados de los contratos, constitucionalmente asegurada, impide que el pacto sea, desde luego, unilateralmente modificado por las partes, pero también impide que las modificaciones sean introducidas por terceros ajenos a él, como el Legislador o el Juez, salvo los casos precisos y acotados en que la invariabilidad pugna y desconoce otros derechos igualmente fundamentales, ya que ninguno de estos derechos es ni puede ser absoluto.

Por ello, la referida regla constitucional de la intangibilidad de los contratos no constituye una norma absoluta o que carezca de excepciones, aunque éstas deben siempre interpretarse y aplicarse restrictivamente, pues, de lo contrario, el derecho de propiedad se tornaría en prerrogativa absoluta:

“Jamás un derecho es absoluto y siempre va aparejado del deber correlativo, el cual limita o restringe el ámbito de ejercicio de aquél, encuadrándolo dentro de lo que es lícito o legítimo...”<sup>24</sup>.

Por lo expuesto, es posible que los derechos y obligaciones emanados para las partes de un contrato válidamente celebrado sufran alteraciones, pero es necesario, conforme al fenómeno de la constitucionalización, contextualizar también en la Carta Fundamental aquellas modificaciones ajenas al acuerdo de las partes y aún contrarias a su voluntad.

<sup>24</sup> José Luis Cea Egaña citado en supra nota 2, p. 87.

En este sentido, la modificación así impuesta sólo puede provenir del legislador, dado que es el único autorizado por la Carta Fundamental para regular, complementar o limitar los derechos fundamentales, como el de propiedad, o bien la alteración de lo válidamente pactado puede también ser impuesta por el juez en un asunto sometido a su conocimiento, conforme al artículo 73 de la Carta Fundamental, cuando se debe evitar o eliminar la afectación por el contrato de otros derechos constitucionales que se verían o ya han sido lesionados si se mantuviera incólume y como derecho absoluto, pétreo o granítico, el de propiedad.

#### a) Cambios por el Legislador

La Constitución habilita al Legislador —y sólo a él— para imponer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social del dominio<sup>25</sup>, la cual comprende nada más que cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental<sup>26</sup>.

En virtud de aquella potestad y, por cierto, siempre sujeto a los controles, preventivo o *a posteriori*, de constitucionalidad, la ley puede limitar o imponer obligaciones al derecho de propiedad que las partes tienen respecto de los derechos que para ellas emanan de los contratos que han celebrado, alterando así lo que libremente han convenido, aun en contra de su voluntad.

Distinta es la situación, por cierto, cuando lo obrado por el Legislador no consiste en imponer limitaciones, es decir, comprimir o restringir a límites menores que los inicialmente previstos el ejercicio de los derechos emanados del contrato, o establecer obligaciones, esto es, añadir el deber de actuar o de abstenerse de hacerlo de determinada manera en la ejecución de lo convenido, sino que se trata de privar, esto es, extraer íntegra o parcialmente del patrimonio de su titular bienes corporales o incorporales que han ingresado a su patrimonio<sup>27</sup>.

En fin, debe tenerse claro y ser reiterado, en primer lugar, que la decisión legislativa que altere un contrato en curso, con motivo de la función social del dominio, está sujeta a los controles de constitucio-

<sup>25</sup> Considerandos 5°, 6° y 11° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 22 de diciembre de 1982, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXIX (N° 3, 1982).

<sup>26</sup> Véase la referencia jurisprudencial, anterior a la Constitución de 1980, que se contiene en Jorge López Santa María: *I Los Contratos* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998) pp. 288-290.

<sup>27</sup> Considerandos 4°, 11° a 13°, 17° y 22° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 9 de septiembre de 1992, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXXIX (N° 3, 1992) pp. 254 y sgts.

nalidad contemplados en los artículos 80 y 82 N°s 1° y 2° de la Constitución, así como el que se encuentra contemplado en el artículo 25 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; en segundo lugar, que no cabe confundir la imposición de limitaciones u obligaciones derivadas de aquella función social con su privación, ya que ésta sólo puede ser llevada a cabo cumpliendo los estrictos requisitos y el exigente procedimiento contemplado en el artículo 19 N° 24 incisos 3° a 5° de la Constitución y en el Decreto Ley N° 2.186; por último, lo recién expuesto no excluye que las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social deban también indemnizarse cuando son sobrevinientes y con ellas se causa daño<sup>28</sup>, tal y como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional, sobre la base de una hermenéutica a favor de los derechos de las personas:

“... si la Constitución establece que, en ciertos estados de excepción, las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño”<sup>29</sup>.

En resumen, el Legislador se encuentra constitucionalmente habilitado, conforme al artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Carta Fundamental, para imponer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social del dominio, lo cual puede implicar que resulten alterados los derechos y obligaciones emanados para las partes de contratos en curso válidamente celebrados.

## b) Modificaciones impuestas por el juez

Se abre, ahora, la duda en torno de si el juez puede alterar también los derechos que han nacido para las partes de contratos legalmente

<sup>28</sup> No puede dejar de evocarse aquí el paradigmático caso Galletué con Fisco, especialmente en los considerandos 7° y 9° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 7 de agosto de 1984, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXXI (N° 2, 1984); y en la jurisprudencia comparada la sentencia citada por Alberto B. Bianchi: *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998), p. 103, así como lo preceptuado en el artículo 139 párrafo 3° de la Ley N° 30 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de España del 6 de noviembre de 1992, la cual, aunque tenue y con cortapisas, dispone:

“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Cfr. *Hawai Housing Authority vs. Midkiff* citado por Alberto B. Bianchi, ob. cit., p. 124.

<sup>29</sup> Considerando 39° de la sentencia pronunciada el 2 de diciembre de 1996 (Rol N° 245-246). Cfr. la legislación inglesa sobre daños de guerra citada por Alberto B. Bianchi, ob. cit., p. 124.

celebrados y que, en consecuencia, se han incorporado legítimamente a su patrimonio.

El asunto, en el ámbito del Derecho Privado, ha sido analizado por la doctrina y jurisprudencia a partir de la denominada teoría de la imprevisión, conforme a la cual el juez puede intervenir, a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de una obligación con el objeto de atenuar sus efectos cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles y ajenos a la voluntad de ellas, se ha producido una grave perturbación en la ejecución de la obligación, haciéndola más onerosa o difícil:

“La jurisprudencia chilena reiteradamente ha establecido la intangibilidad de los contratos en curso, desconociendo a los jueces la posibilidad de que los revisen o modifiquen. La sentencia clásica, en esta materia, pronunciada por la Corte Suprema hace ya setenta años, expresaba que los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato por razones absolutamente ajenas a las estipulaciones peculiares del conjunto de derechos y obligaciones que crea el contrato, por libre y espontánea voluntad de las partes...

...Incluso en el plano del Derecho Internacional Público, Chile se ha manifestado contrario a que se pueda horadar la fuerza obligatoria de lo pactado, invocándose por la parte afectada el cambio fundamental de las circunstancias...

Existen, en cambio, varias sentencias arbitrales, dictadas por arbitradores o amigables componedores, en las cuales se ha revisado lo pactado por los contratantes...”<sup>30</sup>.

Sin embargo, distinto era el criterio expresado por Andrés Bello, quien afirmaba que “todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Jorge López Santa María citado en supra nota 26, pp. 294-295 y nota al pie de página 440.

<sup>31</sup> Andrés Bello: *Principio de Derecho de Gentes Capítulo X*, N° 4, reproducido en Antonio Bascuñán Rodríguez: “Textos para una interpretación de los artículos 19 a 24 del Código Civil” en *Revista El Ferrocarril* (N° 6, marzo de 1986) p. 40.

Asimismo, diferente ha sido también el enfoque y resolución del asunto en el ámbito de los contratos administrativos, como lo expone Iván Aróstica Maldonado: *La Teoría de la Imprevisión en la contratación administrativa*, apuntes de clases (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1987):

“En toda contratación administrativa va implícita, de suyo, la cláusula *rebus sic stantibus*: Las partes se obligan en consideración a las circunstancias existentes al momento de su celebración, subentendiéndose que la intangibilidad del pacto queda subordinada a su persistencia; de no ocurrir así, el contrato podrá ser modificado o incluso extinguido”.

Fundamentando lo expuesto, Enrique Silva Cimma, en su *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995, p. 167), sobre la base de los orígenes de la contratación administrativa y sus características distintivas, explica que:

Abordando el asunto nada más que a partir de la teoría de la imprevisión, situada en el campo amplio y protectivo de la constitucionalización, no puede menos que admitirse la atribución –deber, en consonancia con el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental– de los jueces para modificar contratos en curso cuando debe ajustarse el derecho de propiedad sobre los derechos emanados de un contrato para que su ejecución, sin enmienda ni reparo, no cause daño a otros derechos igualmente fundamentales<sup>32</sup>.

Ciertamente, las partes al contratar se sitúan y se representan ciertas condiciones, objetivas y subjetivas, frente a las cuales, cualesquiera sean las variaciones que se produzcan durante la vigencia del contrato, no cabe sino cumplir estrictamente lo pactado. Empero, aquella representación de cómo se desarrollarán las cosas se sitúa dentro de ciertos límites o coordenadas razonables:

“Los contratantes, en el íter del negocio, tienen representación anticipada de la actividad a desenvolver y de los sacrificios a soportar a fin de cumplir la prestación. La doctrina ha considerado dos órdenes de representaciones: Las dificultades objetivas, resultantes de las circunstancias de tiempo y lugar, y las dificultades subjetivas, los reflejos particulares sobre la economía individual del contratante. Se supone por las partes que sus respectivas actividades han de desenvolverse tanto en las condiciones objetivas como en las subjetivas, que se han representado y que constituye el presupuesto del acto de intercambio económico que han de concretar en el acuerdo”<sup>33</sup>.

Por ello, la alteración significativa de aquellas condiciones puede llegar a suponer una afectación del principio de igualdad ante la ley, el cual proscribire las discriminaciones y, por ende, incluye la razonabilidad y proporcionalidad como elementos esenciales en todo precepto jurídico<sup>34</sup>, incluyendo las cláusulas contractuales.

---

“...frente a los poderes que otorgan a la Administración las cláusulas exorbitantes que resultan del régimen especial de Derecho Público que gobierna el contrato administrativo, como contrapartida la doctrina reconoce al empresario el derecho a que se respete el equilibrio económico de su contrato, franquicia que se traduce en la opción a que se le otorguen compensaciones pecuniarias derivadas de hechos imputables a la Administración u originadas en sucesos de fuerza mayor, imprevistos y no imputables al contratista y que le ocasionan perjuicio... el contratista tiene derecho a salir económicamente indemne de esta aventura contractual...”

<sup>32</sup> De William Shakespeare léase *El Mercader de Venecia*.

<sup>33</sup> Héctor Masnatta: “Examen y crítica de la reforma del Código Civil” en *III Contratos reales. La excesiva onerosidad sobreviniente en la reforma civil*, p. 99 citado en Lily R. Flah y Miriam Smayevsky: *Teoría de la Imprevisión* (Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2002) p. 24.

<sup>34</sup> Miguel Angel Fernández González: *El Principio Constitucional de Igualdad Ante la Ley* (Santiago, Ed. Conosur, 2000); y del mismo autor: “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria” en *XXVII Revista Chilena de Derecho* (2000) pp. 357-371.



“Se sostiene que cuando en un momento de imprevisión contractual se quiere invocar al contrato a ultranza, a pesar de esa alteración fundamental, el que lo invoca no se ciñe a las exigencias de la teoría de que no deben ejercerse los derechos abusivamente; que deben ejercerse dentro del plano de la institución...”

Guarda relación con lo expuesto, el criterio de razonabilidad que no es ajeno como elemento de interpretación jurídica...

Una variante más relacionada con la inequivalencia de las prestaciones es la llamada cláusula *hardship*. El concepto de la misma consiste en permitir revisar o modificar las prestaciones de un contrato frente a contingencias de infortunio, adversidad o injusticia sobrevinientes a la fecha de celebración.

Para que sea viable debe alterarse la relación de valor entre las prestaciones con contenido económico<sup>35</sup>.

Conforme a lo expuesto y sin perjuicio de los variados principios y reglas, en el Código Civil, que justifican la aplicación de la teoría de la imprevisión, como el abuso del derecho o el enriquecimiento injusto, la potestad judicial para alterar contratos en curso deviene no sólo de aquellos principios y reglas, sino que superlativamente del deber que constitucionalmente se le ha impuesto en orden a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Efectivamente, ya fue dicho que los derechos constitucionales no son absolutos en su ejercicio, pues resulta indispensable que su titular los lleve a la práctica considerando, por una parte, los deberes correlativos que cada derecho supone y, de otra, el respeto de los derechos fundamentales de que son titulares los terceros.

“...el objetivo principal del constitucionalismo es la protección de la libertad. Tal propósito debía llevar necesariamente a privilegiar en los textos constitucionales las declaraciones de derechos destinadas a limitar la actividad de los gobernantes y no a enfatizar los deberes de los ciudadanos que favorecen la acción de los poderes públicos para exigir su cumplimiento. Ello es inevitable y no necesariamente malo, siempre que no se olvide que los derechos tienen obligaciones correlativas y que si éstas no se cumplen no puede exigirse el respeto a los derechos en la misma medida y extensión que si el titular de los derechos fuera acucioso en el cumplimiento de sus obligaciones. Si se produce este olvido, en cambio, los derechos tienden a aparecer como independientes de toda obligación, faltos por consiguiente de límites intrínsecos, con lo cual toda restricción aparece como intolerable... Los derechos públicos subjetivos... tienden a aparecer como absolutos, desvinculados en su exigencia de un comportamiento debido, bien respecto de la colectividad o a otros particulares”<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Lily R. Flah y Miriam Smayevsky citadas en supra nota 33, p. 30 y 31.

<sup>36</sup> Raúl Bertelsen Repetto: “El legítimo ejercicio de los derechos constitucionales” en *X Revista de Derecho* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1986) p. 145 y sgts.

Así, el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con las obligaciones correlativas, sean ellas inherentes o impuestas por función social, pero también respetando los derechos constitucionales de que son titulares los demás. Por ello, es posible que sostener *a finish* la ejecución de un contrato, en los términos en que originalmente fue pactado, sobre la base del derecho de propiedad de que goza el contratante respecto de los derechos que de ese contrato emanan para él, puede significar, por ejemplo en virtud del cambio de circunstancias imprevisibles, la vulneración de derechos fundamentales de que sea titular la contraparte.

Así y aunque el Tribunal no haya adoptado como decisión más que comisionar que se cumpliera una estricta fiscalización, útil es consignar el pronunciamiento siguiente:

“Que igualmente el sistema contractual empleado por Abastecedores de Combustibles Sociedad Anónima, Abastible, resta transparencia a la relación jurídica de las partes y reduce la libertad del concesionario para ejercer su comercio con otros proveedores, pudiendo Abastible poner término a los contratos y conservar en su poder la estación de servicio que no le pertenece, en carácter de arrendataria, por un largo plazo e introducir a terceros como consignatarios, comodatarios o subarrendatarios”<sup>37</sup>.

En efecto, la ejecución a tabla rasa del contrato puede quebrantar derechos constitucionales, siendo menester resolver la controversia suscitada entre la aplicación irrestricta del derecho de propiedad que sostiene uno de los contratantes y el hecho que dicha aplicación vulnere derechos fundamentales de la otra:

“Uno de los métodos de interpretación de los derechos constitucionales a que se recurre —especialmente en la doctrina— para resolver conflictos entre derechos consiste en establecer jerarquías o categorías previas y rígidas entre estos derechos, de modo tal que en caso de conflicto prime el jerárquicamente superior. Otro de estos métodos —muy utilizado por la jurisprudencia, y de modo particular en Estados Unidos— es el menos traumático *balancing test*, consistente en ponderar o contrapesar los bienes jurídicos en liza —que pueden ser de índole pública y/o privada— de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál ‘pesa’ más en el supuesto. Se opta así por uno u otro derecho, o se determina si es constitucionalmente aceptable —en virtud de una razón suficiente que compela a restringir— la limitación a un derecho en aras de intereses generales”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Considerando 15° de la Resolución N° 336, pronunciada por la Comisión Resolutiva el 31 de enero de 1990.

<sup>38</sup> Fernando Toller: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva* (Buenos Aires, Ed. La Ley, 1999) p. 414.

Profundizando en este último método es posible señalar que:

"...Los derechos, cuyos límites no están fijados de una vez para siempre, sino que en cierta medida son 'abiertos', 'movibles', y más precisamente esos principios, pueden, justamente por ese motivo, entrar fácilmente en colisión entre sí, porque su amplitud no está fijada de antemano. En caso de conflicto, si la paz jurídica ha de restablecerse de nuevo, uno u otro derecho (o uno de los respectivos bienes jurídicos) tiene que ceder hasta un cierto punto ante el otro o cada uno ante otro. La jurisprudencia de los tribunales consigue esto mediante una 'ponderación' de los derechos o bienes jurídicos que están en juego conforme al 'peso' que ella concede al bien respectivo en la respectiva situación. Pero el 'ponderar' y 'sopesar' es sólo una imagen; no se trata de dimensiones cuantitativamente mensurables, sino del resultado de valoraciones, que - en ello reside la mayor dificultad - no sólo deben ser dirigidas a una pauta general, sino a la vez a la situación concreta en cada caso. Pues, que se recurra a una 'ponderación de bienes en el caso particular', es en verdad, como ya antes se hizo notar, precisamente consecuencia de que no existe un orden jerárquico de todos los bienes y valores jurídicos en el que pueda leerse el resultado como en una tabla"<sup>39</sup>.

En este sentido y considerando que la ejecución del contrato, en los términos pactados originalmente, pueda llevar a la vulneración de derechos constitucionales, el juez, en cumplimiento del deber que le impone el artículo 6° inciso 2° de la Constitución, puede imponer una modificación al contrato que libremente habían pactado las partes.

Entiéndase bien, no se trata aquí, necesariamente, de una cláusula contractual inconstitucional, como si se prohibiera, de por vida, a una persona ejercer un trabajo lícito a cambio de una compensación cuantiosa, pues en este caso el juez debe excluir aquella cláusula para dar cabal aplicación al derecho que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 16 inciso 1°. Antes bien, se trata de una cláusula contractual en principio ajustada a la Carta Fundamental, pero que de ejecutarse, tal y como fue pactada, terminaría lesionando algún derecho fundamental.

Surge nítido, en esta hipótesis y de frente a la acción formalmente deducida, el deber constitucional del juez en orden a alterar la ejecución del contrato en esos términos para, conforme al criterio de la jerarquía o al de la ponderación que aparece más equitativo, resolver el conflicto:

<sup>39</sup> Karl Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona, Ed. Ariel, 1984) p. 400. Véase, Pedro Serna y Fernando Toller: *La Interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2000).

“La interpretación de una norma conforme a la Constitución es, pues, ‘acomodar’ su contenido a los principios y preceptos de la Constitución...”

Las normas constitucionales son, pues, ‘normas dominantes’ frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento”<sup>40</sup>.

Téngase presente, por vía ejemplar y aunque terminó mediante acuerdo extrajudicial que:

“A mediados de los años setenta, la *Westinghouse Corporation* persuadió a algunas compañías eléctricas de que compraran reactores nucleares, y la *Westinghouse* aceptó proveer a los compradores de uranio a un precio fijo de US\$8 a US\$10 por libra. Para mediados de 1975, la *Westinghouse* tenía compromisos para proveer 40.000 toneladas de uranio en exceso de sus inventarios o sus contratos de futuros, en un momento en que el precio del uranio había aumentado a más de US\$30 por libra. A fin de cubrir su déficit, la *Westinghouse* habría incurrido en pérdidas cercanas a US\$2.000.000.000, lo que la habría conducido a la quiebra. En septiembre de 1975, la compañía anunció que no cumpliría sus contratos. Trató de ser excusada alegando que el cumplimiento era económicamente imposible (‘una imposibilidad comercial’). La mayoría de las compañías eléctricas demandaron a la *Westinghouse*...”<sup>41</sup>.

Cierto es, y esto se analizará en seguida, que el parámetro que habrá de servir de medida cardinal para que el juez pueda introducir aquella modificación a lo contractualmente pactado se encuentra en la amplitud con que pueden establecerse acuerdos entre los contratantes conforme al principio de autonomía de la voluntad.

Empero, y al menos en el plano abstracto, no puede excluirse la eventualidad que ejecutar un contrato en los términos pactados, por ejemplo porque ha ocurrido un cambio imprevisible en las circunstancias, pueda lesionar derechos fundamentales de uno de los contratantes, los cuales son, a mayor abundamiento, irrenunciables.

#### IV. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y BUENA FE

Los dos principios mencionados constituyen pilares de la contratación y ellos, por cierto, encuentran fundamento en la Constitución, la cual, además, regula su concreción conforme a los principios y preceptos que ella contempla e, incluso, tratándose de la autonomía de la

<sup>40</sup> Eduardo García de Enterría: *Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo* (Madrid, Ed. Civitas, 2001) pp. 121 y 122.

<sup>41</sup> Robert Cooter y Thomas Ulen: *Derecho y Economía* (México, Fondo de Cultura Económica, 1999) p. 344.

voluntad en materia de contratación laboral, contempla una autonomía más limitada<sup>42</sup>.

En efecto y conforme a la Base de la Institucionalidad contemplada en el artículo 6° inciso 2°, tantas veces mencionado, los preceptos de la Constitución obligan también a las personas, así como a las instituciones y grupos que ellas formen<sup>43</sup>, por lo que es obvio que en el ámbito contractual y, particularmente, en relación con la autonomía de la voluntad y la buena fe, los contratantes también deban respetar la normativa contenida en la Carta Fundamental.

Ciertamente, la disposición fundamental mencionada no vincula de la misma manera a los integrantes de los órganos estatales que a las personas ni a éstas de igual modo en sus relaciones con el Estado que cuando se trata de relaciones entre particulares:

“...las autoridades y gobernados deben actuar dentro del marco de potestades, atribuciones y derechos determinados o asegurados, de antemano y en texto escrito por el Derecho, con sujeción, leal o de buena fe, a cuanto fluye de ese marco. Aunque en la práctica y doctrinariamente se refiere a los órganos estatales, este principio rige también a los particulares, a pesar de que respecto de éstos sea mayor el margen de libertad en su actuar...”

...Los principios y normas de la Constitución vinculan, por ende, no sólo a los gobernantes, sino que también a los gobernados. Se imponen, en otros términos, a las autoridades y a la población en completa y perfecta situación de igualdad. Unos y otros están obligados, sin diferencias ni discriminaciones, a respetar la letra y el espíritu de la Constitución. Esta, en otras palabras, no es un Código que someta a sus mandatos nada más que a los órganos públicos, porque la fuerza normativa llega, con idéntico vigor, a todas las personas, grupos e instituciones de la Sociedad Civil, sin excepción<sup>44</sup>.

## 1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Por lo expuesto, entonces, los contratantes pueden, en uso y aplicación de la autonomía de la voluntad, pactar cuanto estimen pertinente, pero respetando siempre los principios y normas constitucionales, pues, a mayor abundamiento, aquella autonomía encuentra su origen en los valores fundamentales que la misma Constitución reconoce y asegura respecto de todas las personas<sup>45</sup>:

<sup>42</sup> Artículo 19° N° 16° inciso 2° de la Constitución.

<sup>43</sup> Actas citadas en supra nota 17, sesión 53, p. 12.

<sup>44</sup> José Luis Cea Egaña: *I Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002), pp. 239 y 243.

<sup>45</sup> Jorge López Santa María citado en supra nota 26, p. 233.

"La autonomía de la voluntad, que da lugar a las relaciones jurídicas privadas, es consecuencia de la libertad que se le reconoce a la persona humana. Dicha autonomía de la voluntad está sustentada en la libertad de la persona y es, por consiguiente, fuente de derechos y de obligaciones, sin que, para aquello, sea necesario del otorgamiento de una habilitación normativa, específica y previa"<sup>46</sup>.

Más precisamente y, en especial, vinculando el principio contractual aludido ya no sólo con su cimiento constitucional, sino que particularmente con los derechos fundamentales:

"Del artículo 19 N<sup>os</sup> 21 y 23 se desprende la facultad del individuo para autorregular su actividad económica mediante los negocios jurídicos que estime adecuados, con tal que, por otra parte, se respeten los valores propios de la licitud. Entendemos así que la libertad contractual adquiere también rango constitucional y ella es esencial si se pretende que el modelo económico aceptado por el constituyente es que es a través de esa libertad contractual que puede organizarse jurídicamente el desarrollo de toda actividad económica..."<sup>47</sup>.

Por ello es que, desde el punto de vista constitucional, usualmente la autonomía contractual ha sido cubierta bajo el amparo del derecho a desarrollar cualquier actividad económica<sup>48</sup>.

Ahora bien y volviendo a la cuestión cardinal planteada al comienzo de este párrafo, en el sentido de que la autonomía de la voluntad no sólo arranca de la Constitución, sino que debe ser ejercida conforme a ella, es acertado sostener que la regla matriz que rige el obrar de los particulares, especialmente en sus relaciones entre sí, es que pueden hacer y pactar cuanto no se encuentre expresamente prohibido, a diferencia de lo que ocurre con el accionar estatal, pues allí sólo compete a los órganos públicos hacer lo que expresa y previamente se les permite:

"La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber

<sup>46</sup> Hugo Caldera Delgado: "La Nulidad del Acto Expropiatorio" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXXV (N<sup>o</sup> 1, 1998). En semejante sentido y del mismo autor, léase "Fuerza Normativa de las Disposiciones contenidas en el Capítulo I "Bases de la Institucionalidad" de la Constitución Política de 1980" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXXVII (N<sup>o</sup> 1, 1990).

<sup>47</sup> Ramón Domínguez Aguila: "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil" en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo XCIII (N<sup>o</sup> 3, 1996).

<sup>48</sup> Considerandos 5<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup> del pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central que fue objeto de reclamación ante la Comisión Resolutiva, la cual pronunció la Resolución N<sup>o</sup> 336 citada en supra nota 37.

general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31 entre otros)<sup>49</sup>, los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución...<sup>50</sup>.

Por aquella amplitud de la autonomía de la voluntad no sólo se pueden celebrar contratos, sino también regular en ellos lo originado por la convención, una vez más con la imposibilidad de entrar en los ámbitos excepcionalmente prohibidos:

“De esta libertad habrá de extraerse entonces su máximo alcance en cuanto por ella resulta también amparada no sólo la libertad de celebrar contratos, sino de regularlos tanto en su contenido como en sus formas, salvo ley prohibitiva que sólo puede justificarse por la protección de otras garantías o a otras partes de la relación. Es ello lo que podría justificar, por ejemplo, las normas que prohíben la discriminación o restringen el derecho a no contratar, como en el conocido caso de negativa a proporcionar el acceso a un establecimiento de baños a una persona por supuesta ‘falta de fineza’ ...más allá el legislador no puede ir y, por ende, habrá de reconocerse que la libertad contractual permite crear figuras contractuales si son lícitas. La noción de contrato innominado o atípico adquiere también autorización constitucional, puesto que no se observa por qué razón no habrían de aceptarse figuras contractuales que, aunque no reguladas, son lícitas por no atentar contra otras libertades fundamentales o valores constitucionales y, por el contrario, confieren un marco jurídico adecuado a los fines económicos que persiguen las partes. De esta manera, habrán de aceptarse ampliamente toda suerte de contratos preparatorios y zanjarse por la vía de la integración de las diversas normas la cuestión... Esta regla no podrá interpretarse entonces, como se ha hecho a veces, en el sentido de que el único contrato preparatorio lícito es el de promesa de celebrar un contrato, impidiéndose las variadas figuras de opción u otras parecidas que se integran incluso en el leasing y otros contratos hoy admitidos comúnmente por la práctica. Porque si por vía legal pudiera restringirse y aún prohibirse las formas contractuales que las partes adopten para llevar a efecto sus empresas económicas, la garantía constitucional sería meramente ilusoria, como ocurrió en el pasado reciente. Sólo cuando las libres formas contractuales infringen otras garantías o principios constitucionales de mayor entidad pasan a ser ilícitas y allí es propio que el legislador la limite o incluso la impida...”<sup>51</sup>.

Con todo, la amplitud máxima con que se ha dotado a los particulares, en despliegue de la autonomía de su voluntad, no supone,

<sup>49</sup> En nuestro caso, v. gr., el artículo 22 de la Constitución.

<sup>50</sup> Considerando 3º de la sentencia Nº 101, pronunciada por el Tribunal Constitucional de España el 18 de noviembre de 1983, reproducida en José Antonio Portero Molina: *Constitución y jurisprudencia constitucional* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1994) p. 46.

<sup>51</sup> Ramón Domínguez Aguila citado en supra nota 47.

ciertamente, un obrar desmedido o exento de limitaciones, siendo necesario referirse aquí a aquellas que devienen de la Carta Fundamental, para lo cual resulta útil acudir a *Basta Riquelme con Sociedad Minera Celite*:

“Que, establecida la controversia en los términos referidos, ha de resolverse, entonces, en torno al denominado “principio de la autonomía de la voluntad”, cuya aplicación práctica, sabido es, se traduce en que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido por la Constitución Política de la República o las leyes; es decir, los límites están, en este sentido, determinados por el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Que, realizada la precisión que antecede y teniendo a la vista el objeto del acuerdo de voluntades, celebrado entre el que fuera dueño del predio superficial y el entonces manifestante de una pertenencia minera, esto es, ocupar los terrenos para establecer canchas de depósito de minerales y relaves, ocuparlo con los desmontes de Kieselguhr, libre acceso por todos los caminos, movimiento de vehículos y maquinaria pesada por todo el predio, soportar la postación eléctrica, de comunicaciones y de todos los servicios de suministros, instalaciones de plantas de beneficio e instalaciones en general, no se divisa en él contravención alguna al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, de manera que sólo cabe concluir que los particulares en cuestión actuaron dentro de las facultades que les otorgaban sus respectivos derechos de dominio, sobre un predio y sobre una manifestación minera”<sup>52</sup>.

Se expresan de la manera indicada algunos de los límites constitucionales que, bajo el carácter de conceptos jurídicos abiertos, tiene la autonomía de la voluntad. Sin embargo, tiene que comprenderse que la pugna entre lo contractualmente pactado, sobre la base de la autonomía de la voluntad, y los principios y normas de la Constitución, es un asunto que debe resolverse, prácticamente, caso a caso, pues cualquier ejemplo que pueda construirse en abstracto admitirá, enfrentado a su posible ocurrencia en la realidad, reconocer los matices que deban considerarse a partir de las circunstancias específicas, pudiendo variar lo que se exprese con el rasgo de regla general:

“Ese problema de límites, especialmente en las obligaciones y en los contratos, muy amparado en la libertad de sus cláusulas por la autonomía de la voluntad, dependerá del examen y de la ponderación en el caso concreto entre la autonomía de la voluntad y el presunto derecho aplicable”<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Considerandos 5° y 6° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 22 de marzo de 2000, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo XCVII (N° 1, 2000).

<sup>53</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (Madrid, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1995) p. 634.



Con todo y dando algunos ejemplos que puedan ilustrar el encuadramiento constitucional en que siempre debe situarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad, es menester consignar que no se ajusta a la Carta Fundamental pactar contractualmente que se reputa penalmente ilícita una conducta que no ha sido descrita así por el Legislador; o imponer en el contrato formas jurídicas de resolución de conflictos inconciliables con el debido proceso o lesiva de la división de funciones en referencia precisa a la competencia de los tribunales establecidos por la ley, conforme al artículo 73 de la Carta Fundamental; o prohibir el ejercicio de su trabajo a una persona, esto es, acordar que no podrá desempeñar su actividad en forma permanente; o limitar el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes<sup>54</sup>, más allá de lo que, bajo las circunstancias concretas, resulte razonable y respetuoso de la preceptiva constitucional; o, en fin, contemplar o dispensar beneficios o cargas odiosas o discriminatorias en contratos análogos a agentes distintos, esto es, ventajas o gravámenes sin que exista justificación para ello. Y pueden añadirse otros ejemplos:

“...Así no se podrá argumentar la libertad de expresión para anular una cláusula que impida a un periodista trabajar, al mismo tiempo, colaborando en otra empresa periodística, ni el derecho a la igualdad frente a las mejoras testamentarias, ni la libertad religiosa para solicitar un día de descanso distinto del previamente pactado en un contrato, ni el derecho a la igualdad para exigir de un acreedor un trato igual al que concede a otro deudor, ni este principio para sostener que las diferencias salariales pactadas en la negociación colectiva sean, *per se*, contrarias al principio de igualdad. No existe tampoco violación de la libertad de expresión por embargo de la cabecera de un periódico, por deudas probadas en una sentencia civil en que se condena con ese fallo al propietario del periódico.

Sí puede ser una violación de un derecho fundamental impedir u obstaculizar a un sindicato o a sus miembros participar en el proceso electoral. Sí puede ser una violación de un derecho fundamental cuando se intenta forzar el deber de buena fe con el que debe ser cumplido cualquier contrato, para impedir el ejercicio de la libertad de expresión que denuncie las anomalías que se producen en un organismo o en una empresa que, por ejemplo, desempeña un servicio público, y que requieren su reparación, su corrección y su conocimiento por la opinión pública.

Como se ve, por estos ejemplos, el principio general de la validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones privadas, si es indubitable, debe ser analizado en el caso concreto, ponderando las circunstancias, los

<sup>54</sup> Véase sobre contratos de distribución exclusiva Luis Montt D. (coordinador): *VII Ley Antimonopolios* (Santiago, Ed. Conosur, 1996) p. 124.

bienes y principios propios del Derecho Privado, con el derecho fundamental concernido"<sup>55</sup>.

## 2. BUENA FE

Ciertamente, constituye éste, más que precepto del Derecho de los Contratos, un principio general de nuestro ordenamiento jurídico<sup>56</sup>. Por ello, no hay duda ni riesgo alguno en sostener que la buena fe encuentra su fundamento también en la Constitución, aunque implícitamente, v. gr., cuando se asegura a todas las personas la libertad de conciencia o cuando se manda ejercer los derechos respetando las normas legales y los derechos de terceros o, en fin, cuando se concede Recurso de Protección sólo al que se encuentra ejerciendo legítimamente el derecho que le ha sido conculcado.

Con todo, es indudable que el principio de la buena fe ha sido expresamente consagrado en el ámbito del Derecho Civil y, particularmente, en nexo con el Derecho de los Contratos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1546 de dicho Código, ya que, a su tenor, los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella:

"Mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En sede no jurídica, la expresión 'buena fe' designa una persuasión subjetiva interna (de carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente. Representa un estado de ánimo. Proyectada al terreno del Derecho Civil (y a todo el derecho, en realidad), la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva, conserva aquella fisonomía psicológica. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde...

La regla o principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el *deber de comportarse correcta y lealmente* en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato...

...el estándar de la buena fe objetiva tiene un valor normativo flexible, que se va precisando de modo casuístico, según las circunstancias de cada especie. Por lo mismo, no es posible inventariar exhaustivamente las manifestaciones concretas de la buena fe durante todo el *íter* contractual..."<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez citado en supra nota 53, pp. 634-635.

<sup>56</sup> Francisco Javier Saavedra: "El principio general de la buena fe" en *Instituciones Modernas de Derecho Civil* (Santiago, Ed. Conosur, 1996) pp. 357-373; y Jesús González Pérez: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 189) p. 35.

<sup>57</sup> Jorge López Santa María citado en supra nota 26, pp. 391, 395 y 398.

En este sentido, jurisprudencia invariable de nuestros Tribunales Superiores acude al principio de la buena fe para sancionar la decisión de la Administración que pretende dejar sin efecto un acto suyo cuando ha generado, conforme a aquel principio, derechos legítimamente adquiridos por quienes se hallaban de buena fe. Así y sólo por vía ejemplar, en *Casagrande Limitada con Municipalidad de Los Angeles*:

"La doctrina invariablemente ha sostenido que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, impidiendo de este modo un comportamiento contradictorio, y la jurisprudencia lo ha resuelto en igual sentido en numerosos fallos en los cuales ha concluido que no es posible a la administración y a sus órganos invalidar sus resoluciones que han producido efectos para sus beneficiarios de buena fe. Por el contrario permite la nulidad del acto cuando éste ha sido dictado en contravención a lo establecido por la Constitución y las normas dictadas en conformidad a ella, como también cuando los derechos se obtienen de mala fe. Los antecedentes que rolan en autos, sin embargo, no permiten concluir que la Sociedad Casagrande Ltda. actuara con fraude, ni en la primera ni en la segunda de sus peticiones, lo que habría hecho procedente la invalidación por parte de la Administración o sus agentes del acto, atendido a que nadie puede aprovechar su propio dolo"<sup>58</sup>.

Aplicado lo expuesto, desde el ángulo constitucional, surge entonces la extensión de la buena fe en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, en *Empresa Constructora Fuenzalida con Alcalde de Curicó*, la buena fe en el cumplimiento del contrato, alegada por la recurrente, queda cubierta en el pronunciamiento judicial por los derechos que se resuelven amagados:

"Que el principal punto debatido —en el cual ambas partes se hallan en absoluto desacuerdo— consiste en determinar si la I. Municipalidad de Curicó pudo legalmente hacer efectiva la boleta de garantía por la suma de U.F. 3.613,70 que se encontraba en el Banco de Chile. Para alcanzar tales fines, nada mejor que recurrir al examen de los raciocinios que ha utilizado para legitimar su operación.

El primero de ellos, esto es que la recepción definitiva de la obra no se había realizado, cae en absoluto por su base en presencia del acta que dice incuestionablemente lo contrario... Mal puede entonces constituir ésta una excusa para cobrar la boleta de garantía.

En cuanto al segundo aspecto de este mismo asunto, es decir la intención de la I. Municipalidad de hacer suyo el valor de la susodicha boleta de garantía, apoyándose en que la empresa contratista no ha celebrado los

<sup>58</sup> Considerando 7º de la sentencia pronunciada el 6 de enero de 1998 por la Corte de Apelaciones de Chillán, confirmada por la Corte Suprema el 26 de marzo de 1998, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo XCV (Nº 1, 1998).

contratos de generación y distribución con la Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. (CONAFE) que son imprescindibles para que ésta le devuelva a la Corporación los aportes reembolsables que le adeudaría, es menester no olvidar que entre las partes del presente recurso se ha producido una divergencia acerca de quién es aquel a quien le toca percibir dichos aportes, materia sobre la cual no corresponde pronunciarse en esta oportunidad, ya que este punto está siendo discutido en un juicio aparte, que se habría iniciado entre ellas, en el Segundo Juzgado de Letras de Curicó y que habría comenzado por una medida prejudicial precautoria, según parece desprenderse de los documentos corrientes de fojas 153 a 157 de autos.

Pero lo que es de mayor trascendencia es que la finalidad de la garantía ha sido alterada, ya que su objetivo era asegurar la correcta ejecución de las obras, según lo acredita la cláusula décima del contrato tipo suscrito por ambas partes, después de lo cual existe la obligación de restituirla, una vez extendida el acta de recepción definitiva. Por lo tanto, su valor no puede ser empleado para asegurar el cumplimiento de otras obligaciones económicas que la recurrida supone que existen a su favor y cuyo cumplimiento estima que es de cargo de la recurrente.

Que, en consecuencia, la I. Municipalidad de Curicó ha realizado un atentado contra los derechos consagrados en los números 2° y 22° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en relación con lo preceptuado en el N° 24, todos los cuales se encuentran expresamente protegidos por la norma del artículo 20 del mismo cuerpo legal, al no haber respetado la igualdad de trato que debe existir entre todas las partes de un contrato, una de las cuales no puede tener derechos preferentes frente a la otra y al haber discriminado, pretendiendo apoderarse de una suma de dinero del dominio de un tercero con el que celebró una convención, privándolo del derecho de propiedad sobre la suma, al aplicarla a objetivos muy distintos de aquellos que se pretendieron garantizar mediante la misma<sup>59</sup>.

Ya no en el ámbito de lo contencioso administrativo, sino que en el de las relaciones contractuales entre particulares, léase *Torres con Banco de Crédito e Inversiones*, en el cual, a propósito de un recurso de protección, se sostuvo por los Tribunales Superiores:

“Que conforme a las condiciones del contrato, las personas asegurables deben firmar previamente una Declaración de Salud y en ella declarar las enfermedades preexistentes a la cobertura, lo que es determinante en esta clase de seguros para establecer debidamente el estado de salud de la persona cuya vida se asegura.

Esta exigencia se funda en el principio de la Buena Fe que ha de existir en las relaciones de las partes y que en el seguro tiene connotación, no sólo a

---

<sup>59</sup> Considerandos 3° y 4° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca el 27 de mayo de 1998, reproducida en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo LXXXV (N° 2, 1998).

la época de la formación del consentimiento, sino que incluso al tiempo de las tratativas preliminares...

La inteligencia y aplicación del principio de la *bona fides* tiene por ende tanta relevancia en el seguro, como que importa su consagración un verdadero imperativo de *ultra bona fides*.

Que en estas circunstancias, la declaración personal de salud para optar al seguro de desgravamen que se agrega a fs. 75 y que firmó el asegurado en blanco, sin declarar que padecía de la enfermedad de diabetes, que desencadenó su fallecimiento algunos meses después, según aparece de la propia certificación médica sobre la causa de su muerte que se acompaña a fs. 76, no cumplió con la exigencia impuesta de informar sobre el efectivo estado de salud en que se encontraba el asegurado, cuyo elemento constituye un factor indispensable para la debida apreciación del riesgo de muerte a que estaba expuesto al contratar el seguro<sup>60</sup>.

Por ello y vinculando el principio de buena fe con la atribución de los jueces para modificar contratos en curso, cuando su ejecución puede vulnerar derechos fundamentales:

“...escapa al predicado de la buena fe obligar al deudor a ceñirse al contrato de tal manera que su cumplimiento, en las condiciones pactadas, le signifique no obtener contraprestación alguna o que ésta sea irrisoria...”

El cumplimiento de la palabra empeñada involucra a la buena fe, a la moral, a las buenas costumbres, al derecho. Pero, en determinadas circunstancias, pretender el apego a esa palabra, vulnera esa buena fe, esa moral, esas buenas costumbres, ese derecho que se propugna defender<sup>61</sup>.

En fin, queda en evidencia que los dos principios referidos –autonomía de la voluntad y buena fe– han sido escasamente abordados desde la perspectiva constitucional, sin perjuicio de lo cual estas reflexiones iniciales pueden abrir un derrotero para extender y profundizar la constitucionalización del Derecho, detrás de la cual, al fin y al cabo, no está más que la pretensión, en permanente realización, en orden a proteger, primordialmente en el ámbito preventivo, y promover los derechos fundamentales de la persona humana.

<sup>60</sup> Considerandos 2º, 3º y 4º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 24 de abril de 2001, confirmada por la Corte Suprema el 7 de junio de 2001, reproducida en *Gaceta Jurídica* (Nº 252, 2001) p. 51.

<sup>61</sup> Lily R. Flah y Miriam Smayevsky citadas en supra nota 33, pp. 23 y 103.

**IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY E INTANGIBILIDAD  
CONTRACTUAL. A PROPÓSITO DEL FALLO DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE  
LA DEUDA SUBORDINADA DEL SISTEMA BANCARIO\***

**JORGE BARAONA GONZÁLEZ**

*Doctor en Derecho*

*Universidad de Navarra (España)*

*Profesor de Derecho Civil*

*Universidad de los Andes*

**I. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA**

Me propongo en este trabajo ofrecer una nueva aproximación dogmática al art. 22 de La ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que supere la doctrina más extrema, que plantea la supervivencia de las leyes vigentes al tiempo de la celebración de un contrato, más allá de su derogación y que, conectando dicha disposición con la garantía del derecho de propiedad, del art. 19 N° 24 de la Constitución, proclama la intangibilidad de los derechos emanados de un contrato –los que están en curso de ejecución– a menos que se dicte una ley expropiatoria.

Es la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre deuda subordinada, Rol N° 207 de 10 de febrero de 1995<sup>1</sup>, y que me ha dejado insatisfecho, por estimar que hace una aplicación

---

\* Versión parcial de la exposición de el autor en el curso para jueces "*Efectos de la ley en el tiempo*", ofrecido por la Universidad de los Andes entre los días 28 a 31 de mayo del 2002, por encargo de la Academia Judicial de Chile. Las principales tesis planteadas en este trabajo fueron luego expuestas en el Seminario *Iuris Prudentia*, para profesores con dedicación académica en la Universidad de los Andes, el día 14 de junio de 2002.

<sup>1</sup> El fallo completo está publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22 n° 3, 1995, (pp. 535-554), en donde pueden verse también interesantes trabajos, informes y comentarios a favor y en contra de la tesis sostenida en el voto de mayoría del fallo. A favor del requerimiento se pronunciaron los Ministros señores Ricardo García, redactor del fallo, Luz Bulnes, Manuel Jiménez y Osvaldo Faúndez, en contra estuvieron los Ministros Servando Jordán y Juan Colombo, quien redactó el voto de minoría.

errónea sobre los principios de irretroactividad de la ley en materia contractual.

## II. BREVE ENCUADRAMIENTO DEL TEMA

El tema de la irretroactividad de la ley es clásico en el Derecho, y para aproximarse a él es difícil sustraerse del bagaje ideológico, pues, en efecto, para una postura liberal la necesidad de darle estabilidad a los derechos emanados de los contratos parece como esencial para así no desalentar la inversión. Por el contrario, quienes estimen imprescindible mantener la facultad de la autoridad para introducir cambios en el sistema legislativo que abra el paso al desarrollo de los pueblos, desconfiarán de cualquier intento de petrificar la legislación y, por lo mismo, de mantener la intangibilidad extrema de ciertos derechos<sup>2</sup>. Hoy parece existir consenso entre los civilistas en la necesidad de admitir la modificación de la legislación, para ir adecuándola al ritmo de los tiempos<sup>3</sup>. Sin embargo, ello debe hacerse con pleno respecto de los derechos y garantías constitucionales<sup>4</sup>.

En nuestro país, el problema suele explicarse indicando que ya don Andrés Bello cuando redactó el Código Civil, quería dejar resuelto el

<sup>2</sup> El tema cobró relevancia en el Derecho Civil postrevolución francesa, a raíz de la promulgación de las leyes revolucionarias, especialmente de tipo sucesorio como la de 17 de Nivoso, año II, que dispuso la reapertura de todas las sucesiones abiertas desde el 14 de julio de 1789. Como una manera de evitar situaciones de ese tipo en el art. 2º del Código Civil francés de 1804, se adoptó el principio de la irretroactividad de la ley (cfr. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, I*, Undécima Edición, actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 169-170, y Carbonnier, Jean, *Droit Civil, Introduction*, 25ª édition refondue, Puf, París, 1997, p. 218).

<sup>3</sup> Entre nosotros véase López Santa María, Jorge "¿Modificará el legislador chileno, en los años venideros, contratos vigentes o en curso de ejecución?", en *Contratos*, Coordinación de Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991 (pp. 147-157). En el derecho comparado, Carbonnier, *Droit Civil*, cit, p. 223; Borda, *Tratado*, I, cit. pp. 186-187; Lacruz, José Luis, y Otros, *Elementos de Derecho Civil, Parte general, Introducción*, I, Vol. I (Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 1999, p. 205; Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil Parte General*, 13ª revisión por Hans Carl Nipperdey (traducción de la 39ª Alemana por Blas Pérez y José Alguer), V. I, 2ª Edición, Bosch, Barcelona 1953, p. 227.

<sup>4</sup> El caso argentino es muy interesante, porque sólo con la reforma contenida en la Ley Nº 17.711 se modificaron los principios que sobre esta materia estaban contenidos en el Código Civil, redactados por Vélez Sarsfield. En su nueva redacción el art. 3º del Código Civil argentino dispone:

"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario.

La retroactividad establecida por ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

problema de la aplicación de la ley en el tiempo. Por esto en el Mensaje del Código se indica: "El tiempo es un elemento de tanta consecuencia en las relaciones jurídicas, ha dado motivo a tantas divergencias en las decisiones de las judicaturas y en la doctrina de los jurisconsultos, que no se ha creído superfluo fijar reglas uniformes, a primera vista minuciosas, para determinar el punto preciso en que nacen y expiran los derechos y obligaciones en que este elemento figura". En efecto, el art. 9° del Código dispone que la ley sólo puede disponer para lo futuro y "*no tendrá jamás efecto retroactivo*", con lo cual se rechaza cualquier aplicación retroactiva de la ley, es decir, que regule hechos acaecidos más atrás de la época en que una determinada ley ha entrado a regir. Por ello, y complementando esta disposición, el Código contiene normas precisas sobre derogación de las leyes, para establecer el instante en que una ley deja de estar en vigor (cfr. arts. 52 y 53 del Código Civil).

Pues bien, pese a que la finalidad de las normas citadas era resolver los conflictos de aplicación temporal de la ley, resultó que el mismo Código Civil, una vez que entró en vigor el 1 de enero de 1857, trajo muchos conflictos con respecto de la legislación anterior, en su mayoría de producción colonial. Se hizo imprescindible, entonces, dictar una ley que, aunque general, pudiera resolver dichos conflictos. Este es el origen de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes —en adelante LERL— promulgada con fecha 7 de octubre de 1861<sup>5</sup>.

La doctrina y jurisprudencia<sup>6</sup> chilenas están contestes, en general, en que a nivel del Código Civil el mandato del art. 9° en cuanto impide aplicar una ley con efecto retroactivo es una simple norma de rango legal y, por lo mismo, no impide al legislador dictar leyes con efecto retroactivo. Por ello, el art. 9° contiene un criterio que fundamentalmente se dirige a los jueces, quienes no podrán aplicar una ley con efecto retroactivo, si esa ley así no lo ordena.

---

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias". El antiguo artículo 3° disponía: "*Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos ya adquiridos*". Esta norma había sido criticada por la doctrina, porque hacía coincidir, confundiéndonlos, el principio de la irretroactividad con el respeto de los derechos adquiridos. Por su parte el antiguo art. 5° disponía: "*Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público*". La Corte Suprema argentina había entendido que la misma no podía afectar derechos adquiridos de orden patrimonial, lo que hacía inócua la disposición. (cfr. Borda, *Tratado...*, I, cit, pp. 154-162.

<sup>5</sup> Cfr. Ballesteros, Manuel Egidio, "Una cuestión sobre efecto retroactivo de la ley" (conclusión), *Revista Forense*, 7, 1886 (pp. 487-505), p. 500.

<sup>6</sup> Una buena síntesis de la doctrina más relevante emanada de los fallos de nuestros Tribunales, hasta la fecha de la publicación de la obra, puede encontrarse en Rioseco Enríquez, Emilio, *El Derecho civil y la Constitución ante la jurisprudencia*, Editorial



Para determinar cuándo se está aplicando una ley con efecto retroactivo se han vertido una serie de doctrinas en el derecho comparado<sup>7</sup>. En nuestro sistema jurídico, como se ha dicho, es de principal importancia la LERL, ley que para la gran mayoría estaría basada en la doctrina clásica o de los derechos adquiridos y de las meras expectativas<sup>8</sup>.

Pero es evidente que el límite a la aplicación retroactiva de las leyes está en la Constitución. La doctrina y jurisprudencia chilenas también aparecen conformes en que la garantía del derecho a la propiedad, contenida en el art. 19 n° 24 de la Constitución, constituye un límite objetivo a la facultad del legislador para dictar leyes con efecto retroactivo. Y, como bien se ha hecho ver, una ley con efecto retroactivo que transgrediera la garantía del derecho de propiedad no es inconstitucional por ser retroactiva, sino por afectar el derecho de propiedad, por ello, no puede nunca dictarse una ley que vulnere esta garantía.

### III. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y LOS CONTRATOS: EL ART. 22 DE LA LEY SOBRE EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES

#### 1. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA LERL

Si bien el proyecto que preparó el Ejecutivo pertenece al diputado José Eugenio Vergara<sup>9</sup>, don Andrés Bello había redactado el suyo propio, que fue la base con el que trabajó Vergara<sup>10</sup>.

---

Jurídica de Chile, 1996, pp. 11-54. Para un estudio completo de la Ley, puede estudiarse Ibarra Léniz, Ismael, *Ley de 7 de octubre de 1861 sobre efecto retroactivo de las leyes*, Memoria, Editorial Universitaria, Santiago, 1960; y Gómez Angulo, José Luis, *Estudio crítico de la jurisprudencia de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes. Artículos 18 al 26*, Memoria, Editorial Universitaria, Santiago, 1962.

<sup>7</sup> Por todos vid. Borda, *Tratado*, I, cit. pp., 175-183.

<sup>8</sup> Decía el mensaje de la Ley respectiva: "La reforma introducida en nuestra legislación ha dado ya lugar, y puede darlo en adelante, á cuestiones más o menos graves acerca de la aplicación que debe hacerse de las antiguas o nuevas leyes a diversos casos que se controvertan. Conflictos de esta naturaleza pueden presentarse cada vez que se promulgue una ley, pues raras ocasiones dejará ésta de modificar, más o menos profundamente, las relaciones preconstituidas al amparo de las antiguas. Para dar garantía de estabilidad a los derechos adquiridos bajo el imperio de una ley, e impedir que se les confunda con simples expectativas subordinadas a la prudencia y discreción del legislador, conviene fijar una línea de deslinde entre dos entidades que, al parecer muy diversas, se tocan, sin embargo, en muchos casos por puntos apenas perceptibles". No he logrado encontrar el Mensaje directamente, y tomo este párrafo del interesante trabajo de Yáñez, Eliodoro, "Una cuestión transitoria. Breves apuntes sobre el efecto retroactivo de las leyes"; *RDJ*, Tomo I, Sección Derecho, 1903-1904 (pp. 234-241), p. 234-235. Este trabajo está publicado por partes, como era corriente en esa época.

Aunque el Código Civil, como se sabe, tuvo una aprobación muy rápida, no fue el caso de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que tardó más dos años en aprobarse. En efecto, el Ejecutivo ingresó al Senado con el Mensaje respectivo el día 29 de junio de 1859, y fue promulgado como ley el día 7 de octubre de 1861<sup>11</sup>. En el Senado tuvo una destacada participación el senador Eugenio Domingo Torres, que demostró desde el primer día que se incorporó al Senado tanta versación jurídica como pasión parlamentaria. En la Cámara de Senadores —como en esa época se le llamada al Senado— el art. 22 de la LERL fue aprobado sin discusión, como venía en el Mensaje del Ejecutivo. Fue en la Cámara de Diputados en donde el art. 22 fue objeto de mayor debate, incluso proponiéndose una nueva redacción, para ampliar su aplicación a cualquier acto jurídico<sup>12</sup>, redacción que, si bien aparece como aprobada por la Sala<sup>13</sup>, extrañamente en el Oficio que

<sup>9</sup> Publicó posteriormente un extenso trabajo, vid. Vergara, José Eugenio, "Efecto retroactivo de la ley", en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Febrero, Santiago, 1860, (pp. 204-248).

<sup>10</sup> Cfr. Amunátegui, Miguel Luis, *Vida de Don Andrés Bello*, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago de Chile, 1882, p. 664. La explicación más plausible es que Bello, durante el tiempo en que se tramitó el proyecto, básicamente el invierno de 1861, estaba ya muy alicaído físicamente, tenía casi 80 años cumplidos y estaba prácticamente paralítico, por lo que no tuvo posibilidad real de participar. Jaksic, Iván, *Andrés Bello. La pasión por el orden*, Editorial Universitaria, Santiago, 2001, p. 233, confirma la noticia que ya había ofrecido Amunátegui, que desde 1857 Bello había perdido el uso de las piernas, y que prácticamente no salía de su casa.

<sup>11</sup> Véase "*Historia de la ley Efecto Retroactivo de las leyes*", Biblioteca del Congreso, Santiago, 1861.

<sup>12</sup> Consta en las Actas de la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados de 18 de julio de 1861 que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia propuso una modificación al art. 22 del proyecto por "*otro más comprensivo, pues la Comisión cree que los efectos de esta ley que se trata de dictar no deben limitarse sólo a los contratos, sino que por el contrario deben hacerse extensivos a todos los demás actos legales capaces de constituir derechos y obligaciones de tanta fuerza como los contratos*"; propuso la siguiente norma para el art. 22: "*La validez de un acto o contrato y los derechos y obligaciones que de ellos resulten, se regirán por las leyes vijentes al tiempo en que hubiere tenido lugar*". Como se aprecia, se eliminaban incluso las excepciones, la primera referente a la forma de hacer valer los derechos en juicio porque se entendían incorporadas en el art. 24 del mismo Proyecto, y la segunda "*porque la pena que regularmente se estipula en los contratos, a más de formar una parte integrante de ellos, cuyo principio trata de respetar el proyecto en todos sus resultados, sólo debe mirarse como una indemnización de los perjuicios inferidos a uno de los contratantes por la falta de cumplimiento del otro, y por no estar tomados en cuenta en las leyes que regían al tiempo de celebrarse el contrato*" (cfr. p. 150 del Boletín).

<sup>13</sup> En el Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados, correspondiente a la Sesión 30 Ordinaria de 27 de agosto de 1861, p. 263, se expresa que a petición del diputado señor Barriga, "*Se leyó y aprobó el art. de la Comisión i el 23 que dicen:*

*Art. 22. La validez de un acto o contrato i los derechos u obligaciones que de ellos resulten, se regirán por las leyes vijentes al tiempo en que hubieran tenido lugar*", es decir el mismo que había propuesto la Comisión en su Informe, según hemos visto; y no puede haber habido modificación a lo resuelto, porque en la p. 269 del mismo Boletín consta que en esa misma Sesión se dio por terminada la discusión de la ley. *Sin embargo*, en el Oficio que llegó al Senado dando cuenta de la aprobación del proyecto,

se envía al Senado el art. 22 no aparece como modificado, despachándose el Proyecto con la redacción primitiva de esta disposición, que es la que se mantiene hasta hoy.

## 2. DERECHO DE PROPIEDAD Y COSAS INCORPORABLES

Este art. 22 ordena que en todo contrato "*se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*". Es decir, cada vez que se celebra un contrato debe entenderse que dicho contrato se regula por el tenor propio de lo convenido, y por las leyes que regían a la época de su celebración. Por lo mismo, cada vez que se modifica esa legislación, se entiende que el contrato celebrado no se verá afectado por la nueva intervención legislativa, y seguirá regulándose por la anterior. Aquí la doctrina ha visto una suerte de efecto ultractivo de la ley, toda vez que la ley antigua seguirá rigiendo a dicho contrato, no obstante que ella haya sido formalmente derogada<sup>14</sup>.

La justificación que dio el Ejecutivo en el Mensaje de la LERL es contundente: "el que contrata no lo hace por regular tomando en cuenta sólo el momento en que ajusta su convención, sus cálculos abrazan, además el porvenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto pueda está a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contraria hasta un punto muy peligroso a la confianza en las especulaciones<sup>15</sup>, si hubiera de verse expuesta en el curso de su desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de la celebración"<sup>16</sup>.

---

incluida en la cuenta a la Sala, en la Sesión 28 Ordinaria de 6 de septiembre de 1861, Boletín de Sesiones del Senado, p. 294, se dice textualmente que se da cuenta de "tres oficios de la Cámara de Diputados: (...) i en el último avisa haber también aprobado con algunas enmiendas en los arts. 1, 2, 3, 914, 15, 24 y 25 el proyecto sobre efecto de la ley", es decir, en dicho Oficio no consta la enmienda aprobada por la Cámara de Diputados al art. 22 del proyecto. Extraño me parece, pero no tengo más antecedentes. Claro Solar, *Explicaciones...*, T. I, cit., p. 87, da cuenta de ello que califica como "algo curioso é inexplicable", pero que manifiesta "en todo caso el alcance que el legislador atribuía al art. 22".

<sup>14</sup> El más reciente trabajo que hasta ahora se ha hecho sobre el art. 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes pertenece a Gómez, José Luis, *Estudio crítico de la jurisprudencia de la ley de efecto retroactivo*, cit., en especial pp. 6-100.

<sup>15</sup> Especulación tiene el sentido de riesgo futuro, contingencia de ganancia o pérdida.

<sup>16</sup> Lamentablemente en la *Historia de la Ley sobre efecto retroactivo*, cit. que he hecho referencia, no se contiene el Mensaje, este párrafo lo he tomado del trabajo que escribió Yáñez, Eliodoro, "Una cuestión transitoria. Breves apuntes sobre el efecto retroactivo de las leyes"; *RDJ*, Tomo I, Sección Derecho, cit. (234-241), p. 236.

Este principio legislativo encuentra una fuerte reafirmación en el art. 19 n° 24 de la Constitución, en el sentido de que allí se garantiza no sólo el derecho clásico de propiedad sobre cosas corporales, sino que la garantía es más amplia: "*derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales*". La referencia a bienes incorporeales está pensada para incluir aquel tipo de propiedad que el Código también reconoce en el art. 583 del Código Civil, cuando declara que sobre las cosas incorporeales hay también una "*especie*" de propiedad; pocos artículos antes describe como cosas incorporeales a los derechos reales o personales. Aunque dogmáticamente se ha discutido esta propiedad sobre derechos<sup>17</sup>, particularmente derechos personales o créditos, la práctica jurisprudencial ha permitido afirmar la protección constitucional, bajo la garantía del derecho de propiedad, de muchos derechos incorporeales que exceden largamente la construcción dogmática del derecho personal o crédito, configurada en el Código Civil<sup>18</sup>.

Con lo dicho queda claro que un contrato legalmente celebrado puede aspirar a su intangibilidad no sólo por aplicación del art. 22 de LERL, sino también por encajar dentro de los bienes protegibles con la garantía constitucional citada.

Con todo, téngase presente que, de hacerse esta reflexión dogmática respecto de la titularidad –dominical o no- de los derechos personales, la misma LERL puede constituirse en una limitación a la pretendida intangibilidad máxima, si se analiza el art. 12 de la misma ley, que dispone: "Todo derecho real adquirido bajo una ley en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos y vinculaciones se hubiere ordenado o se ordenare por leyes especiales"<sup>19</sup>.

La limitación parece obvia, porque esta norma permite aplicar a los derechos adquiridos bajo una ley anterior, la ley nueva, no sólo en lo tocante a los goces y cargas, sino también en lo que se refiere a su "*extinción*", es decir, que puede determinar una nueva forma de

<sup>17</sup> Véase el extraordinario trabajo de Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, *passim*; también Jana, Andrés y Marín, Juan Carlos, *Recurso de protección y Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, en especial pp. 11-38.

<sup>18</sup> Por eso Jana y Marín, *Recurso de Protección*, cit., p. 36, explican "que el alcance que cabe darle a la norma constitucional en relación a los derechos personales, es el de una protección de su titularidad, de esa pertenencia genérica que vincula al derecho con un patrimonio y consiguientemente con un sujeto de derecho".

<sup>19</sup> Cfr. López Santa María, "Modificaré el...", cit., p. 153. Como se verá más adelante, una de las críticas más fuertes que recibió el fallo de la deuda subordinada en favor de los bancos fue el haber omitido esta disposición. Vid nota 24.

ejercerse los derechos reales e incluso ellos pueden verse extinguidos por una causal no contemplada en la ley derogada.

Esta norma desde que se discutió en el Senado fue objeto de críticas por ser considerada contraria a la Constitución de 1833, en la parte que permite aplicar la ley nueva en lo tocante a la "extinción" del derecho real<sup>20</sup>, y hoy dicho planteamiento puede hacerse con mucho mayor razón, a la luz de las actuales normas constitucionales. En efecto, no se concilia que una ley pueda imponer una nueva forma de extinción de un derecho real, sin ser considerada expropiatoria. Incluso más, los "goces y cargas" no podrían referirse a los atributos o facultades esenciales del dominio<sup>21</sup>, que tienen amparo constitucional, ni tampoco podrían afectar al derecho en su esencia.

#### IV. SENTIDO Y LÍMITES DE LA GARANTÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Como lo han puesto de manifiesto estudios sobre la materia<sup>22</sup>, y la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y de nuestra Corte Suprema conociendo del recurso de inaplicabilidad, la garantía del derecho de propiedad está recogida básicamente en los siguientes preceptos constitucionales:

"24° El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley *puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social*. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su *propiedad*, del *bien sobre que recae* o de alguno de los *atributos o facultades esenciales del dominio*, sino en virtud *de ley general* o especial que autorice la expropiación por

<sup>20</sup> En la discusión en el Senado (Sesión Cuarta ordinaria de 12 de junio de 1861), el senador Eugenio Domingo Torres, sólo incorporado a esta Corporación el 7 de junio de 1861, ya planteaba la inconstitucionalidad de la disposición por oponerse al derecho de propiedad, en la parte que permite que la nueva ley pueda regular lo tocante a la extinción del derecho. Presentó una indicación para suprimir en esa parte del artículo, pero fue desechada por la Sala del Senado. Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Primero, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898, p. 78, confirmó tempranamente esta disfuncionalidad de la norma con la Carta de 1833.

<sup>21</sup> Cfr. Ibarra, *Ley de...*, cit., pp. 152-154.

<sup>22</sup> Vid. Cea Egaña, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980, Características generales, Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pp. 181 y ss; Rajevic Mosler, Enrique Petar, "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 n° 1, 1996 (pp. 23-97).

causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho (...).

Paralelamente, el art. 19 N° 26 de la Carta Fundamental establece la garantía a la seguridad, que dispone:

"26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, *no podrán afectar los derechos en su esencia*, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

De esta norma se advierte que por un lado la garantía de la propiedad recae sobre "*bienes*"<sup>23</sup>, en el sentido de cosas susceptibles de ser valoradas patrimonialmente, y por otro, es claro que el legislador pese a estar facultado para limitar el derecho de propiedad e imponerle obligaciones que deriven de su función social, en ningún caso "*podrá afectar los derechos en su esencia*", lo que supone que existe un núcleo duro del derecho de propiedad que se hace verdaderamente intangible frente a una limitación o imposición de carga por esta vía. Para hacerlo, debe recurrirse al expediente expropiatorio y, por lo mismo, concederse al propietario la correspondiente indemnización<sup>24</sup>.

## V. LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD A LOS CONTRATOS

Con lo expuesto, puede afirmarse que una interpretación no discutida de las normas que actualmente regulan el derecho transitorio de los contratos sostiene que el legislador, por regla de carácter legal, dispone la incorporación a todo contrato de las normas que estaban vigentes al tiempo de su celebración (art. 22 de la LERL). Sólo para el caso en que una norma nueva no respetare esta disposición de derecho intertemporal, y ordenare para un contrato la aplicación retroactiva de una ley, dicha disposición debería pasar por el cedazo constitu-

<sup>23</sup> Guzmán Brito, *Las cosas incorporales...*, cit., p. 134 y ss.

<sup>24</sup> Sobre la esencia del derecho véase CEA, *Tratado...*, cit., pp. 287 y ss., y Rajevic, "Limitaciones...", cit., pp. 67-83.

cional. La ley será considerada como inconstitucional si se concluye que dicha aplicación afecta derechos en su esencia (arts. 19 n° 24 y 19 n° 26 de la CPR).

En consecuencia, la facultad que tiene el legislador de dictar leyes con efecto retroactivo en materia de derechos personales emanados de contratos está básicamente determinada por la comprensión que se dé al término "*bien*" y por la interpretación que se haga de la "*esencia*" del derecho de propiedad en materia contractual.

## VI. TRES CASOS DE JURISPRUDENCIA

Se analizarán a continuación tres casos jurisprudenciales, que permiten orientar el sentido que ha tomado la misma. En todos ellos, siguiendo una tradición de nuestra doctrina y jurisprudencia, puede apreciarse que la metodología de análisis sigue siendo la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, que ya va siendo dejada de lado por la doctrina comparada por su falta de ductilidad<sup>25</sup>, lo que hace extraordinariamente formal el análisis de la retroactividad.

### 1. D.F.L. N° 9 DE 1968

Durante la vigencia de la Constitución del 1925 hubo algunos casos importantes que permitieron a nuestra Corte Suprema declarar como inconstitucionales a leyes que desconocían para el futuro determinados derechos emanados de un contrato. El caso más relevante por el impacto que tuvo, y por su importancia dogmática, se extrae del D.F.L. N° 9 de 1968, sobre arrendamiento de predios rústicos, ya aprobada la ley N° 16.640 sobre Reforma Agraria. Dispuso, en su art. 2° transitorio, que los plazos de los contratos de arrendamiento sobre predios rústicos celebrados antes de su dictación se debían entender prorrogados, en beneficio de los arrendatarios, por el tiempo necesario para completar 10 años.

<sup>25</sup> Cfr. Borda, *Tratado...*, I, cit, p. 155, plantea que esta teoría se hace imposible, porque "si se consideran retroactivas las leyes que afectan derechos adquiridos bajo la legislación anterior, todas las leyes, de cualquier clase, serían retroactivas". Por otra parte, ya Roubier, Paul, *Le conflit de lois dans le temps*, París, I, 1929, y II, 1933, París, formuló su teoría sobre las situaciones jurídicas para superar la doctrina de los derechos adquiridos; otra teoría con fuerte apoyo en la doctrina es la de los "hechos consumados", *tempus regit actum*, formulada inicialmente en Alemania y con apoyo en la doctrina italiana, que básicamente sostiene que todo hecho jurídico se rige por la ley vigente al momento en que él se realizó, cfr. Borda, *Tratado...*, I, p. 176.

La Corte Suprema conociendo de varios recursos de inaplicabilidad en contra de este precepto legal, estimó que era inaplicable a los juicios en cuestión, porque con él se vulneraba el derecho de propiedad que tenía el arrendador sobre el derecho personal que del contrato nacía para exigir la restitución del predio en el plazo contractualmente pactado, y dado que el art. 2º transitorio del D.F.L. N° 9 de 1968 prorrogaba ese plazo, sin derecho a indemnización, debía entenderse dicho precepto como contrario a la Constitución<sup>26</sup>.

## 2. LA ELIMINACIÓN DE LAS PENSIONES "PERSEGUIDORAS"

Durante el gobierno del Presidente Pinochet, ya aprobada la Carta de 1980, la Junta de Gobierno envió al Tribunal Constitucional un proyecto de ley que disponía la eliminación del derecho al reajuste de ciertas pensiones –las denominadas "perseguidoras"–, a fin de que se resolviera sobre la constitucionalidad del mismo. En dicha oportunidad el Tribunal Constitucional estimó que el proyecto se ajustaba a la Constitución porque entendió, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia administrativa y de los tribunales chilenos al amparo de la Constitución de 1925, que el reajuste de la pensión no formaba parte del derecho previsional mismo, protegido por la Carta de 1980<sup>27</sup>. El profesor Alejandro Silva Bascuñán criticó el fallo, porque estimó que la pensión permite al jubilado gozar del bien, en el marco de su estatuto, y si ese estatuto consagra reajustes o beneficios, "tal facultad constituye, evidentemente, un derecho adquirido", en el sentido de "la potencialidad inserta como accesoria del derecho principal de la jubilación"<sup>28</sup>.

## 3. EL CASO DE LA DEUDA SUBORDINADA DE LOS BANCOS

Este proyecto pretendía prohibir en el futuro a los accionistas de la Serie B de los Bancos con obligación subordinada capitalizar sus utilidades, y así no repartirlas. Con ello, el legislador pretendía impedir a los Bancos seguir con esta práctica que les permitía postergar legalmente el pago al Banco Central, alegando que no existían utilidades, porque ellas habían sido capitalizadas conforme con el art. 10 inciso 4º ley N° 18.401.

<sup>26</sup> Véanse algunos fallos en la Revista *Fallos del Mes*, N° 121, p. 294, N° 166, p. 219, N° 175, p. 93.

<sup>27</sup> Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Rol n° 12 "Proyecto de Ley que interpreta la garantía constitucional sobre derecho de propiedad en relación con reajustabilidad de pensiones", de 16 de julio de 1982 ([www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl)).

<sup>28</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, en "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre 'Perseguidora' en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 9, 1982 (585-591), p. 588.



Como se dijo, el Tribunal Constitucional en un fallo dividido acogió el requerimiento y declaró que efectivamente la ley era inconstitucional en este aspecto.

En este último fallo se afirma que la facultad de capitalizar dividendos que tenían los accionistas de la Serie B de los bancos sujetos a deuda subordinada era una facultad legal que habían incorporado a su patrimonio y, por lo mismo, debía ser considerada como un derecho adquirido, conforme con la LERL, fundamentalmente su art. 22, bajo el amparo de la garantía del art. 19 n° 24 de la CPR. Siendo así, al disponer el proyecto de ley impugnado la eliminación de dicha facultad, se estaba frente a un acto expropiatorio, que por no ajustarse a las normas constitucionales hacía inconstitucional al precepto, y así fue declarado<sup>29</sup>. Se formularon, como se sabe, serias impugnaciones a este fallo desde la doctrina, en particular de profesores de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile, quienes argumentaron que se trataba de una fallo equivocado porque la referida facultad era una mera expectativa y no un derecho adquirido, y que el Tribunal Constitucional sencillamente había omitido hacer referencia al art. 12 de la LERL<sup>30</sup>.

## VII. LA ESENCIA DE LOS DERECHOS EN MATERIA DE CONTRATOS

### 1. EL CONTRATO COMO BIEN: UNA REALIDAD UNITARIA

Retomando el fallo sobre deuda subordinada, aparece una doctrina sobre la esencia de los derechos en materia de contratos, que califica-

<sup>29</sup> El considerando clave del fallo es el siguiente: "SEPTUAGÉSIMO PRIMERO.- Que en el caso de autos se está en presencia ciertamente de una situación que afecta a particulares, a sus contratos de adquisición de acciones bancarias, a los efectos de tales contratos y a los derechos emanados de esos contratos celebrados bajo el imperio de una ley que los establece y los tipifica. La norma que los afecta y que se pretende derogar por el proyecto materia de autos, compromete directamente esa relación contractual y ese derecho de propiedad, ya que en el resto de las disposiciones establecidas para tratar la problemática de la banca endeudada no se introduce alteración, como ha quedado expresado en el considerando sexagésimo de esta sentencia, quedando así incorporada la norma impugnada al campo del derecho privado y al respeto consiguiente de los derechos adquiridos de las personas y específicamente a la seguridad del artículo 19, numeral 24, de la Constitución Política".

<sup>30</sup> Véase Chaná Cariola, Julio y Otros, "Estudio crítico de las doctrinas jurídicas contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1995", Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 N° 3 (pp. 559-621), p. 586, "si el Tribunal Constitucional hubiese seguido el pensamiento de ese jurista -se refieren a don Luis Claro Solar- en cuanto a los derechos adquiridos y a la irretroactividad de las leyes, habrían tenido que concluir necesariamente que los accionistas clase B podían tener un interés legítimo en seguir ejercitando su derecho a capitalizar, en conformidad a la ley, pero ese interés no se transformará en derecho adquirido -como lo dice Claro Solar- sino cuando la facultad de capitalizar se haya traducido en un acto concreto de ejercicio".

mos de extrema. En efecto, conforme con ella, puede concluirse que todos los derechos que emanan de un contrato, sea directamente, porque están contenidos en el texto o tenor de lo convenido, o indirectamente por disposición de art. 22 de la LERL al hacerle aplicable al contrato la legislación vigente al momento de su perfección serían intangibles, y ninguno de ellos, por lo mismo, podría ser desconocido por una ley posterior.

No comparto esta doctrina, por estimarla que yerra respecto de lo que es la naturaleza de un contrato.

Efectivamente, uno podría concluir, siguiendo con la doctrina clásica francesa, que el contrato es un acto jurídico bilateral que crea derechos y obligaciones y, por lo tanto, su objeto propio no sería otro que el conjunto de derechos y obligaciones que por él nacen a la vida jurídica<sup>31</sup>. De hecho, muchos autores, especialmente franceses, han entendido que la cuestión sobre el objeto del contrato (también del acto jurídico) es innecesaria y sólo tiene sentido preguntarse por el objeto de la obligación, que no sería otra cosa que la prestación misma. A su vez, la prestación tendría por objeto el dar, hacer o no hacer algo, materia que estaría compuesta o por cosas o por comportamientos<sup>32</sup>. De aquí que la elipsis que hace nuestro Código Civil —como el francés— en el art. 1438, para algunos no debiera molestar demasiado.

Pero esta forma de entender el contrato es a mi parecer equivocada, porque supone que un contrato sólo es fuente de obligaciones y derechos, lo que en sí es correcto si se entiende desde un punto de visto descriptivo, pero insuficiente, en cuanto desconoce la realidad unitaria que en el contrato subyace: en sí mismo constituye un bien, y como tal aparece protegido constitucionalmente.

Todo contrato, si bien puede mirarse como fuente de obligaciones, también debe observarse desde la óptica de lo que persigue, y no puede existir duda de que se trata de una operación económico-jurídica<sup>33</sup>. Luego, no puede perderse de vista que esta finalidad perseguida por el contrato organiza la realidad material que de él emerge. Cualquier abogado sabe que detrás de un contrato complejo primero

<sup>31</sup> Cfr. Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Tercera Edición, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1998, pp. 115-116; por su parte López Santa María, Jorge, *Los Contratos, Parte General*, T. I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 17, dice: "En verdad, el objeto del contrato son las obligaciones que él crea".

<sup>32</sup> Cfr. por todos Starck, Boris, *Droit Civil, Les Obligations, 2 Contrat*, Litec, sixième édition, Paris, 1998, pp. 210 y 211, con Roland, Henri y Boyer, Laurent.

<sup>33</sup> D'Angelo, Andrea, *Contrato e Operazione Economica*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 47-87.

hay un acuerdo básico, que es económico, y sólo después de ese acuerdo los abogados le dan el perfil jurídico. En consecuencia, es esta realidad económica la que interesa rescatar como relevante, a los efectos de darle unidad al contrato. El conjunto de derechos y obligaciones que emanan de un contrato deben entenderse funcionalmente conectados y finalmente orientados. Es decir, el ejercicio de dichos derechos y el cumplimiento de tales obligaciones están ordenados a una realidad superior, que no es otra que el contrato mismo. En este sentido, es evidente que la doctrina de la buena fe, como modo de cumplir un contrato, que en nuestro sistema está recogida en el art. 1546 del Código Civil, y también la doctrina del abuso del derecho, sólo pueden tener una aplicación en un contrato, si se afirma la unidad funcional de los derechos y obligaciones que de él dimanar, de otra manera ambas doctrinas pierden gran fuerza dogmática en sede contractual<sup>34</sup>. Por otra parte, otras instituciones en el campo del derecho contractual, como la de la base del negocio o la de la imprevisión, no podrían ser aplicadas si no se tiene esta perspectiva unitaria de los derechos y obligaciones que nacen de un contrato.

Si lo anterior es correcto, quiere decir entonces que tras un contrato existe una realidad unitaria, una sola relación jurídica, compleja si se quiere, porque ella misma está formada por un haz de derechos y obligaciones, pero envuelta en una sola realidad: el contrato.

En el derecho italiano este punto parece bastante claro, a partir de la propia noción de contrato que ofrece el *Codice Civile*. Dispone el art. 1.321 del *Codice* Italiano:

*"Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale"*

Este Código de 1942 encuadra adecuadamente la naturaleza de contrato cuando habla de un vínculo jurídico patrimonial, porque permite —insisto— darle unidad a la diversidad de derechos y obligaciones que existen a partir del contrato.

## 2. OBJETO ÚNICO Y CAUSA ÚNICA

La reconducción unitaria de los derechos que nacen de un contrato se confirma con la formulación de la causa del contrato, distinta a la

<sup>34</sup> Cfr. Constanza, Maria, *Profili Del'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 111-157.

de las obligaciones que genera, y del objeto, también independiente en cada contrato.

### a) Objeto

Aunque es evidente la falta de unidad dogmática en torno a la idea de objeto de un acto o contrato<sup>35</sup>, en nuestro sistema civil puede afirmarse la premisa de que todo acto o contrato debe recaer sobre un objeto lícito, y así se desprende del artículo 1445 n° 3 del CC. Destaco la idea de *recaiga*, porque da la señal de materialidad, es decir, una realidad extramental, y diferenciada del consentimiento mismo. Ahora bien, la materia (en sentido de realidad extramental) sobre que puede recaer el objeto de un acto y contrato, conforme con los arts. 1.460 y 1461 del CC, está determinada por cosas y comportamientos (servicios<sup>36</sup>). Luego es la realidad preexistente al contrato mismo lo que mejor cuadra con una noción útil y razonable del contrato<sup>37</sup>, y que permite alejarse de la abstracta idea que en Chile se sostiene por muchos, de que el objeto del contrato (léase acto jurídico) son los derechos y obligaciones que el acto genera. Aquí tenemos un objeto propio del contrato, que está referido a la realidad sobre la cual se va a contratar, que aparece como previa y que será moldeada jurídicamente por las partes<sup>38</sup> y que es distinta al objeto de la obligación, el que estará determinado por el concreto acto de dar, hacer o no hacer que ella describe, es decir, la cosa sobre que la obligación recae, o el comportamiento que impone al obligado.

<sup>35</sup> Para una presentación de las diversas posturas doctrinales sobre el punto, véase Saavedra Galleguillos, Francisco Javier, *El objeto y la causa del Acto jurídico*, Conosur, Santiago, 2000, pp. 55-66.

<sup>36</sup> Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción Teoría del Contrato*, Quinta Edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 197.

<sup>37</sup> San Julián Puig, Verónica, *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 36, postula que el objeto del contrato es la realidad social acotada y programada por las partes, que —en cuanto realidad— es previa al acuerdo mismo: asocia así, siguiendo a la doctrina italiana, al objeto con la idea de programa contractual, “la programación indica también algo exterior pero incluye la idea de propuesta, como diseño trazado por las partes, de reglamentación a través de cláusulas, lo cual, además de permitir un enfoque más objetivo, encaja mejor la proyección del consentimiento sobre el objeto”.

<sup>38</sup> Por ello, Ferri, Giovanni, “Capacità e oggetto nel negozio giuridico”, en *Il Contratto*, V. I, Cedam, 1992, Padova (pp. 123-134), pp. 131-134, estima que el objeto de los negocios jurídicos debe mirarse, en cuanto bien, como punto de referencia objetivo de los intereses envueltos en el reglamento negocial. Bien no tanto representativo de cosa material, sino como actividad, valor incorporal, objetivado jurídicamente: es decir, con sustancia para constituir un punto de referencia de un interés jurídicamente relevante.

## b) Causa

El tema es más complejo, porque en esta materia impera una total dispersión de opiniones<sup>39</sup>. Pero si se admite que la definición del Código es correcta, cuando dice que causa es "el motivo que induce al acto o contrato" (cfr. art. 1467 del CC), quiere decir que existe algo exterior al contrato mismo, que aparece como legitimante del deber obligatorio, y que le da unidad al conjunto. Por ello, el art. 1445 CC dispone que para que una persona se obligue a otra por un acto (léase contrato) o declaración de voluntad, es necesario, entre otros presupuestos, que "tenga una causa lícita". Es decir, el acto o contrato debe tener causa única, distinta a la causa de las obligaciones creadas por ella, y no lo dudo, de mucho mayor importancia, porque sólo una formulación de la causa como causa del contrato permite hacer una construcción unitaria de la misma<sup>40</sup>, y dogmáticamente útil<sup>41</sup>.

La perspectiva razonable de la misma, es una perspectiva de fin (o motivación consensuada), que logra engarzar y encauzar toda la realidad que representa el contrato hacia un solo fin, pero no abstracto, sino operativo: es decir, lo que las partes han querido al celebrar el contrato, y que muchos autores con razón lo explican con la idea de la función contractual<sup>42</sup>. Se trata de una idea que aproxima al impulso del acuerdo -motivo inductor conforme con el art. 1467 CC- y al

<sup>39</sup> Un buen trabajo sobre el tema pertenece a Clavería Gosálbez, Luis Humberto, *La Causa del Contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998. Entre nosotros un resumen de las distintas posturas doctrinales, nacionales y extranjeras puede leerse en Saavedra Galleguillos, *El objeto...*, cit., 143-188.

<sup>40</sup> El esfuerzo que entre nosotros ha hecho el profesor León Hurtado, Avelino *La Causa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, *passim*, permite comprobar cómo se establece una doctrina diversa para la causa como presupuesto de existencia del acto o contrato, de la causa lícita, como exigencia de validez del mismo.

<sup>41</sup> Dice a este respecto Scognamiglio, Renato, *Interpretazione del Contrato e Interessi dei Contraenti*, Cedam, Padova, 1992, p 147, "il problema della rilevanza di interessi estranei alla c. d. causa tipica del contratto può trovare una soluzione adeguata solo nell'ambito di una considerazione realistica dell'atto di autonomia privata, attenta alla sua caratteristica essenza di strumento riconosciuto ai privati per disciplinare i propri interessi".

<sup>42</sup> En Italia Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª Ed. (traducción de Martín Pérez), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 132 y ss., concibe la causa como la función que cumple el negocio jurídico, comprendiéndola como la función económico-social; Ferri, *Causa e Tipo...*, cit., pp. 345 y ss., asume que al ser el negocio un acto de autonomía privada los intereses que las partes persiguen tienen naturaleza individual (privada), y la causa tiene un papel cohesionador de sus elementos, indicando el interés que tienen los sujetos, es decir, la función que cumple, pero una función económica-individual, que permite al contrato ser valorado como un todo, es el índice de cómo el reglamento negocial es la expresión objetiva de alguna finalidad subjetiva.

mismo tiempo finalidad buscada, pero práctica<sup>43</sup>, que queda recogida en la formulación jurídica, con la función o funciones logradas con el contrato<sup>44</sup>.

En este sentido, el lenguaje con que se recoge un acuerdo, sea oral o escrito, no logra asir la transformación de la realidad buscada con el contrato, más aún cuando esa transformación de la realidad tiene una naturaleza no jurídica, sino eminentemente económica<sup>45</sup>.

### 3. ACERCA DE LA ESENCIA DE UN CONTRATO

Despejado el punto de que el contrato es un bien, una realidad unitaria, podemos adentrarnos en la determinación de la esencia del contrato, indagación fundamental, para determinar el núcleo verdaderamente intangible del mismo, a la luz de las normas constitucionales (cfr. art. 19 n<sup>os</sup> 24 y 26 CPR).

Efectivamente, con lo que he dicho, puede afirmarse que al analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley que afecte un contrato en curso de ejecución no debe hacerse un estudio individual de cada uno de los derechos y obligaciones que se comprometen, para concluir que, de estar afectándose uno de ellos en su esencia, la ley es inconstitucional. Esta fue la metodología de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la deuda subordinada, y que yo rechazo.

Como he dicho, el contrato es una realidad unitaria y, por lo mismo, debe tratarse cada contrato como un bien protegido, y no como un conjunto de bienes protegidos, en consecuencia, el análisis acerca de la tangibilidad o intangibilidad del mismo debe hacerse bajo la apreciación de esta realidad unitaria.

<sup>43</sup> Cfr. Bianca, Massimo, *Diritto Civile*, 3, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 419-420, "il refferimento alla causa impone di intendere l'atto di autonomia privata nella sua realtà di strumento di finalità pratiche, e di valutarlo giuridicamente tenendo conto di tal realtà".

<sup>44</sup> En Francia esta doctrina fue recientemente planteada por Rochfeld, Judith, *Cause et Type de Contrat*, LGDJ, París, 1999, p. 275: "La cause représente un intérêt raisonnable, typique ou atypique, tel qu'il a pu être isolé jusqu' à présent, mais projeté dans le temps, anticipé, c'est-à-dire une attente. En tant qu'élément de prévision, la cause, reste, en effet, une donnée psychologique. Mais cette donnée se concrétise dans le contenu du contrat et dessine une frontière, non pas entre la formation et l'exécution du contrat, mais entre son contenu et ses effets".

<sup>45</sup> Apoyo doctrinalmente la postura de aquellos que ven en el contrato una realidad de sustrato básicamente económico. El contrato es una operación económica, traducida en términos jurídicos. Por ello, esta realidad que le subyace es la que permite captar su plenitud, su verdadera naturaleza, y ella queda asida con perfección en la causa, en cuanto es evidente que tras el motivo inductor a la celebración de un acto jurídico, si se actúa racionalmente está siempre el objetivo real y concreto buscado por las partes, que en un acto jurídico bilateral, tiene sentido cuando es compartido por los contratantes.

#### 4. METODOLOGÍAS QUE PERMITEN DETERMINAR LA ESENCIA DE UN CONTRATO

Admitido que es posible detectar en cada contrato una realidad unitaria, que ordena el conjunto de derechos y obligaciones que genera, y llamados por el art. 19 n° 26 CPR a descubrir la esencia de un contrato, a fin de describir su núcleo básico intangible, es posible exponer al menos dos métodos básicos.

##### a) La esencia del contrato está en los derechos y obligaciones esenciales: aplicación del art. 1444 del Código Civil

Bajo este criterio metodológico, la esencia de un contrato estaría determinada por aquellas obligaciones sin las cuales el contrato no produce efecto civil alguno, o al menos hace que degenera en otro diferente. Así, cada vez que una ley nueva pretenda desconocer en un contrato algún derecho u obligación que se considere, conforme con este criterio, como formando parte de su esencia, se estaría frente a una ley inconstitucional, de no satisfacer las exigencias constitucionales de una ley expropiatoria<sup>46</sup>.

Pero no quedo satisfecho con una formulación como la que he reseñado, porque al fin esta metodología sólo hace una descripción abstracta de cada tipo contractual, sin capturar la realidad concreta de cada contrato. Es evidente que la esencia de un contrato está determinada<sup>47</sup> por la construcción que las partes han hecho y, por ello, puede perfectamente admitirse que un contrato está ligado esencialmente a una cláusula que en la tipología del art. 1444 CC es una mera cláusula accidental. Así por ejemplo, en un contrato de compraventa,

<sup>46</sup> Nuestros Tribunales han utilizado profusamente el art. 1444 CC. Por ejemplo, en materia de resolución contractual, existen sentencias que sostienen que existe infracción grave, que legitima la resolución, cuando lo que se ha dejado de cumplir es una obligación de la esencia o de la naturaleza del contrato. Ha dicho un fallo: "Si bien es cierto que el artículo 1552 del Código Civil dispone que en los contratos bilaterales "ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos", es indudable que este efecto o sanción, como norma o principio general de la materia, se está refiriendo únicamente a las obligaciones propias de la esencia y de la naturaleza del contrato; pero no a las accidentales que sólo pueden ser establecidas por las partes y cuyos efectos, por lógica consecuencia, son los que las partes determinan. Si el ejecutado alega como incumplidas obligaciones accidentales materia del contrato de la demanda, no podrían tener el efecto que contempla el citado artículo 1552, a menos que las partes lo hubieran pactado expresamente". C. Suprema, 7 mayo 1985. RDJ, t. 82, sec. 1°, p. 27 (C. 2°, p. 28). Como puede apreciarse, el criterio es similar al que estamos estudiando.

<sup>47</sup> Cfr. Rockfeld, *Cause et...*, cit, *passim*,

si se conviene el pago del precio a plazo, claramente el término convenido es un elemento accidental a la luz del art. 1444 CC; sin embargo, puede dicha cláusula ser vital para el comprador y, en este caso, cualquier análisis que concluyera que su afectación por una ley nueva que desconociera el plazo, o lo adelantara, no afectaría la esencia del contrato, sería equivocado.

## b) Las funciones del contrato como esencia del mismo

Una proposición más razonable que explica la esencia de un contrato, me parece, puede encontrarse en la idea de función<sup>48</sup>, pues en la función del contrato puede hallarse su eficacia operativa, y con ella la verdadera finalidad buscada por las partes, la causa al fin<sup>49</sup>.

La función contractual puede encontrarse en el tipo básico del contrato, que puede ser oneroso o gratuito, y desde allí en el tipo legal, para aterrizar en el concreto contrato que se ha celebrado. Naturalmente, en los contratos más peculiares y complejos la función será propia, y por ello es imprescindible una indagación en cada caso particular. En este sentido, la realidad económica como sustrato del contrato y que le da la organización al mismo, será la relevante. La noción de "*economía contractual*", como descripción económica del arreglo, ayudará a explicar cuáles son las matrices fundamentales que explican la esencia del contrato.

Retomando ahora las nociones de causa y objeto del contrato, ambas aproximaciones doctrinales nos pueden ayudar a descubrir la función básica, que aparece como esencial en el contrato. Función que debería ser considerada como su núcleo intangible, y que ninguna ley, ya rija para el pasado (con efecto retroactivo) o para el futuro, podrá afectar, sin comprometer la garantía del derecho de la propiedad (art. 19 n° 24 en relación con el n° 26 de la Constitución).

Con esta perspectiva dogmática es posible determinar el impacto que la modificación introducida por una ley posterior puede causar en un contrato, y así concluir si efectivamente se ha afectado o no el derecho en su esencia, entendido el contrato, en su conjunto, como un bien protegido constitucionalmente por la garantía del derecho de propiedad.

<sup>48</sup> Cfr. López Santa María, *Los contratos...*, cit., pp. 19-24.

<sup>49</sup> Dice Clavería Gosálbez, *La causa...*, cit., "La causa del contrato, en derecho español (y no sólo en él), es la función práctico-social concreta querida por los contratantes al celebrar el negocio, es decir aquello en lo que consienten, comprendiéndose en esta función el motivo determinante común a dichos contratantes o, al menos, admitido por uno al ser pretendido por el otro".



### VIII. UNA NUEVA MIRADA AL ART. 22 DE LA LERL

Poniendo una vez más la mirada sobre el art. 22 de la LERL, puede explicarse el sentido de la primera parte de su disposición.

Desde luego debe decirse que un contrato que no está en curso de ejecución porque se ha cumplido no puede ser afectado por una ley nueva. En efecto, en tal situación el contrato se encuentra agotado jurídicamente, y no podría una nueva ley alterar esa situación. La garantía del derecho de propiedad en este caso opera integralmente. Si el contrato está cumplido, quiere decir que todos los derechos y obligaciones que de él derivaban se han satisfecho, y las partes han consolidado patrimonialmente sus posiciones.

El punto más conflictivo se presenta, en cambio, cuando el contrato está en curso de ejecución, especialmente en aquellos contratos de larga duración. Aquí cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las leyes vigentes al tiempo de su celebración y que el legislador estaría obligado a respetar?

Los autores en general están contestes en que pueden distinguirse en el contrato distintos tipos de leyes que lo regulan.

#### 1. LAS LEYES QUE ORGANIZAN LOS PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DE UN CONTRATO

Nadie podrá dudar que un contrato sólo podrá ser contrastado en su existencia o validez con las normas que rigieron al momento en que el contrato se perfeccionó, pues ellas han sido las únicas que han podido tener en vista los celebrantes para los efectos de celebrar eficazmente un contrato. En consecuencia, no podría una legislación sobreviniente declarar nulo un contrato con efecto retroactivo<sup>50</sup>.

#### 2. LAS LEYES DE UN CONTRATO QUE SON INDISPONIBLES POR LOS PARTICULARES

En lo que se refiere a los efectos del acto jurídico, puede hablarse de unos efectos de orden público, es decir, de normas que son indisponibles para los particulares, y normas de orden privado o disponibles por ellos. Esta distinción le ha servido a la jurisprudencia para admitir la modificación temporal de las reglas que regulan un contrato, basados en que la autoridad tiene derecho a modificar aque-

---

<sup>50</sup> Cfr. Gómez, *Estudio crítico...*, cit., pp. 83-84.

llas normas que en su momento la ley reconoció como de orden público y, por lo mismo, que no estaban a su disposición<sup>51</sup>.

Con todo, debo advertir que la noción de orden público adolece de fuerza dogmática, y urge hacer un estudio más profundo, que le evite convertirse en un instrumento torpe que justifique cualquier afectación del contrato<sup>52</sup>.

### 3. LAS QUE REGULAN SUS EFECTOS

Por reglas que regulan los efectos de un contrato entiendo aquellas que establecen los derechos y obligaciones que del contrato nacen. Y su configuración permite analizar el ámbito constitucionalmente intangible de un contrato, especialmente en el caso de que el legislador se resuelva a dictar una ley con efecto retroactivo. Propongo un análisis funcional de los contratos, detectando así la esencia del contrato.

Un contrato es una realidad unitaria más que un conjunto de derechos y obligaciones, por lo que no puede decirse que todos los derechos y obligaciones que emanan de un contrato, sea directamente o por aplicación de la legislación que la regula (art. 22 LERL), y que estén en proceso de ejecución o cumplimiento, puedan aspirar, como conjunto, al amparo de la garantía del derecho de propiedad. Su protección sólo será eficaz en cuanto dichos derechos y obligaciones formen parte de la fuente que los ha generado, y mientras no se independicen de él. La protección les viene del contrato mismo, que no puede ser afectado en su esencia<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Véase *RDJ*, Tomo LXXXI, 1984, N° 1, Enero-Abril, Sección 2, Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago 23 de enero de 1984, Compañía de Seguros Lloyd de Chile S.A., en la cual se resuelve que las preferencias generales de pago no constituyen derechos subjetivos, que tengan derecho real o personal, sino que simplemente importan un accesorio, una calidad o modo de ser de ciertos créditos, destinados a recibir aplicación no en las relaciones jurídicas existentes entre acreedor y deudor, sino en la pugna suscitada por un acreedor que pretende ser pagado con preferencia a otros sobre el patrimonio de un deudor común.

<sup>52</sup> Un estudio crítico reciente, referido especialmente a la noción de orden público económico desplegado por nuestros tribunales, puede ser consultado en Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 31-64.

<sup>53</sup> En el Mensaje de la Ley existe un párrafo interesante sobre ese punto, dice "En materia de contratos, el proyecto ha rehuido la distinción generalmente aceptada por los juristas franceses entre *efectos próximos* y los *efectos remotos*, o contingentes que aquéllos pueden producir. Esta distinción, a más de oscura y vaga, no parece suficientemente fundada en principios de equidad", tomado de Yáñez, Eliodoro, "Una cuestión transitoria. Breves apuntes sobre el efecto retroactivo de las leyes"; *RDJ*, Tomo I, Sección Derecho, cit, p. 236. Si bien admito que esta frase me niega el ejercicio a la distinción, creo, sin embargo, que la diferencia puede hacerse por razones dogmáticas respecto de lo que es la naturaleza de un contrato.

## IX. CONCLUSIÓN

Una metodología como la propuesta hubiera permitido llegar a una conclusión diversa a la que llegó el voto de mayoría en el caso de la deuda subordinada. La facultad de capitalizar que tenían los accionistas no pudo considerarse como un bien en sí mismo, sino como una facultad accesoria a la posición de accionistas, que, aunque pudo tener importancia económica, no configuraba la función básica del estatuto de accionista, y así su supresión no debió considerarse como una afectación de la esencia del derecho del accionista. Tanto así, que el epílogo de esta historia fue un recurso de protección acogido que intentó el Banco Central en contra de la capitalización que hicieron accionistas clase B del Banco de Chile, al amparo de esta disposición, porque se estimó que habían actuado abusando de su derecho<sup>54</sup>. Si habían abusado de su derecho, quiere decir que ese derecho estaba relativizado a una función superior, que es la matriz de la relación jurídica en cuestión: la función básica del contrato, en nuestro planteamiento.

---

<sup>54</sup> Corte Suprema, sentencia de 22 de abril de 1996, Rol N° 33021, que confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en que en su considerando 24°, párrafo final dice: "A este respecto, es fundamental señalar que el referido contrato de novación no sólo tiene su origen en la ley N° 18.401, sino que además, se remite expresamente a su artículo 10, que es donde se expresa claramente, como ya se ha dicho, que las facultades que allí se otorgan, no pueden comprometer el cumplimiento del pago de la obligación de cartera vencida, hoy deuda subordinada"; y agregó el considerando 25°: "Que establecido que los recurridos al proponer y acordar una capitalización desviándose del sentido y espíritu tenido en cuenta por el legislador en las situaciones excepcionales en que se dictaron las leyes N°s. 18.401 y 18.801, ya que dicho acuerdo se adoptó para el solo efecto de procurar una situación de especulación favorable a los intereses económicos de unos pocos accionistas y en contra de los del propio Banco Central de Chile, corresponde determinar si el abuso del derecho, advertido precedentemente importa además una ilegalidad o arbitrariedad en los términos señalados en el art. 20 de la Constitución Política y que sirva para la procedencia del recurso de protección". La sentencia *in extenso* puede verse en [www.Lexisnexis.cl/jurisprudenciaonline](http://www.Lexisnexis.cl/jurisprudenciaonline).

# LA DEFINICIÓN DE CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO Y SU RECEPCIÓN DOCTRINAL. COMPARACIÓN CON EL SISTEMA FRANCÉS\*

**HERNÁN CORRAL TALCIANI**

*Doctor en Derecho*

*Universidad de Navarra (España)*

*Profesor de Derecho Civil*

*Universidad de los Andes*

## I. PROPÓSITO DEL ESTUDIO

Una de las condiciones fundamentales para que el diálogo entre juristas de diversos ámbitos y sistemas sea fructífero, es la claridad sobre el contenido y alcance de los conceptos, nociones y categorías generales necesarias para el análisis y la construcción dogmática. Uno de los riesgos que acecha a la comunicación fluida entre juristas reside en utilizar la misma expresión verbal con un sentido técnico-jurídico diverso.

Curiosamente, es lo que sucede con el término "contrato", noción medular en todos los sistemas de raíz romanista. No se trata de una cuestión meramente idiomática, sino conceptual. Cuando realicé mi doctorado en la Universidad de Navarra en España pude advertir que el concepto español de contrato era diferente al que yo había aprendido de mis maestros en las aulas chilenas. Posteriormente, durante una estadía en la Università degli Studi di Roma La Sapienza pude constatar que el concepto de contrato del Derecho civil italiano coincidía más con el español que con el chileno.

---

\* El texto corresponde a la ponencia presentada por el autor en el Congreso Internazionale "La Formazione del sistema giuridico latinoamericano: Codici e giuristi" (Amalfi, mayo del 2001), publicado en la revista italiana *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 12, 2001, pp. 131-155.

El estudio que queremos presentar ahora tiene un objetivo modesto: analizar la definición de contrato que da el Código Civil de Bello, y explicar su diferencia con la noción que parece prevalecer en los países europeos de la familia latino-continental, con la excepción de Francia. Siendo la noción de contrato que usa el Código Civil de Chile coincidente con la que utiliza el *Code* napoleónico, nos ha parecido interesante hacer un ejercicio comparativo entre la forma en que ambas definiciones han sido recepcionadas por las opiniones de los comentaristas y juristas de estos dos ordenamientos.

Para comenzar se hace necesario reseñar brevemente el marco general en el que se genera la definición legal de contrato, y que constituye el ámbito en el que se desenvuelve la libertad de actuación privada. Los Códigos Civiles se orientan en dos direcciones: algunos centran la regulación en un concepto unitario y general de contrato, y otros prefieren subir a una categoría aún más genérica que engloba toda declaración de voluntad con consecuencias de Derecho, y que recibe el nombre de "negocio jurídico".

## II. EL MARCO GENERAL DE REGULACIÓN: NEGOCIO JURÍDICO Y CONTRATO

Como es sabido, el Código de Napoleón reglamentó los contratos en el libro dedicado a los modos de transferir la propiedad (libro III "*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*"). El contrato es entendido como un instrumento técnico idóneo para hacer realidad el ideario revolucionario de movilizar la riqueza. Contrato y propiedad son conceptos que se presentan como funcionalmente conectados. No es casualidad que los redactores del Código hayan roto con el sistema romano de adquisición del dominio basado en el esquema dual de título y modo, para otorgar al contrato la misión de trasladar directamente la propiedad.

El contrato es el modelo paradigmático de todas las actuaciones jurídicas privadas. Por eso el título III del libro III se denomina "*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*". En los capítulos I y II de este título se contiene una regulación del concepto de contrato, sus clasificaciones y condiciones de validez: capacidad, objeto y causa. Los preceptos se refieren al contrato o a veces también al término "*convention*" (arts. 1108, 1110, 1111, 1116, 1117, 1118, 1126, 1128, 1132). No se incluyen, entonces, en esta regulación los actos testamentarios ni las donaciones (reglamentados especialmente en los títulos I y II) ni los llamados actos unilaterales que producen efectos jurídicos sin intervención de convención o acuerdo, y cuyo tratamiento jurídico se deja reservado a la doctrina.

En contraposición a esta forma de normar las actuaciones jurídicas, se presenta otra que tiene sus orígenes en la ilustración alemana y que se reflejará posteriormente en la obra sistematizadora de los pandectistas. Se trataba de buscar un instrumento técnico más genérico que el de contrato para englobar las formas de relación entre los otros dos macroconceptos civilísticos: las personas y las cosas. Este concepto parece encontrarse en el de "promesa" que aparece ya en la obra de Grocio<sup>1</sup>, luego se centrará en la idea de acto jurídico o declaración de voluntad (*Willenserklärung*) en el Código prusiano de 1794 (I, 4) y, finalmente, desembocará, por la influencia de la doctrina de Savigny, en el concepto de "negocio jurídico" (*Rechtsgeschäfte*), del cual la declaración de voluntad pasará a desempeñar el rol de elemento formativo<sup>2</sup>. El Código Civil alemán (*B.G.B.*) recogerá esta doctrina de las *Pandectas* de Windscheid. De esta manera, el tratamiento sistemático de las actuaciones jurídicas se separa tanto de la propiedad como de las obligaciones, para pasar a componer junto con las personas y las cosas una porción del libro I dedicado a la "parte general" (§§ 104 y ss.). El contrato es así regulado como una subespecie del negocio jurídico (§§ 145 y ss.).

Estos dos modelos codificadores: la tradición francesa del contrato y la alemana del negocio jurídico, han ejercido su influencia en los Códigos Civiles americanos. Los primeros Códigos, que receptaron casi íntegramente el Código francés, como el Código de la Louisiana (1808 y 1825), el de Haití (1825), el de Bolivia (1830), de Costa Rica (1841) y el de República Dominicana (1845), siguieron obviamente la tradición del contrato. Lo mismo sucede con el Código Civil de Perú de 1852 y el Código Civil uruguayo de 1868. En cambio la doctrina del negocio jurídico fue recogida por el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield (1870) y por el Código Civil de Brasil de 1916. Más recientemente ha sido aceptada por el Código Civil de Perú (1984) y el de Paraguay (1985)<sup>3</sup>.

En esta disyuntiva, el Código Civil chileno de 1855 intentó una tercera vía. Como en otras materias (por ejemplo, en lo referido a presunción de muerte por desaparecimiento), Bello pretendió forjar una fórmula sincrética entre la doctrina del contrato que le era más familiar (a través del Código francés y sus principales comentaristas) y la por

<sup>1</sup> H. Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz*, trad. J. Torrubiano, Madrid, 1925, t. II, lib. II, cap. XI, pp. 170 y ss.

<sup>2</sup> H. Hattenhauer, *Conceptos fundamentales de Derecho Civil*, trad. P. Salvador, Ariel, Barcelona, 1987, p. 70.

<sup>3</sup> I. Lucidi, "La recezione del negozio giuridico in altri paesi" en *Atlante di Diritto Privato Comparato*, Bologna, 1992, pp. 59-65.

entonces novedosa teoría de la declaración de voluntad que planteaba Savigny en su *Sistema de Derecho Romano Actual*. Esta decisión, sin embargo, no fue adoptada en el inicio de la redacción del Código, sino bastante avanzado ese proceso. En efecto, es claro que estaba afirmada la idea de seguir la tradición francesa del contrato en las primeras versiones que se conservan del libro de las obligaciones y contratos (Primer Proyecto, atribuido erróneamente a Egaña; Proyecto de 1841-1845; Proyecto de 1846-1847 y Proyecto de 1853). El giro hacia la idea del negocio jurídico aparece en el llamado Proyecto Inédito (resultado de la revisión del texto de 1853), en el cual, a los preceptos ya afinados sobre la base de la figura del contrato, se superpone ahora una categoría más amplia: la del "acto voluntario", que sigue sin embargo dentro del Libro IV, el que continúa con el epígrafe "De las obligaciones en general y de los contratos". En el Código aprobado se da un paso más al sustituir la expresión "acto voluntario" por la expresión "acto o declaración de voluntad", pero sin que esa nueva terminología influya en el contenido de la normativa, que se mantiene estructurada sobre la base del convenio bilateral que produce obligaciones, esto es, del contrato. Una prueba para graficar lo dicho: hasta el Proyecto de 1853, para determinar los requisitos del convenio obligatorio, se había redactado una norma siguiendo la huella del art. 1108 del *Code*, cuyo encabezamiento rezaba: "todo contrato supone el consentimiento de las partes; y para que este consentimiento sea válido, es necesario:..." (art. 1626); en el Proyecto Inédito la norma aparece, ahora siguiendo las enseñanzas de Savigny, como "Para que los actos voluntarios produzcan efectos civiles, es necesario:..." (art. 1626). La moderación del acogimiento de la terminología propia de la tradición del negocio hará que en definitiva la norma sea redactada del modo siguiente: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:..." (art. 1445). Más allá de la terminología amplia: acto o declaración de voluntad, el artículo supone bilateralidad y efecto obligacional, lo que restringe la amplitud que se pretendía concederle<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> A. Guzmán Brito, "Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (II). El sistema y el vocabulario de la negocialidad jurídica en las codificaciones americanas", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIX, 1997, pp. 9-10, sostiene que "pese a la terminología de 'actos y declaraciones de voluntad' empleada por el Código Civil en el tít. 2º del libro IV, esta parte, en realidad continúa tratando de los contratos. Así, aunque terminológicamente ese cuerpo legal se situó en la tradición 'del acto o negocio jurídico', sustancialmente continuó asentado en la tradición 'del contrato'".

De alguna manera, la recepción limitada de la terminología del negocio jurídico la imponía el estado de desarrollo de la obra. El Código estaba ya redactado en un título preliminar y cuatro libros, el último de los cuales intentaba regular las obligaciones y los contratos típicos. Si se hubiera querido acoger plenamente la teoría del negocio jurídico habría que haber desarmado esa sistemática para ensayar otra en la que el acto o negocio pudiera regularse como categoría general de todo el Derecho Civil. A esas alturas se trataba de una opción demasiado traumática, todavía para una idea que en ese momento no tenía la elaboración y refinamiento que adquiriría después. Bello optó por una solución moderada: retocar los preceptos de los actos que estaban bajo el marco de "fuentes de obligaciones" para otorgarles una amplitud mayor poniendo en paralelo a la noción de contrato el concepto de acto o declaración de voluntad<sup>5</sup>.

### III. RESEÑA HISTÓRICA ACERCA DE LA DEFINICIÓN DE CONTRATO

#### 1. EL SURGIMIENTO ROMANO DEL "CONTRACTUS"

La primera formulación de una noción de "*contractus*" (literalmente "contraído") pertenece a Labeón, según refiere un libro de Ulpiano del que da cuenta un fragmento del Digesto: "*contractum' autem ultro citroque obligationem*" ("contrato' significa obligación de una y otra parte") (D. 50. 16. 19)<sup>6</sup>. Esta relación obligacional bilateral ("lo contraído") provenía de negocios formales o de algunos convenios consensuales pero típicos (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). Sólo ellos producían acción civil para exigir el cumplimiento. Se integran también al "*contractus*" negocios que parecen unilaterales pero que en definitiva se les asimila a los bilaterales (*do ut des o do ut facias*)<sup>7</sup>. Pero originalmente, el concepto cubre igualmente relaciones

<sup>5</sup> La solución permitirá luego a la doctrina chilena elaborar una completa doctrina del acto o negocio jurídico tomando elementos de aquellos preceptos formalmente liberados de la conexión estricta con el contrato.

<sup>6</sup> La definición de Labeón identifica el "*contractus*" romano con el "*synallagma*" griego, distinguiéndolo así del "acto" y del "gesto". Sobre esta materia, hemos tenido a la vista principalmente a A. Guzmán Brito, *Derecho privado romano*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. I, pp. 709 ss.

<sup>7</sup> Ulpiano reseña la doctrina de Aristón y Mauriciano (D. 2. 14. 7. § 2) según la cual la existencia del "*contractus*" en los convenios típicos (compra, venta, locación, mandato y sociedad), no excluía que se diera acción a negocios en los que existía una causa, como por ejemplo "si te di una cosa para que me dieses otra, o bien te la di para que me hagas algo". En tales casos, se afirma que hay un *synallagma* (prestaciones recíprocas) que produce obligación civil.



obligacionales bilaterales que no tienen origen convencional, como la tutela o la gestión de negocios<sup>8</sup>.

La noción de "*contractus*" adquiere mayor autonomía en la época postclásica, cuando Gayo excluye de su ámbito estas otras relaciones recíprocas y obligatorias que le eran afines, como el pago de lo no debido, la gestión de negocios, la aceptación de un legado obligacional y la tutela. Estas obligaciones, según Gallo, no nacen del *contractus* sino "*ex varitis causarem figuris*" (D. 44. 7. 1. pr.). En la recopilación justiniana aparecerá ya la división entre obligaciones que nacen "*ex contractus*" y obligaciones que nacen "*quasi ex contractus*" (Inst. J. 3. 13.2).

Sin embargo, para los romanos el concepto abstracto y unitario del contrato permaneció desconocido. Son actos solemnes y rituales o algunos consensuales pero regulados expresamente los que pueden producir obligaciones *ex contractus*. Las promesas o acuerdos que no tengan prefigurado un tipo legal reciben el nombre de "pactos" que, como tales, no generan obligaciones ni dan acción para exigir su cumplimiento, aunque puedan a veces alcanzar alguna protección judicial atenuada.

## 2. LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO ABSTRACTO DE CONTRATO

Será en el medioevo donde el concepto de contrato adquirirá caracteres de generalidad. Primero los glosadores y luego los comentaristas del Derecho común irán forjando nuevas formas de protección a los pactos (se distinguirá entre pactos vestidos y no vestidos) y atenuando la formalidad de la *stipulatio*. Por su parte, los canonistas se orientarán también a reconocer en las promesas voluntarias un efecto vinculante fundados en la lealtad debida a la palabra empeñada. Se sentarán así las bases del concepto de contrato como categoría jurídica general y abstracta<sup>9</sup>.

Estas ideas serán luego recogidas, aunque asumiendo una matriz filosófica bien diversa (la del humanismo racionalista), por los cultores de la Escuela de Derecho Natural, quienes verán en la voluntad individual la fuente legitimadora de todo vínculo, incluido el social<sup>10</sup>. El

<sup>8</sup> Aunque hay indicios de que ya en la época clásica se comienza a descubrir el aspecto subjetivo del *contractus*: Ulpiano recoge el "*elegantur dicitur*" de Pedio que afirmaba que todo contrato "*habeat in se conventionem*" (D. 2. 14. 1. § 3). Cfr. M. Kaser, *Derecho romano privado*, trad. J. Santa Cruz, Madrid, 1982, p. 176.

<sup>9</sup> Cfr. E. Bussi, *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune (Diritti reali e Diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, pp. 217 y ss. y 231 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 7ª edic., Roma-Bari, 2000, p. 251.

concepto de contrato como negocio convencional capaz de generar obligaciones y que agrupa una cantidad de negocios típicos está dispuesto para recibir la sistematización dogmática de la doctrina francesa precodificadora.

### 3. POTHIER Y EL *CODE NAPOLEÓN*: EL CONTRATO COMO CONVENCION OBLIGACIONAL

En la tradición del Derecho natural racionalista, la concepción del contrato como convención obligacional es depurada técnicamente por los juristas franceses del siglo XVIII que forjarían toda una nueva nomenclatura, la que cristalizará en el proceso codificador. Domat y luego Pothier destacarían los tres elementos del contrato: pluralidad de partes, acuerdo de voluntades y efecto obligacional. Domat escribió: "Llámanse convenciones las obligaciones que se forman por el mutuo consentimiento de dos o más personas, que se comprometen recíprocamente a cumplir lo que cada una ha prometido"<sup>11</sup>. En su opinión, la noción de convención es la más amplia y comprende toda clase de pactos y contratos: "La convención es el consentimiento de dos o más personas al objeto de obligarse, o de disolver o cambiar la obligación ya contraída"<sup>12</sup>.

Pothier trata de los contratos en su *Tratado de las Obligaciones*, y lo hace bajo el concepto genérico de convención: "*Un contrat est une espèce de convention*" aseverará en el número que se titula "¿Qué es un contrato"<sup>13</sup>. Definirá la convención o pacto como "el consentimiento de dos o muchas personas, para formar entre ellas algún compromiso [*engagement*], o para resolver uno precedente o para modificarlo"<sup>14</sup> y el contrato como "la especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso"<sup>15</sup>. Destaca que ya no puede distinguirse como en el Derecho romano entre contratos y pactos y que el contrato debe ser definido como "una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solamente una de las dos, prometen y se comprometen [*engagement*] hacia la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer alguna cosa"<sup>16</sup>. Pothier coloca así el acento en el "compromiso" ejecutable jurídicamente que es el objeto del contrato.

<sup>11</sup> J. Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. F. Vilarrubias y J. Sardá, 2ª edic., Barcelona, 1944, t. I, Parte 1ª, libro I, p. 121.

<sup>12</sup> J. Domat, *Las leyes civiles* cit., p. 122.

<sup>13</sup> R. Pothier, *Traité des obligations* n° 3, en *Oeuvres complètes de Pothier*, Paris, 1830, t. I, p. 411.

<sup>14</sup> R. Pothier, *Traité des obligations* cit., n° 3, t. I, p. 411.

<sup>15</sup> R. Pothier, *Traité des obligations* cit., n° 3, t. I, p. 411.

<sup>16</sup> R. Pothier, *Traité des obligations* cit., n° 3, t. I, pp. 411-412.

Por ello distinguirá el contrato de aquellos compromisos que se hacen sin intención de dar al beneficiario el derecho de exigir el cumplimiento, por ejemplo, si un padre promete al hijo un viaje de vacaciones si aprovecha bien su tiempo de estudio. En tal caso, dirá el jurista francés, "es evidente que el padre, al hacer esa promesa, no ha entendido contraer hacia su hijo un compromiso [*engagement*] propiamente dicho"<sup>17</sup>.

Los codificadores acogerán plenamente el concepto de contrato de Pothier, pero en vez de "comprometer" preferirán el verbo "obligar": "*Le contrat est une convention par laquelle une o plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à en pas faire quelque chose*" ("El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia una o más personas, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa") (art. 1101 *Code*).

Así quedan fuera del concepto de contrato los actos unilaterales y los bilaterales cuyo objeto no sea generar una o más obligaciones.

#### 4. LA REACCIÓN DE SAVIGNY Y DE LA PANDECTÍSTICA: CONTRATO Y RELACIÓN JURÍDICA

Frente a este concepto clásico de contrato como convención obligacional reaccionaría Savigny en su *Sistema de Derecho Romano Actual*. Para Savigny el contrato viene a ser una especificación más en la triada: hecho jurídico, acto libre y declaración de voluntad. El contrato (*Vertrag*), dirá, "es la más importante y variada" de las declaraciones de voluntad<sup>18</sup>. El contrato se construye sobre la base de cuatro elementos: pluralidad de partes, acuerdo de voluntades, manifestación de la misma, y una relación de derecho que las ligue personalmente. La definición que ofrece es la siguiente: "Contrato es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas"<sup>19</sup>. Ya no se trata de generar una obligación como decían las fuentes romanas, o un compromiso como afirmaba Pothier, sino de regular una relación jurídica existente entre las partes. Insiste Savigny en que los antiguos doctores yerran al restringir el concepto de contrato, por cuánto no pueden incluir en esa categoría la convención que transfiere la propiedad (tradición) ni

<sup>17</sup> R. Pothier, *Traité des obligations* cit., n° 3. t. I, p. 412.

<sup>18</sup> F. v. Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, versión española de la trad. francesa de M. Guenoux, por J. Mesía y M. Poley, Madrid, 1879, t. II, p. 353.

<sup>19</sup> F. v. Savigny, *Sistema* cit., t. II, p. 354. La traducción francesa (*Traité de Droit Romain*, Paris, 1845, t. III, p. 324) señala en realidad que el acuerdo recae sobre "*une déclaration de volonté commune*".

el pacto conyugal. Para Savigny tan contrato es la compraventa que crea la obligación de transferir la cosa, como la tradición que opera tal transferencia: "La tradición es un contrato verdadero, porque contiene todos los elementos del contrato; en efecto, vemos el acuerdo de dos voluntades para transmitir la posesión y la propiedad de una cosa y para las partes contratantes un cambio en sus relaciones de derecho"<sup>20</sup>. De igual modo las convenciones de Derecho de familia que tienen por objeto regular o modificar el estado civil, como el matrimonio, la adopción y la emancipación, caen también dentro del concepto amplio de contrato<sup>21</sup>.

El Código prusiano de 1794 (*A.L.R.*) recibirá esta doctrina al conceptualizar el contrato como "el consentimiento mutuo para la adquisición o enajenación de un derecho" (Parte 1, título 5, § 1). El *B.G.B.*, por el contrario, no definirá el contrato, pero sus comentaristas adoptarán el concepto amplio de Savigny<sup>22</sup>.

##### 5. RECEPCIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS: ESPAÑA, ITALIA, ARGENTINA Y PERÚ

La influencia francesa y germánica se ha desplegado tanto en la regulación de las actuaciones privadas (según el contrato o el negocio jurídico) como en el distinto concepto de contrato que ambas asumen.

En España, el Código Civil de 1889 seguirá el esquema francés y, en consonancia con él, definirá el contrato como convención obligacional: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de una u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (art. 1254)<sup>23</sup>. A la inversa, en Argentina, al seguirse la tradición del negocio jurídico, la definición de contrato es abierta

<sup>20</sup> F. v. Savigny, *Sistema* cit., t. II, p. 356. Refiere que ya antes Puchta (*Lehrbuch der Pandekten*, 1838, § 237) reconocía la significación más general de la palabra contrato.

<sup>21</sup> F. v. Savigny, *Sistema* cit., t. II, pp. 355-356. Insiste en esta idea en su tratado de las obligaciones. No obstante, los traductores franceses prefieren traducir el vocablo alemán *Vertrag* como *convention*, a menos que se trate del acuerdo fuente de obligaciones caso en el cual lo traducen por *contrat* (Cfr. F. v. Savigny, *Le Droit des obligations*, trad. G. Gérardin y P. Jozon, París, 1863, t. II, § 52, p. 141, nt. 1).

<sup>22</sup> Cfr. C. Witz, *Droit Privé Allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, París, 1992, p. 117; K. Larenz, *Derecho Civil. Parte general*, trad. M. Izquierdo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pp. 429-430.

<sup>23</sup> El precepto fue tomado del Proyecto de García Goyena que daba la siguiente definición: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (art. 973) (F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, t. III, p. 3). Es curioso, no obstante, cómo la doctrina española se ha ido distanciando del precepto legal: en un principio se aceptaba la noción legal de contrato como convención obligacional (Cfr. F. Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, 2ª edic.,

como la propiciada por Savigny: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos" (art. 1137)<sup>24</sup>.

Hay casos en los que se elige el esquema francés de regulación sobre la base del contrato, pero en cambio se acoge el concepto amplio de éste. El Código italiano de 1865, aunque muy fiel al *Code napoléonico*, define el contrato como: "El acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o resolver un vínculo jurídico entre las mismas" (art. 1098). Esta tradición se mantendrá en el Código Civil de 1942, aunque se restringirá el objeto del contrato a las relaciones patrimoniales: "*il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*" (art. 1321).

El Código Civil peruano de 1984 adopta prácticamente el mismo concepto: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (art. 1351), pero lo hace después de haber recogido la teoría del negocio o acto jurídico (arts. 140-232).

#### IV. LA OPCIÓN DE ANDRÉS BELLO. EL CONCEPTO LEGAL DE CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

##### 1. PRIMEROS PROYECTOS: SEGUIMIENTO DEL MODELO FRANCÉS

Ya hemos visto que en los primeros proyectos Bello se inclinaba decididamente por seguir el modelo francés del contrato. No sorpren-

---

Madrid, 1891, pp. 137 y 140-141; J. Manresa y Navarro, *Comentarios al Código Civil español*, 3ª edic., Madrid, 1918, t. VIII, pp. 612-613; Q. Scaevola, *Derecho Civil*, 2ª edic., Madrid, 1958, t. XX, pp. 556-558; C. Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, 3ª edic., Cuesta, 1926, t. III, p. 224; A. Gimeno Linares, "Del concepto del contrato", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* t. CLVII, 1930, p. 268). Pero luego se deja sentir la influencia germánica. Serán justamente los traductores y anotadores del Tratado de Enneccerus los que señalen que el texto del art. 1254 del Código Civil no se opone a considerar contrato la convención que modifica o extingue obligaciones (*Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1933, t. I, p. 143). Castán reproducirá todas las tendencias y se inclinará por la noción amplia de Pérez y Alguer (J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil español común y foral*, 10ª edic., Madrid, 1967, t. III, pp. 370). Esta noción es la que prevalece en la doctrina moderna, la que relega la descripción del art. 1254 a una configuración "tradicional o clásica del contrato" y lo define como "todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 5ª edic., Madrid, 1996, pp. 118 y 123).

<sup>24</sup> En nota al art. 1137, Vélez Sarsfield cita el pasaje del Sistema de Savigny en que señala que el objeto del acuerdo debe ser "una relación de derecho".

de, en consecuencia, que recogiera como modelo la definición del art. 1101 del *Code*. En el Primer Proyecto de Código Civil, el libro de "Los contratos y obligaciones convencionales" se inicia con un título I dedicado a las "definiciones", y la que encabeza la lista es la de contrato: "Contrato es una convención por la cual una parte (que puede ser una o muchas personas) se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (art. 1). En términos idénticos, aunque escribiendo en cursiva la palabra "contrato", se la encuentra en el art. 1 del tít. I del libro "De los contratos y obligaciones convencionales" del Proyecto 1841-1845. La originalidad de Bello, respecto del *Code*, consiste en introducir el concepto técnico de "parte", si bien especificando que una parte puede estar constituida por una pluralidad de personas<sup>25</sup>.

En el Proyecto 1846-1847 se observan leves retoques en la definición, la que sigue abriendo el título dedicado a las definiciones del libro "De los contratos y obligaciones convencionales": "Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas" (art. 1). El cambio consistió en haberse extraído la frase aclaratoria relativa a la pluralidad de personas de los paréntesis para colocarla a continuación de la definición tras punto seguido, con lo cual se amplía su alcance a ambas partes del contrato.

## 2. PROYECTOS DE 1853 E INÉDITO: EL GIRO HACIA EL ACTO JURÍDICO

En el Proyecto de 1853 se produce una reforma de mayor envergadura. El contrato no es definido como una convención, sino como "un acto". El término convención pasa a ser considerado sinónimo de contrato: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas" (art. 1615). En este cambio se insinúa la influencia de Savigny y su teoría del acto libre y de la declaración de voluntad<sup>26</sup>. Por otro lado, al presentar como términos

<sup>25</sup> Es así más fiel a Pothier y corrige en este aspecto la definición del art. 1101 del Código francés.

<sup>26</sup> Así lo ha sostenido A. Guzmán Brito, "Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República (II). Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del 'Código Civil de Chile' y de sus proyectos", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, t. II, 1977, p. 129, y del mismo autor "Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República (VI). Sobre las fuentes del tít. 1º del lib. 4º del 'Código Civil de Chile' y de sus proyectos", en *Revista de Derecho* (U. Católica de Valparaíso), t. I, 1977, pp. 18 y 30.

equivalentes contrato y convención, Bello parece haber seguido la doctrina de Delvincourt en su *Cours de Code Civil*, que ciertamente consultó en estas materias<sup>27</sup>. Delvincourt, al comentar el art. 1101 del *Code*, señalaba: "*Le contrat est une convention*" y aclaraba que es necesario que exista "*animus contrahendae obligationis*", puesto que a menudo sucede que haya consenso entre varios "sin que haya por ello convención en el sentido del derecho, es decir convención obligatoria"<sup>28</sup>.

Será en el Proyecto Inédito (resultado de la revisión del Proyecto de 1853) cuando más se siente la influencia de Savigny. De esta forma el libro IV cambia de denominación para adquirir la definitiva "De las obligaciones en general y de los contratos", y la definición de contrato ya no es el primero de sus preceptos, sino el segundo, dejando lugar a un artículo que dispone sobre las fuentes de las obligaciones: "Las obligaciones nacen o de la ley, o de los actos y declaraciones voluntarios del hombre, como el testamento, la donación, un contrato, la aceptación de una herencia o legado" (art. 1615). Tras ello, se mantiene la definición de contrato del Proyecto anterior (art. 1615).

### 3. TEXTO APROBADO: EL ART. 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

En el Proyecto sometido a la aprobación del Congreso, la norma inicial toma una forma distinta, acogiendo la tesis romana de las fuentes de las obligaciones: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos, ya por

<sup>27</sup> Se ha constatado la influencia notoria de Delvincourt en la redacción de los artículos 1444, 1451, 1457, 1461, como en otras disposiciones del título II del libro IV. Cfr. J. Barrientos, "Fuentes del título 'De los actos y declaraciones de voluntad' del Código Civil", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (U. Diego Portales) 28 (s.d.), pp. 43-90. Por otro lado, es interesante hacer notar que en las Instituciones de Derecho Romano que Bello escribió como Manual de su Curso en la Universidad de Chile, se define la convención como "el consentimiento de dos o más personas que se avienen sobre algo que deben dar o hacer" (*Instituciones de Derecho Romano*, 3ª edic., Santiago, 1878, p. 141), tras lo cual señala que se divide en contratos y pactos.

<sup>28</sup> M. Delvincourt, *Cours de Code Civil*, Paris, 1824, t. II, p. 119 (nt. 1, p. 455). Una idea parecida recogen los anotadores de la obra de Zachariae, Massé y Vergé, quienes advierten que "en el lenguaje ordinario e incluso en el de la ley, se llega alguna vez a dar a la palabra convención el mismo sentido que a la palabra contrato, y de emplear indistintamente una u otra" (G. Massé y Ch. Vergé, en Zachariae, K. S., *Le Droit Civil Français*, Paris, 1857, t. III, § 610, p. 348, nt. 1).

disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia" (art. 1437).

La definición de contrato del artículo siguiente se mantiene reforzada ahora por la norma anterior: "*Contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas" (art. 1438).

#### 4. FUENTES DEL PRECEPTO DEL ART. 1438

De lo reseñado podemos afirmar que las fuentes directas del precepto son la doctrina de Pothier, el art. 1101 del Código Civil francés y el comentario de Delvincourt. El uso de la palabra "acto" induce también a pensar en la influencia de Savigny<sup>29</sup>. Esta última conclusión no es del todo segura, ya que puede haberse debido a la necesidad de uniformar el precepto con otros del Proyecto de 1853, en los que la palabra "acto" está tomada en un sentido genérico (arts. 20, 916 N° 4). Es de destacar que en dicho proyecto tanto la definición de testamento (art. 1162) como de donación (art. 1565) tiene su núcleo en la expresión "acto"<sup>30</sup>. Nos parece que la decisión primera fue la de identificar los conceptos de "contrato" y "convención", y que ella generó la necesidad de buscar otro vocablo para designar el género del contrato, que naturalmente fue la expresión que ya se utilizaba en su sentido amplio para comprender diversas actuaciones jurídicas privadas: acto.

### V. COMPARACIÓN ENTRE LA RECEPCIÓN DE LAS DEFINICIONES DE CONTRATO EN LA DOCTRINA FRANCESA Y CHILENA

#### 1. CONTRATO Y CONVENCION

Los juristas franceses han tenido que enmarcar el contrato dentro del concepto de convención, ya que el art. 1101 del *Code* señala que

<sup>29</sup> Bello utilizó la traducción francesa de Guenoux (*Traité de Droit Romain*, Paris, t. III, 1845), en la que se traducen los conceptos de Savigny como "*fait juridique*", "*acte libre*" y "*déclaration de volonté*".

<sup>30</sup> Para S. Schipani, "Del Derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: La obra de Andrés Bello. Pluralidad de fuentes del tít. 1 del lib. IV del 'Código Civil de Chile' y de sus proyectos", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, t. VI, p. 174, Bello más que reproducir en la definición el concepto de declaración de voluntad de Savigny parece haber querido elaborar, en el marco de una coherencia terminológica conceptual, un concepto jurídico más alto y vasto, capaz de incluir como especies el testamento, la donación y el contrato.



aquel es precisamente "una convención". Sin embargo, la relación "contrato-convención" no fue siempre entendida de manera uniforme.

En los primeros comentaristas parece ya haber dos grandes orientaciones. En primer lugar, hay quienes centran la distinción entre los conceptos de contrato y de convención en la eficacia jurídica y vinculante que pueden tener los acuerdos, de modo que el género convención designaría todo tipo de convenios, fueran o no vinculantes, mientras que el contrato sería aquella convención en la que las partes han querido comprometerse jurídicamente. Se suelen citar así dos párrafos del Digesto: "*pactio isduorum pluriumve in idem placitum consensus*" (mera convención) y "*animo contrahendae obligationis*" (contrato) (D. 2. 14. 2 y 3). De esta forma se hacen equivalentes los conceptos de "acto vinculante" y "acto productivo de obligaciones". "La palabra convención o pacto es un término general —escribe Rogron— que significa toda especie de acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa, sea con la intención, sea sin la intención de obligarse: *pactio isduorum pluriumve in idem placitum consensus*. El contrato es una especie de convención hecha con la intención de obligarse de manera perfecta: *animo contrahendae obligationis*. Una convención puede no ser obligatoria, el contrato lo es siempre... Como no hay contrato sin acuerdo de dos o más personas, un contrato es siempre una convención; pero una convención no es siempre un contrato, puesto que ella puede no ser obligatoria"<sup>31</sup>. Demolombe por su parte dirá que "Lo que es característico de la convención, que constituye el contrato, es que ella es consentida, como dice Ulpiano, *negotii contrahendi causa...*, con el objeto de crear una o más obligaciones... ¿Dos personas convienen hacer en conjunto un viaje de agrado o instrucción? ¡Esto no es un contrato!"<sup>32</sup>. Delvincourt irá más allá incluso al decir que sólo la convención obligacional es propiamente convención en el sentido jurídico<sup>33</sup>.

Otra vertiente de los primeros comentaristas retomará la relación entre contrato y convención centrada en el contenido de una y otra y suponiendo la ejecutabilidad jurídica de ambas. El contrato es la convención que crea obligaciones. Durantón, por ejemplo, aunque también distinguirá entre la convención no vinculante y el contrato, calificará de convenciones no contractuales pero jurídicas los pactos

<sup>31</sup> J. A. Rogron, *Code Civil*, Bruxelles, 1851, p. 308. Aduce el ejemplo de alguien que se ofrece a acompañar una persona a visitar a un amigo. Lo mismo en la edición de 1873 (p. 1203).

<sup>32</sup> C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1870, t. I, n° 12 y 13, p. 11.

<sup>33</sup> M. Delvincourt, *Cours cit.*, t. II, p. 119.

particulares que se añaden a un contrato y “los actos por los cuales se resuelven o se cambian, según un consentimiento nuevo, los contratos”<sup>34</sup>. Mourlon definirá la convención como “el acuerdo de dos voluntades para producir un efecto de derecho”, a lo que agrega: “Este efecto puede ser, sea la creación de una o más obligaciones, sea la extinción o solamente la modificación de una obligación preexistente, sea... una mutación de la propiedad”. Y a renglón seguido se pregunta “¿Cuál de todas estas convenciones es la que toma el nombre de contrato?... aquella que produce una o más obligaciones”<sup>35</sup>. El jurista belga Laurent asumirá también esta doctrina, aunque no deje de comentar con ejemplos sacados de la casuística forense las promesas realizadas sin intención de obligarse en Derecho<sup>36</sup>.

Serán Aubry y Rau los que fijarán la distinción entre contrato y convención, retomando la tradición de Pothier. Escribirán que “Una convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico” y que “ella puede tener por objeto, sea la formación de una obligación, su modificación o su extinción, sea la traslación de un derecho”. La novedad es que ahora aparece incluido en el contrato el efecto de transferir la propiedad: “La convención que tiene por objeto la formación de una obligación, o la traslación de un derecho, se denomina más especialmente *contrato*”<sup>37</sup>. Citando la definición de Aubry y Rau de convención, y estimando superfluo el añadido del efecto traslativo, Planiol define el contrato como la convención “cuyo carácter propio es ser productiva de obligaciones”<sup>38</sup>. Con las mismas palabras encontramos la definición en el Tratado de Ripert y Boulanger<sup>39</sup>. Jossierand seguirá igual predicamento, y llegará a decir que la remisión de deudas siendo convención no es contrato, sino todo lo contrario<sup>40</sup>.

La mayor parte de los autores insistirá, sin embargo, que la diferencia entre contrato y convención carece de relevancia práctica y que el

<sup>34</sup> Duranton, *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, 3ª edic., Paris, 1834, t. II, Nº 10, p. 7 y Nº 14, p. 9.

<sup>35</sup> F. Mourlon, *Code Napoléon*, Paris, 1868, t. II, nº 1026, pp. 533-534.

<sup>36</sup> F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, Bruxelles-Paris, t. XV (3ª edic., 1878), nº 427, p. 480, y nº 430, pp. 482-485.

<sup>37</sup> Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, Paris, 5ª edic., 1902, t. IV, § 340, p. 466.

<sup>38</sup> M. Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Paris, 2ª edic., 1902, t. II, nº 943, p. 293; también M. Planiol y G. Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français*, Paris, 1930, t. VI, nº 13, p. 17.

<sup>39</sup> G. Ripert y J. Boulanger, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, B. Aires, 1964, t. IV, vol. I, nº 32, p. 35.

<sup>40</sup> L. Jossierand, *Derecho Civil*, trad. S. Cunchillos, Bosch, B. Aires, 1952, t. II, v. I, Nº 13, p. 13. Habla en forma amplia de los contratos como “los acuerdos de voluntades realizados con ánimo de crear derechos” (t. I, v. I, Nº 117, p. 123).

mismo Código utiliza indistintamente ambas expresiones<sup>41</sup>. Se opone Planiol, quien destaca que sí hay diferencias, como por ejemplo en la capacidad, que no es la misma cuando se trata de crear una obligación, que cuando se trata de transmitir un crédito o extinguir una obligación; si bien reconoce que en el régimen de los contratos se encuentra el sistema general por el que se regirá el conjunto de las convenciones<sup>42</sup>.

La doctrina chilena tuvo que enfrentar un texto diferente del francés; mientras en este último el género del contrato es la convención, en la definición chilena el género es "el acto", y la "convención" aparece como sinónimo de "contrato". Debe tenerse en cuenta que según el art. 20 del Código Civil chileno a las palabras que han sido expresamente definidas por el legislador para ciertas materias "se les dará en éstas su significado legal". Los primeros comentarios que se realizan del Código no son más que sistematizaciones que reproducen el texto casi literal de los preceptos del Código y, nada aportan a la comprensión de la definición legal del art. 1438. En ellos no se cuestiona la identificación entre contrato y convención<sup>43</sup>. En algunas obras de más pretensión aparece ya una referencia al problema de la convención, y curiosamente se adopta la primera perspectiva de la doctrina francesa: el contrato se distingue de las convenciones no obligatorias. Robustiano Vera en su *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado* (1896) dirá que "no es verdadero contrato una convención entre dos o más personas sobre hacer o no hacer alguna cosa, pero sin ánimo de obligarse, como de viajar juntas"<sup>44</sup>. Aunque el

<sup>41</sup> Así, A. Colin y H. Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, Dalloz, 3ª edic., Paris, 1921, t. II, p. 257: "Pero esta distinción entre los contratos y las convenciones no tiene más que un interés terminológico; las mismas reglas generales se aplican a los unos y a las otras. E incluso, en muchas materias, el Código emplea indiferentemente una u otra expresión"; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit Civil*, Paris, 1899, 7ª edic., t. II, N° 784, p. 557: "esta distinción entre el contrato y la convención no presenta ningún interés ni teórico ni práctico"; J. Ghestin, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, L.G.D.J., 3ª edic., Paris, 1993, p. 5: "El derecho común del contrato es aquél de la convención".

<sup>42</sup> M. Planiol y G. Ripert, *Traité pratique...* cit., t. VI, n° 13, p. 18.

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, J. V. Lastarria, *Instituta del Derecho Civil chileno*, Santiago, 1863, p. 260: "Se llama contrato o convención un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, pudiendo cada parte ser una o muchas personas"; J. C. Fabres, *Instituciones de Derecho Civil chileno*, Santiago, 2ª edic., 1902, t. II, p. 88: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga expresamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa, a otra parte que acepta. Cada parte puede ser una o muchas personas"; L. Robles, *Concordancias de la Teología Moral con el Código Civil chileno en los Tratados de Justicia, Derecho y Contratos*, Santiago, 1864, p. 117 cita la definición del art. 1438 sin añadir nada.

<sup>44</sup> R. Vera, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado*, Santiago, 1896, t. V, p. 6. En la misma época, A. Sánchez, *Breves explicaciones de los títulos I a XIX y XXI*;

mismo autor también se hará eco de la segunda visión: "Convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y contrato es la convención en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera. Todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato, aunque tenga efectos civiles."<sup>45</sup>

Esta será la perspectiva que se impondrá, a pesar de que contradice el texto del art. 1438 del Código Civil. El mayor de los tratadistas chilenos, Luis Claro Solar, dirá que los actos que requieren el acuerdo de dos o más voluntades constituyen las convenciones, y que "toda clase de relaciones jurídicas puede ser objeto de ellas", mientras que "todo contrato es una convención de una especie particular: tiene por objeto crear un derecho personal, es decir, una relación de derecho entre dos o más personas"<sup>46</sup>.

Más adelante, sencillamente se censura que el Código haya hecho sinónimos contrato y convención y se invoca la autoridad de Pothier. Se conceptualiza la convención como un acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos. Contrato es la convención que crea obligaciones. Se repite lo que ya había asentado la doctrina francesa: "Todo contrato es siempre una convención, pero no toda convención es contrato"<sup>47</sup>. Esta es la posición que se adoptará en la cátedra y en los tratamientos doctrinales posteriores, aunque se justifica que el Código haya incurrido en el error de identificar convención y contrato, ya que las convenciones más frecuentes son los contratos<sup>48</sup>.

Sin embargo, no falta quien convierta la crítica en motivo de elogio. Para Avelino León la identificación de contrato y convención del Código anticipa la tendencia europea de entender en forma amplia el contrato como todo acuerdo de voluntades con algún efecto jurídi-

XXXIX y XXXV del Libro IV del Código Civil, Valparaíso, 1897, p. 7, critica al Código por haber identificado las nociones de contrato y convención. Citando a Pothier, señala que sólo "la especie que tiene por objeto formar algún compromiso es lo que se llama contrato".

<sup>45</sup> R. Vera., *Código Civil* cit., t. V., p. 8.

<sup>46</sup> L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, reimp. 1988, t. XI, N° 681, pp. 8-9.

<sup>47</sup> A. Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, 4ª edic., Santiago, 1932, t. II, p. 14. El Curso da cuenta de la enseñanza del autor en su cátedra ejercida desde abril de 1904.

<sup>48</sup> A. Vodanovic, *Curso de Derecho Civil (basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva)*, Santiago, 1942, t. IV, p. 15-17; A. Alessandri, *De los Contratos*, Santiago, 1993, n° 5, p. 4; R. Domínguez, *Teoría del negocio jurídico*, Santiago, 1977, p. 24; V. Vial del Río, *Teoría general del acto jurídico*, 2ª edic., Santiago, 1991, p. 40.

co<sup>49</sup>. López Santa María, en similar sentido, aunque acepta la crítica por motivos didácticos, recuerda que “son numerosos los ordenamientos en los cuales se identifica el contrato con la convención”, haciendo alusión expresa al Código Civil alemán y al Código Civil italiano<sup>50</sup>. La defensa no deja de ser curiosa pues en el fondo sostiene que el Código Civil chileno amplía el concepto de contrato al asimilarlo a la convención, pero la letra del precepto del art. 1438 más bien demuestra lo contrario, es decir, que se restringe el concepto de convención al hacerla sinónimo de contrato obligacional.

Los autores chilenos coinciden, sin embargo, en sostener que la distinción que puede hacerse “en ciencia pura” entre contrato y convención no tiene importancia práctica, porque las reglas se aplican por igual al contrato obligacional como los demás actos jurídicos bilaterales<sup>51</sup>. Frente a opiniones como la de Planiol que mantiene la importancia de distinguir los conceptos por diferencias como los requisitos de capacidad para celebrar uno u otra, se arguye que aunque esto fuera efectivo “las excepciones no justificarían perseverar en la distinción, toda vez que la mayoría de las normas son comunes al contrato y a la convención”<sup>52</sup>.

## 2. ACTO JURÍDICO Y CONTRATO

Los primeros comentadores franceses no tratan de una categoría más comprensiva y general que la de convención. Aunque hay noticias que ya un autor como Bonnecase<sup>53</sup> había intentado forjar una especie de teoría más general que la del contrato, lo cierto es que ya avanzado el siglo XX la doctrina pandectista del negocio jurídico hará sentir su peso en la dogmática francesa. Aparece entonces como categoría que engloba conjuntamente a los contratos, a las convenciones no contractuales y a las declaraciones unilaterales: la del “*acte juridique*”. Lo encontramos así en la obra de los Mazeaud, los que distinguirán tres conceptos: el acto jurídico, la convención y el contrato. El acto jurídico “es toda manifestación de voluntad que tiene por

<sup>49</sup> A. León Hurtado, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 3ª edic., Santiago, 1979, p. 18.

<sup>50</sup> J. López Santa María, *Los contratos*, 2ª edic., Santiago, 1998, t. I, n° 2, p. 17. También R. Abeliuk, *Las obligaciones*, 3ª edic., Santiago, 1993, t. I, n° 42, p. 51.

<sup>51</sup> L. Claro Solar, *Explicaciones cit.*, t. XI, n° 681, p. 9; Alessandri, A., *De los Contratos cit.*, n° 5, p. 4.

<sup>52</sup> A. León, *La voluntad cit.*, n° 11, p. 18, nt. 1.

<sup>53</sup> Bonnecase, *Suplement au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, n° 336, citado por J. Carbonnier, *Droit Civil*, Puf., 20ª edic., Paris, 1996, t. IV, pp. 53-54.

objeto producir un efecto jurídico”, la convención es una categoría particular de actos jurídicos que supone “un acuerdo que tiene por objeto modificar una situación jurídica: crear, extinguir o modificar un derecho”, y finalmente el contrato es una “convención generadora de derechos”<sup>54</sup>. La noción será también recepcionada por la obra de Savatier, para quien el contrato no es más que la manifestación más frecuente del acto jurídico<sup>55</sup>. No obstante, la construcción de raíz germánica de un concepto unitario omniabarcante de las actuaciones jurídicas privadas, es hasta hoy resistida. Carbonnier, si bien la acepta para introducir el régimen del contrato, señala que los actos no contractuales, con la excepción del testamento que se estudia en el Derecho sucesorio, “ofrecen escasas dificultades y en la práctica pasan desapercibidos”<sup>56</sup>. Ghestin sostendrá que la tradición francesa abona la tesis del tratamiento del contrato como paradigma de la actuación jurídica privada, ya que el contrato parece ser la noción abstracta más idónea para mediar entre los conceptos de obligación y acto jurídico por una parte y los contratos especiales por otra: “Los otros actos jurídicos, cuya importancia práctica es además bastante moderada, pueden entonces ser presentados bajo la forma de reenvíos o de complementos”<sup>57</sup>.

En cambio, salvo en los primeros comentarios exegéticos<sup>58</sup>, la doctrina chilena acogió rápida y unánimemente la doctrina del negocio jurídico. Claro Solar parte de la definición de contrato para extraer la categoría general del “acto” al que aquella definición se remite, y escribe: “Se llaman, en efecto, actos jurídicos, las declaraciones de voluntad que tienen especialmente por fin crear, modificar o extinguir derechos, y entre ellos figura en primera línea el contrato, llamado a crear derechos y obligaciones”<sup>59</sup>. La amplitud del título II del libro IV, que se refiere a los “Actos o declaraciones de voluntad”, así como la existencia de numerosos preceptos que se refieren a “los actos y contratos” han facilitado a la doctrina chilena la adopción de la teoría germánica del negocio jurídico, aunque en la terminología francesa de

<sup>54</sup> H., L. y J. Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, Paris, 1962, t. II, p. 47.

<sup>55</sup> R. Savatier, *La théorie des obligations en Droit privé économique*, Paris, 1979, p. 137.

<sup>56</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil* cit., t. IV, p. 41.

<sup>57</sup> J. Ghestin, *La formation du contrat* cit., p. 2.

<sup>58</sup> Aunque ya pueden encontrarse algunos atisbos. Por ejemplo, Raimundo Vera comenta la palabra “acto” de la definición del art. 1438 diciendo: “Es un acto; se entiende de la voluntad y con deliberación, pues de otra suerte no habría verdadero consentimiento; pero ha de ser manifestado exteriormente o por palabras o por escrito o de otra manera que patentice a la otra parte nuestra intención, porque sin esto no podría acceder el consentimiento de ella” (R. Vera, *Código Civil* cit., t. V, p. 5).

<sup>59</sup> L. Claro Solar, *Explicaciones* cit., t. XI, n° 680, p. 7.

“acto jurídico”<sup>60</sup>. También se ha propuesto cambiar el término de “acto” por el de “negocio jurídico”<sup>61</sup>, pero la propuesta no parece haber prosperado hasta la fecha.

### 3. CONTRATO Y OBLIGACIÓN

En Francia, sólo algunos primeros comentadores criticarán que la definición del Código Civil confunde contrato y obligación. Mourlon, en general, critica a la ley que “por un desgraciado abuso del lenguaje a menudo confunde la obligación con el contrato que le ha dado nacimiento...”<sup>62</sup>.

En Chile esta crítica se dirigirá expresamente a la definición legal del contrato. Se señala que el art. 1438, más que definir el contrato, habría definido la obligación, “porque es en ella, y no en el contrato, en donde el deudor debe dar, hacer o no hacer algo... El contrato es la fuente de la obligación; ésta, su efecto o consecuencia”<sup>63</sup>. Es obvio que se trata de una elipsis del legislador, pero se reconoce que “mejor habría sido que el legislador hubiese dicho que el contrato engendra obligaciones y que éstas tienen por objeto dar, hacer o no hacer alguna cosa”<sup>64</sup>.

### 4. PLURALIDAD DE PARTES

La pluralidad de sujetos es esencial en la convención y por tanto en el contrato. El Código Civil francés habla de “*une o plusieurs personnes*” que se obligan frente a otras tantas. El Código Civil chileno optó por hablar de “dos partes”: una que se obliga para con otra, y aclarar tras punto seguido que “Cada parte pueden ser una o muchas personas”.

La doctrina francesa no ha reparado mayormente en este requisito del contrato. Sólo algunos autores lo mencionan como un rasgo distintivo del acuerdo contractual. En el Tratado de Ripert y Boulanger se advierte que “La noción misma del contrato implica que hay por lo menos dos personas partes del contrato, que tienen la voluntad de crear entre ellas una relación jurídica”, a lo que añaden que “puede intervenir

<sup>60</sup> Cfr. A. Barros, *Curso* cit., t. II, pp. 121 y ss.; V. Pescio Vargas, *Manual de Derecho Civil. Teoría de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, reimp. 1978, t. II., p. 29; V. Vial del Río, *Teoría* cit., pp. 19 y ss.; A. León, *La voluntad* cit., pp. 7 y ss.; A. Alessandri, *De los Contratos* cit., pp. 1 y ss.

<sup>61</sup> R. Domínguez, *Teoría* cit., pp. 23 y ss.

<sup>62</sup> F. Mourlon, *Code Napoléon* cit., t. II, n° 1026, p. 534.

<sup>63</sup> A. Alessandri, A., *De los Contratos* cit., n° 6, p. 5; A. Vodanovic, *Curso* cit., t. IV, p. 17.

<sup>64</sup> J. López Santa María, *Los contratos* cit., t. I, n° 2, p. 18.

un número mayor, sea que haya varios acreedores o varios deudores, sea que el contrato cree una red de obligaciones entre los diferentes contratantes y estas obligaciones no tengan el mismo objeto". Aclaran también estos autores que las partes de un contrato pueden ser personas físicas o morales (jurídicas)<sup>65</sup>.

Se ha puesto de relieve que debe distinguirse, así, el contrato del acto unilateral, que produce obligaciones en casos excepcionales<sup>66</sup>.

La doctrina chilena es aún más parca en relación con este requisito. Llama la atención que los autores no hayan profundizado en el concepto de "parte del contrato" y su distinción con el de "personas". Es más, en las reformulaciones de la definición de contrato se vuelve a la definición francesa y se omite el concepto de parte. Así Alessandri postula que puede definirse el contrato como "el acuerdo de las voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones"<sup>67</sup>. Vial del Río, en cambio, señala que lo relevante es el concepto de "parte" cuyo concepto aglutina a "aquellas personas que teniendo intereses antagónicos o contrapuestos, se ponen de acuerdo para dar nacimiento al acto jurídico bilateral"<sup>68</sup>.

Barros Errázuriz aclara que pueden ser parte de un contrato las personas jurídicas, las que expresarán su voluntad con arreglo a la ley y según el principio de que la voluntad de la mayoría forma la ley para la corporación<sup>69</sup>.

##### 5. RECIPROCIDAD DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES

Respecto de la reciprocidad de las obligaciones se han discutido dos cuestiones en la doctrina francesa. La primera dice relación con una temprana crítica que recibió la definición del art. 1101 en el sentido de comprender sólo los contratos unilaterales: "por el cual una o más personas se obligan para con una o más personas" (art. 1101 CC), mientras que Pothier precisaba que el contrato es una convención por la cual "las dos partes recíprocamente, o sólo una de ellas, prometen y se comprometen..."<sup>70</sup>. Es uno de los reproches que le

<sup>65</sup> G. Ripert y J. Boulanger, J., *Tratado* cit., t. IV, p. 45.

<sup>66</sup> R. Savatier, *La théorie...* cit., p. 142. Se señala, "pero si el compromiso unilateral, en principio, no hace nacer un crédito más que a partir del momento en que es recibido y aceptado por un acreedor, se forma un contrato".

<sup>67</sup> A. Alessandri, *De los Contratos* cit., n° 4, pp. 3-4. Ya antes, en el mismo sentido, R. Vera, *Código Civil* cit., t. V., p. 8. R. Domínguez pone el acento en la existencia de "dos o más voluntades" (*Teoría* cit., p. 26).

<sup>68</sup> V. Vial del Río, *Teoría* cit., p. 39.

<sup>69</sup> A. Barros Errázuriz, *Curso* cit., t. II, p. 15.

<sup>70</sup> R. Pothier, *Traité des obligations* cit., n° 3, t. I, p. 411.



dirige Mourlon<sup>71</sup>. Contesta Demolombe que lo que el legislador ha querido expresar es que el carácter distintivo del contrato es crear obligaciones y, por ello, toda convención que tenga este efecto, sea para una de las partes, sea para una y la otra a la vez, entra en los términos generales de la definición, la que además se complementa con los preceptos que siguen y que distinguen entre contrato unilateral y bilateral<sup>72</sup>.

El segundo problema es la inclusión en la definición de contrato de aquellas convenciones en las que, existiendo pluralidad de partes, no hay intereses contrapuestos entre ellas, sino complementarios hacia un fin común. Planiol se opone a la tesis de Duguit que pretende exigir dicha contraposición de intereses: "en realidad, el hecho de que las partes tengan intereses concordantes no implica nada que se encuentre fuera del campo del contrato" y agrega que "además, desde el instante en que hay muchas partes, sus intereses son distintos y pueden devenir en opuestos"<sup>73</sup>.

En la doctrina chilena no existen críticas al concepto de contrato del art. 1438 del Código Civil por no explicitar que en el contrato pueden ambas partes resultar obligadas una en favor de la otra. Se subentiende que la fórmula empleada: "acto por el cual una parte se obliga para con otra" es suficientemente comprensiva del contrato unilateral y del bilateral. Robustiano Vera, por ejemplo, redefinirá el contrato como "la convención en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera"<sup>74</sup>.

En cambio, ha causado cierta polémica la consideración de que el contrato supone partes con intereses opuestos. Claro Solar, que en esto aparece siguiendo la doctrina de Demogue, precisa que "lo que caracteriza el acto bilateral, convención o contrato, es que consiste en una transacción entre dos intereses opuestos"<sup>75</sup>. Alessandri, en cambio,

<sup>71</sup> F. Mourlon, *Code Napoléon* cit., t. II, n° 1026, p. 534.

<sup>72</sup> C. Demolombe, *Traité* cit., t. I, n° 17, p. 16. En el mismo sentido, P. Laurent, *Principes* cit., t. V, n° 426, pp. 479-480.

<sup>73</sup> M. Planiol, *Traité pratique* cit., t. VI, n° 13, p. 18. La tesis de Duguit es tributaria de ideas alemanas y distingue entre acto colectivo, contrato y unión. En su opinión en el contrato cada declaración de voluntad tiene objetos diferentes e intereses opuestos (L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª edic., Paris, 1921, t. I, § 34, p. 283).

<sup>74</sup> R. Vera, *Código Civil* cit., t. V, p. 8.

<sup>75</sup> L. Claro Solar, L., *Explicaciones* cit., t. XI, n° 681, p. 9. Con esta afirmación parece que Claro Solar no está pensando en los actos jurídicos plurilaterales, sino en los casos en los que debe intervenir una autoridad aprobando o autorizando el acto (por ejemplo autorización de tarifas de servicios públicos): "En estos casos hay evidentemente una voluntad separada que persigue un fin distinto; pero no hay contrato, sino una operación jurídica especial que contiene en su base un acto privado, acto unilateral o contrato, y al lado un acto administrativo. Cada uno de estos actos tiene su naturaleza especial".

contradice esta afirmación, y alega que la sociedad es un contrato, “no obstante que los intereses de los socios, aunque distintos, no son opuestos, pues todos convergen al mismo fin”<sup>76</sup>. Más recientemente, sin embargo, se defenderá, de acuerdo a la dogmática alemana y la italiana, la noción de “negocio jurídico colectivo”, en el cual no hay intereses contrapuestos o, al menos distintos, como sucedería en el contrato de sociedad: “Aquí, aunque tradicionalmente se habla de ‘contrato de sociedad’ (Art. 2053 Cód. Civ.), hay en realidad un negocio colectivo, porque no existen intereses diferentes u opuestos, sino que las voluntades concurren frente a un interés común”<sup>77</sup>.

## 6. CONTENIDO DEL CONTRATO: EFECTOS PERSONALES Y REALES

Tanto la definición del Código francés como la del chileno caracterizan el contrato por su efecto obligacional. Crear obligaciones o derechos personales es el contenido específico del pacto al que se denomina técnicamente contrato.

Para la doctrina francesa la definición planteaba una dificultad. El Código acogía el concepto de Pothier, sin caer en la cuenta que respecto de la transferencia de la propiedad había abandonado su enseñanza para asumir el sistema de trasferencia del dominio por el mero contrato, sin necesidad de entrega o tradición posterior de la cosa. ¿Cómo conciliar entonces el contrato como convención generadora de obligaciones con esta especie de contratos que no producía la obligación de transferir la propiedad sino que la transmitía directamente? Mourlon fue de los primeros que advirtió la incoherencia: “La circunstancia de que la convención opere una mutación de propiedad al mismo tiempo que crea obligaciones, no impide que sea un contrato: la ley debía, por tanto, y es lo que no ha hecho, mencionar, en la definición del contrato, la mutación de propiedad, que a menudo es uno de los efectos más importantes”<sup>78</sup>. La objeción era grave, pero ello no arredra a los comentaristas posteriores. Demolombe defiende la definición legal señalando que ella alude al efecto que es esencial a todo contrato: crear obligaciones, mientras que el efecto traslativo sólo se produce respecto de algunos de ellos<sup>79</sup>. Aubry y Rau, complementando el art. 1101 del Código con el art. 1138, añaden a la definición

<sup>76</sup> A. Alessandri, *De los Contratos* cit., n° 7, p. 5. Cita en su apoyo el Tratado de Planiol y Ripert.

<sup>77</sup> R. Domínguez, *Teoría* cit., p. 24.

<sup>78</sup> F. Mourlon, *Code Napoléon* cit., t. II, n° 1026, p. 534.

<sup>79</sup> C. Demolombe, *Traité* cit., t. I, n° 17, p. 15.

de contrato el efecto real: "La convención que tiene por objeto la formación de una obligación o la traslación de un derecho, se denomina especialmente contrato"<sup>80</sup>. Contra este añadido reaccionarán los que entienden que no hay impropiedad en la definición, ya que en el contrato traslativo se transfiere la propiedad en virtud de una obligación de dar que se crea y se ejecuta simultáneamente<sup>81</sup>.

La doctrina moderna intenta expandir la noción del contrato, dejando la definición legal como concepto estricto o clásico. Savatier, por ejemplo, señala que "en sentido amplio, el contrato es todo acuerdo de voluntad creador de efectos de derecho" y agrega que un contrato puede producir otros efectos que la creación de una obligación: algunos contratos crean un derecho real (contrato de hipoteca, por ejemplo), otros transfieren un derecho (venta, cesión de créditos, por ejemplo), otros extinguen un derecho (remisión de deuda especialmente)<sup>82</sup>. Ripert y Boulanger escriben, por su parte, que "El contrato tiene como efecto la creación, la transformación, la cesión o la extinción de una obligación"<sup>83</sup>. Ghestin igualmente dirá que "el contrato es un acuerdo de voluntades que son expresadas en vista de producir efectos de derecho y al cual el derecho objetivo hace producir tales efectos"<sup>84</sup>.

Sobre la aplicación del contrato al campo del Derecho de familia, y en general, a las materias extrapatrimoniales, no hay pleno acuerdo entre los franceses. Algunos, como Savatier, Colin y Capitant, piensan que los efectos del contrato sobrepasan el cuadro de las obligaciones, y que el matrimonio y la adopción son "contratos extrapatrimoniales"<sup>85</sup>. En cambio, Ripert y Boulanger sostienen que deben excluirse del concepto de contrato los acuerdos destinados a crear o modificar relaciones extrapatrimoniales, por lo que ni el matrimonio ni la adopción serían contratos<sup>86</sup>. Sobre la posibilidad de aplicar la técnica del contrato a los derechos de la personalidad (contratos sobre el derecho de imagen o sobre la vida privada) hay más incertidumbres, ya que tales derechos son en principio inalienables e irrenunciables<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> Aubry y Rau, *Cours cit.*, t. IV, § 340, p. 466.

<sup>81</sup> M. Planiol y G. Ripert, *Traité pratique cit.*, t. VI, n° 13, p. 18.

<sup>82</sup> R. Savatier, *Cours de Droit Civil*, 12ª edic., Paris, 1949, t. II, p. 43-44. En su obra sobre la teoría de las obligaciones en Derecho privado económico agrega otros efectos como el de crear una persona jurídica o moral (contrato de sociedad) u otorgar poder de representación (contrato de mandato) (*Theorie... cit.*, p. 138).

<sup>83</sup> G. Ripert, G. y J. Boulanger, *Tratado cit.*, t. IV, n° 55, pp. 50-51.

<sup>84</sup> J. Ghestin, *La formation du contrat cit.*, n° 8, p. 9.

<sup>85</sup> R. Savatier, *Cours cit.*, t. II, p. 44; A. Colin y H. Capitant, *Cours cit.*, t. II, p. 259.

<sup>86</sup> G. Ripert, G. y J. Boulanger, *Tratado cit.*, t. IV, n° 57, p. 51.

<sup>87</sup> J. Ghestin, *La formation du contrat cit.*, n° 9, p. 10.

La doctrina chilena no ha necesitado como la dogmática francesa expandir el contenido del contrato para incluir efectos reales o traslativos, por cuanto Bello siguió el sistema romano de transferencia de la propiedad que no da virtualidad al contrato para producir por sí mismo efectos reales. El contrato sólo genera derechos personales o créditos; para que se produzca la transferencia del dominio debe mediar el modo de adquirir, que, entre vivos, es la tradición. La tradición es un nuevo acto jurídico bilateral (que supone un nuevo acuerdo) complementado por la entrega de la cosa, si bien esta puede ser ficticia (como en el caso de los bienes raíces para los que se le sustituye por una inscripción registral). Cuando el efecto traslativo coincide con la perfección del contrato, como en el mutuo, en el que la entrega completa el contrato (contrato real) y además transfiere la propiedad del mutuante al mutuario (art. 2197 CC)<sup>88</sup>, ello se explica como una coincidencia cronológica, pero en el que título (contrato) y modo (tradición) son conceptualmente distinguibles<sup>89</sup>. Tarea ardua para los comentaristas ha sido mantener este principio, respecto del contrato de hipoteca, ya que la norma del art. 2410 CC dispone que la hipoteca debe inscribirse en el Registro de Bienes Raíces y que sin este requisito "no tendrá valor alguno". Aquí el Código pareciera considerar que el contrato de hipoteca se perfecciona por la inscripción, con lo cual el contrato tendría efectos reales: constituir el derecho real de hipoteca. La mayoría de la doctrina, sin embargo, ha interpretado la norma señalando que el contrato se perfecciona por la escritura pública que lo contiene y que la "tradición" del derecho real se produce por la inscripción conservatoria<sup>90</sup>.

Respecto de la aplicación del concepto de contrato al Derecho de familia, el Código proporciona un argumento de peso en su favor al definir explícitamente al matrimonio como "contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente..." (art. 102). Parece, sin embargo, que aquí el codificador ha considerado la tesis

<sup>88</sup> Dice la norma que "no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio".

<sup>89</sup> Cfr. por todos R. Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, 9ª edic. actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, t. II, 1997, N° 32, p. 22. Lo mismo para el contrato de prenda y para el depósito irregular. Algo similar podría sostenerse para los casos del art. 684 N° 5 del Código Civil que prevé como formas de tradición de las cosas muebles la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*, en los que la transferencia se produce sin necesidad de entrega y en virtud del "mero contrato".

<sup>90</sup> Alguna doctrina inicial, interpretando literalmente el precepto, llegó a la conclusión de que en este caso la inscripción era solemnidad del mismo contrato de hipoteca (A. Barros Errázuriz, *Curso cit.*, t. III, p. 414). No obstante más modernamente se llega a la solución contraria (R. Meza Barros, *De las fuentes cit.*, 9ª edic. actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, t. II, 1997, N° 246, pp. 169-170).

amplia del contenido del contrato, y no pone el énfasis en la función creadora de obligaciones conyugales. El matrimonio no es definido como un contrato por el cual hombre y mujer se obligan a determinadas prestaciones, sino aquel por el cual se produce entre ellos una "unidad" con vistas a un fin: "vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente". En esto Bello parece recoger el argumento de Savigny sobre el carácter contractual del matrimonio sin que sea necesario ponerlo en paralelo con el contrato obligacional<sup>91</sup>. Pero debe considerarse que en la tradición francesa antigua el matrimonio es, sin duda, un contrato. Pothier lo llama "el más excelente y más antiguo de los contratos"<sup>92</sup>. La doctrina chilena admite que el matrimonio se funda en un acuerdo contractual<sup>93</sup>, aunque afirma que se trata de un pacto especial, al que no pueden aplicarse sin más las reglas de los contratos patrimoniales<sup>94</sup>.

## 7. CONVENCIONES NO CONTRACTUALES

Dejando de lado las opiniones de quienes quieren identificar convención con contrato, los autores franceses han ido precisando qué tipo de convenciones no son cubiertas por la definición del art. 1101 del Código Civil.

En primer lugar, quedan fuera las convenciones que no producen efectos jurídicos, como los acuerdos de honor y otros compromisos sociales, de honor o de amistad<sup>95</sup>. Pero también los autores dan

<sup>91</sup> F. Savigny, *Sistema* cit., t. II, p. 359, señala que poner al matrimonio como un contrato obligatorio significa desfigurar y envilecer su carácter.

<sup>92</sup> R. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, en *Oeuvres* cit., t. I, p. 26.

<sup>93</sup> L. Claro Solar, *Explicaciones* cit., t. I, n° 519, p. 289: "Este es un contrato en el sentido más general que puede darse a la palabra, es decir, es el resultado del concurso o declaración de las voluntades de dos personas". En cambio, A. Alessandri, *De los Contratos* cit., n° 10, p. 7, y Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, 8ª edic., Santiago, t. I, n° 4, p. 10, consideran que el matrimonio, al igual que la adopción, es un contrato, en cuanto acuerdo de voluntades del que nacen obligaciones. M. Somarriva, *Derecho de Familia*, Santiago, 1963, n° 8 p. 18, contrapone la concepción del matrimonio-contrato con la del matrimonio-institución, y resuelve la aparente disyuntiva diciendo que no son inconciliables entre sí: "[el matrimonio] tendría el carácter de contrato, porque, para su formación, para su nacimiento a la vida jurídica, necesita el consentimiento de los que contraen".

<sup>94</sup> Por eso A. Barros Errázuriz, *Curso* cit., t. II, p. 14, aclara que "al hablar del contrato, como fuente de obligaciones, nos referimos al orden de los intereses patrimoniales o pecuniarios, y no a los que pertenecen al régimen de la familia, como el matrimonio, que tiene reglas propias y cuyas consecuencias jurídicas están fijadas por la ley, independientemente de la voluntad de las partes".

<sup>95</sup> M. Delvincourt, *Cours* cit., t. II, p. 455; Rogron, *Code Civil* cit., p. 308; C. Demolombe, *Traité* cit., t. I, n° 13, p. 11; P. Laurent, *Principes* cit., t. V, n° 430, pp. 482 y ss.; G. Ripert y J. Boulanger, J., *Tratado* cit., t. IV, n° 60, pp. 53-55, L. Josserand, *Derecho Civil* cit., t. II, vol. I, n° 16, p. 17.

ejemplos de convenciones que, aunque jurídicas, no son incluidas en el concepto de contrato. De esta forma, el mutuo consentimiento que extingue una obligación. Según Demolombe no puede criticarse al Código por haber excluido el acuerdo extintivo del concepto de contrato, señalando que el verdadero sentido de esta palabra “implica la idea de un vínculo que se forma y se contrae [*contracte*]. Disolver una obligación preexistente no es contratar, en la acepción técnica de esta palabra, es más bien descontratar [*distracter*]”<sup>96</sup>. Por las mismas razones la remisión de deudas, aunque suponga la aceptación del deudor y por tanto haya acuerdo de voluntades, no es considerada contrato<sup>97</sup>. Junto con la extinción de obligaciones, no son reputados contratos los acuerdos que transmiten deudas, como la delegación<sup>98</sup>. En general, la novación es tratada como convención o como acto jurídico, y no como contrato<sup>99</sup>. La cesión de créditos es también considerado un acto que excede al contrato que puede ser su fundamento (venta o donación)<sup>100</sup>. También el pago es considerado una convención no contractual<sup>101</sup>.

Los autores chilenos a la hora de mencionar convenciones que no son consideradas contratos de acuerdo a la definición del art. 1438, son unánimes en recordar la tradición, en cuanto acto jurídico bilateral por medio del cual se traspasa el dominio u otros derechos reales sobre cosas muebles e inmuebles<sup>102</sup>. También se alude a la tradición en cuanto cumplimiento de una obligación de dar y, por lo tanto, como convención extintiva de obligaciones<sup>103</sup>. El pago es otra convención que no cabe en la categoría de los contratos<sup>104</sup>, al igual que la remisión<sup>105</sup>. Respecto de la novación, la doctrina chilena, aunque la considera una convención extintiva de obligaciones<sup>106</sup>, debe hacer frente al art. 1630 del Código que expresamente habla del “contrato de novación”. La explicación que se encuentra es la de que estamos en

<sup>96</sup> C. Demolombe, *Traité* cit., t. I, n° 15, p. 14.

<sup>97</sup> Aubry y Rau, *Cours* cit., t. IV, § 340, p. 467; M. Planiol, *Traité Élémentaire* cit., t. II, n° 943, p. 293; L. Josserand, *Derecho Civil* cit., t. II, vol. I, n° 13, p. 13.

<sup>98</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil* cit., t. IV, pp. 45-46

<sup>99</sup> A. Colín y H. Capitant, *Cours* cit., t. II, p. 102; J. Carbonnier, *Droit Civil* cit., t. IV, p. 563, señala que la novación es una convención.

<sup>100</sup> A. Colín y H. Capitant, *Cours* cit., t. II, p. 116; J. Carbonnier, *Droit Civil* cit., t. IV, p. 514: “venta o donación, ella aparece como un contrato, una convención entre cedente y cesionario”.

<sup>101</sup> A. Colín y H. Capitant, *Cours* cit., t. II, p. 257.

<sup>102</sup> L. Claro Solar, *Explicaciones* cit., t. XI, n° 681, p. 9; A. Alessandri, *De los Contratos* cit., n° 2, p. 3; V. Vial del Río, *Teoría* cit., p. 40.

<sup>103</sup> A. León, *La voluntad* cit., p. 17.

<sup>104</sup> R. Domínguez, *Teoría* cit., pp. 25-26; A. Alessandri, *De los Contratos* cit., n° 2, p. 3; A. Vodanovic, *Curso* cit., t. IV, p. 16.

<sup>105</sup> R. Abeliuk, *Las obligaciones* cit., t. I, n° 42, p. 51.

<sup>106</sup> A. Alessandri, *De los Contratos* cit., n° 2, p. 3.

presencia de un acto bifronte: "la novación es una institución híbrida:... es convención y contrato. Lo primero en cuanto extingue la obligación primitiva, pero en cuanto da origen a una nueva, es un contrato"<sup>107</sup>.

En cuanto a la cesión de créditos, la doctrina ha tenido algunas dificultades ya que, mientras por una parte el Código se preocupa de la tradición del crédito (art. 699), por otra regula la cesión entre los contratos (arts. 1901 a 1914). Los autores han argumentado que la ubicación de la cesión entre los contratos no es más que un resabio histórico (proveniente de Pothier y del Código francés), pero que su verdadera naturaleza jurídica es la de constituir la tradición de derechos personales, que en el sistema del Código Civil chileno son considerados cosas incorpóreas sobre las cuales existe una "especie de propiedad" (art. 583 CC). La cesión por tanto es una convención no contractual, que supone un contrato que le sirve de título (venta, donación, aporte en sociedad, etc.)<sup>108</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

De lo expuesto, destacan algunas conclusiones:

1º) Es indudable que la definición de contrato ha sido considerada por la doctrina chilena y por la francesa como principio de referencia obligado para el tratamiento conceptual del régimen jurídico.

2º) La doctrina de ambos países ha respetado la opción legislativa de circunscribir el concepto de contrato al acto jurídico bilateral que produce obligaciones, e incluso la ha defendido frente a la concepción amplia de origen germánico. Pero este respeto no ha sido total y absoluto.

3º) En Francia, por la vía de la crítica y luego por la vía de la interpretación integrativa, se ha incluido en la definición a los contratos traslativos. En Chile una rectificación para mantener la coherencia del sistema ha sucedido con la hipoteca, la cesión de derechos y la novación.

<sup>107</sup> R. Abeliuk, *Las obligaciones* cit., t. II, n° 1.101, p. 903.

<sup>108</sup> R. Abeliuk, *Las obligaciones* cit., t. II, n° 1.049, p. 863; R. Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, 8ª edic., Santiago, 1997, t. I, n° 263, p. 176.

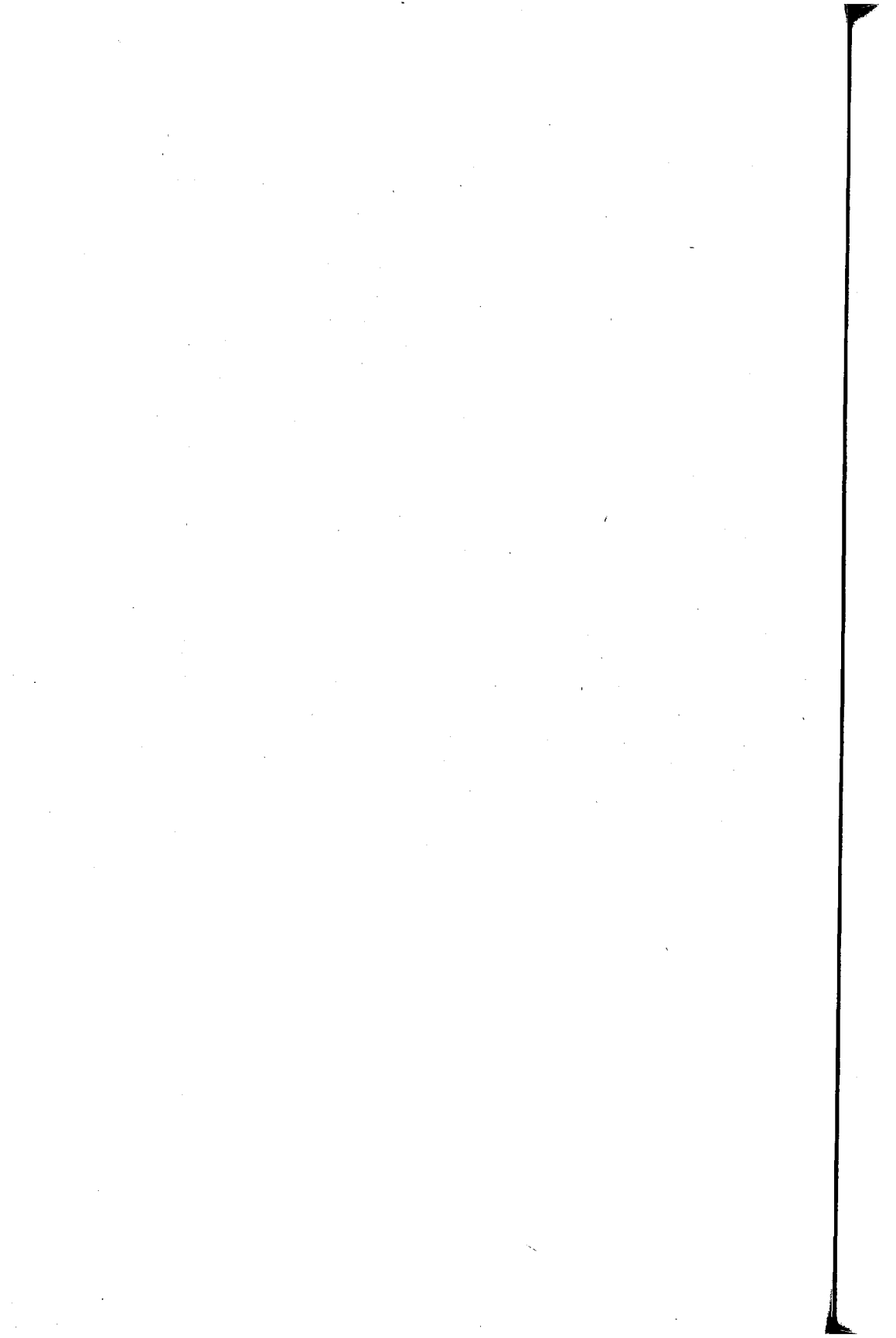
4º) En Chile la definición legal ha sido criticada por identificar convención con contrato, y la doctrina ha directamente soslayado este punto, volviendo a la teoría tradicional de Pothier de que no todas las convenciones son contratos. La influencia de la doctrina francesa en los autores chilenos es también un factor importante en esta tendencia.

5º) El concepto legal de contrato en Chile y en Francia ha sido en la doctrina más moderna subsumido en la teoría general del acto jurídico. La recepción de este modelo dogmático en Francia es todavía incipiente y aún resistido. En Chile, fue acogido desde temprano, ya que se encontraba en germen en el mismo texto del Código.

6º) Las convenciones no contractuales mencionadas por los autores no coinciden en ambos países. En Chile la tradición es la convención más aludida, junto con el pago. En Francia se menciona más bien la remisión de deudas, la novación y la cesión de créditos. En Chile, la segunda es considerada contrato, mientras que la última se confunde con la tradición de bienes incorporales.

7º) Salvo la voz autorizada de Planiol, los autores coinciden en que la distinción entre contrato y convención no obligacional es meramente teórica y que no plantea dificultades prácticas ya que las normas de los contratos se aplican también a las convenciones no contractuales. Pese a ello, no hay todavía reclamos en cuanto a ampliar la noción legal de contrato. Sólo en Francia hay autores que parecen abrirse a una concepción amplia de contrato de fuente doctrinal, frente a la noción clásica amparada aún por un texto legal que permanece inmutable.





**PARA UNA NUEVA LECTURA DE LOS ARTÍCULOS 1560  
Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL. EL MÉTODO  
DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN  
EL DERECHO ALEMÁN**

**CHRISTIAN JOHOW SANTORO**

*Doctor y Magíster en Derecho  
Universidad de Augsburg (Alemania)  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Andrés Bello*

**I. INTRODUCCIÓN**

Antes de abordar el tema de fondo es menester hacer presente al lector que en el derecho alemán moderno de la interpretación del negocio jurídico no encontraremos aquella diferenciación propia de la hermenéutica tradicional, que distingue entre la interpretación de una declaración de voluntad y la interpretación de un contrato.

A fin de proteger la confianza del destinatario de la declaración en lo declarado, para el derecho alemán de la interpretación jurídico negocial no es relevante la clase o tipo de acto jurídico a ser interpretado, sino si la declaración de voluntad es o no recepticia (*empfangsbedürftige*)<sup>1</sup>.

Por consiguiente, la interpretación del contrato en el derecho alemán es, en principio, idéntica a la interpretación de las voluntades negociales que lo crean<sup>2</sup>. Ellas constituyen el punto de partida de la interpretación del contrato y determinan, según pasaremos a ver, el respectivo método de interpretación a aplicar (natural o normativo).

---

<sup>1</sup> Cfr. Medicus: *A.T. des BGB*, pár. 322. Para facilitar la lectura se citan las obras sólo por su título; la referencia completa puede encontrarse en la bibliografía que se incluye al final de este trabajo.

<sup>2</sup> Cfr. Bickel: *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen*, p. 163.

## II. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO COMO INTERPRETACIÓN DE DECLARACIONES DE VOLUNTAD RECEPTICIAS

Declaraciones de voluntad recepticias son aquellas que están dirigidas a una persona determinada, a saber, el destinatario de la declaración. En consecuencia, solamente producen efectos una vez que acceden al destinatario de la declaración<sup>3</sup>. Esta definición encuentra apoyo positivo en el § 130 I, 1 BGB<sup>4</sup>.

La mayor parte de las declaraciones de voluntad son recepticias<sup>5</sup>, como, por ejemplo, la oferta para celebrar un contrato y la declaración de aceptación referida a ella, a través de la cual el contrato se perfecciona. Así, la interpretación del contrato en el derecho alemán comienza con la interpretación de las declaraciones individuales de las partes, es decir, la oferta para celebrar un contrato y su aceptación<sup>6</sup>.

De ahí que, como lo señala la doctrina<sup>7</sup> y lo confirma la jurisprudencia<sup>8</sup>, ya la determinación de la existencia de una declaración de voluntad (oferta u aceptación) es relevante para el derecho alemán de la interpretación del contrato, entrando dentro del ámbito de su competencia. Así, a través de la interpretación del contrato se determinará incluso si éste se perfeccionó válidamente<sup>9</sup>. Se establecerá, en consecuencia, si las declaraciones de voluntad existentes coinciden, son congruentes, o, dado el caso, si se está en presencia de disenso<sup>10</sup>. En dicha operación debe advertirse que cada declaración de voluntad singular debe ser interpretada por separado<sup>11</sup>.

Naturalmente, amén de lo expuesto, constituye un objetivo de la interpretación del contrato en el derecho alemán establecer cuáles son

<sup>3</sup> Cfr. Brox: A.T., pág. 90; Larenz: A.T., § 19 II a, pág. 338; MünchKomm/Mayer-Maly: § 133 pág. 12; Pawlowski: A.T. des BGB pág. 605.

<sup>4</sup> "§130. (Efectividad de la declaración de voluntad frente a ausentes)

Una declaración de voluntad que debe hacerse a otro, se hace efectiva, si se realizó en su ausencia, en el momento en el cual le llega. No se hace efectiva si una revocación le llega de manera previa o simultánea.

La efectividad de la declaración no es afectada por el hecho de que el declarante muera o sea declarado incapaz para emprender negocios jurídicos después de realizarla.

Estas disposiciones se aplican incluso si la declaración de voluntad debe hacerse a una autoridad pública."

<sup>5</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 III, 3, pág. 171; Larenz: A.T., § 19 II a, pág. 338; Medicus: A.T., pág. 323.

<sup>6</sup> Cfr. Bickel: Obra citada, pág. 162, 163; Larenz: A.T., § 29 I, pág. 537; Medicus: A.T., pág. 319 y sgtes.

<sup>7</sup> Cfr. Bickel: Obra citada, pág. 163; Brox: A.T., pág. 126; Köhler: A.T., § 16 I, pág. 169; Rütters: A.T. des BGB, pág. 244.

<sup>8</sup> Cfr. BGH NJW 86, 3132; BGH NJW 84, 721; BGH 21, 106.

<sup>9</sup> Cfr. Brox: A.T., pág. 126; Diederichsen: *Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches für Studienanfänger*, pág. 225; Erman/Hefermel: § 157, pág. 2.

<sup>10</sup> Cfr. Larenz: A.T., § 29 I, pág. 538; Medicus: A.T., pág. 324; Soergel/Hefermel: § 133 pág. 1.

<sup>11</sup> Cfr. Wieser: *Empirische und normative Auslegung*, JZ 1985, 408.

las consecuencias jurídicas que se derivan para las partes del contrato que han celebrado<sup>12</sup>.

### III. PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD QUE SIRVEN DE BASE AL BGB

#### 1. DISPOSICIONES INTERPRETATIVAS DE LOS §§133 Y 157 BGB

Las disposiciones fundamentales para la interpretación de los negocios jurídicos son el §133 y el §157 BGB.

El §133 BGB<sup>13</sup> se refiere en forma expresa a la interpretación de declaraciones de voluntad y dispone que en ellas se debe investigar la "voluntad real" del declarante. Este mandato, averiguar la verdadera voluntad, se ve reforzado mediante la prohibición de adherir al "sentido literal de la expresión" contenida en la segunda parte del §133 BGB.

El §157 BGB<sup>14</sup>, por el contrario, regula la interpretación del contrato. De acuerdo a este parágrafo, los contratos se interpretarán como lo exigen la "fidelidad" y la "buena fe", considerando las costumbres o usos del tráfico, "*Verkehrssitte*".

A pesar de que el §133 BGB se remite a la interpretación de las declaraciones de voluntad singulares y el §157 BGB, en cambio, a la interpretación del contrato en su totalidad, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que los ámbitos de aplicación de ambas disposiciones "coinciden"<sup>15</sup>.

Debido a que un contrato se compone de dos declaraciones de voluntad individuales<sup>16</sup>, éstas están, entonces, también sujetas al principio del §157 BGB<sup>17</sup>. Por otro lado, el §133 BGB debe aplicarse, por supuesto, a los contratos<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. Bickel: *Obra citada*, pág. 163; Brox: A.T., pág. 126; Rütters: *obra citada*, pág. 222; Schwab: *Einführung in das Zivilrecht*, pág. 476.

<sup>13</sup> "§133. (Interpretación de una declaración de voluntad)

En la interpretación de una declaración de voluntad debe buscarse la voluntad real y no adherirse al sentido literal de la declaración."

<sup>14</sup> "§157. (Interpretación de los contratos)

Los contratos serán interpretados de acuerdo con los requisitos de la fidelidad y la buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico."

<sup>15</sup> Soergel/Hefermel: § 133 pág. 1.

<sup>16</sup> Cfr. Medicus: A.T., pág. 319.

<sup>17</sup> En la jurisprudencia: RGZ 169, 124, 125; BGH 21, 328; BGH 47, 78. En la doctrina: Cfr. Enneccerus-Nipperdey: A.T., § 206 III, pág. 1260; Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3 a, pág. 308; Larenz: *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, pág. 7; Medicus: A.T., pág. 319 y sgtes.; Soergel/Hefermel: § 133 pág. 2; Soergel/Wolf: § 157 pág. 8 y sgtes.

<sup>18</sup> Cfr. Fezer: BGB A.T., pág. 43; MünchKomm/Mayer-Maly: § 133 pág. 19; Palandt/Heinrichs: § 133 pág. 1.

Los principios interpretativos contenidos en los §133 y §157 BGB están en un tipo de relación complementaria unos con otros<sup>19</sup>. Ambas disposiciones se integran recíprocamente<sup>20</sup>.

En la doctrina se discute la jerarquía u orden de precedencia entre ambas disposiciones<sup>21</sup>. Sin embargo, para la aplicación práctica del derecho esta discusión no tiene relevancia<sup>22</sup>. Debido a ello, ambas disposiciones deben aplicarse a la interpretación de las declaraciones de voluntad y a la de los contratos.

Así, la cuestión de determinar si se perfeccionó el contrato a través de las declaraciones de voluntad de las partes debe responderse de conformidad a los §133 y §157 BGB<sup>23</sup>. La consecuencia de este concurso es que en la interpretación de las declaraciones de voluntad contractual no se estará a aquella voluntad que permaneció interna y no fue declarada, como podría deducirse del tenor literal del §133 BGB, sino sólo a la voluntad declarada<sup>24</sup>.

Sin embargo, determinante es sólo lo que resultó reconocible como voluntad por parte de la persona a quien estaba destinada la declaración, a saber, el "*horizonte del destinatario*"<sup>25</sup> ("*Empfängerhorizont*")<sup>26</sup>.

La declaración vale, entonces, de conformidad al §157 BGB, así como el destinatario de la declaración debió entenderla de acuerdo a la fidelidad y buena fe y a la opinión general (§133 y §157 BGB)<sup>27</sup>.

Además de las funciones de ambos parágrafos recién referidas, el contrato será integrado —y éste es visto incluso por algunos como el "centro de gravedad"<sup>28</sup> de su aplicación— con ayuda del §157 BGB: Las lagunas o blancos existentes en un contrato serán deducidos considerando los principios de la fidelidad y buena fe y la costumbre general o usos del tráfico<sup>29</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. Soergel/Wolf: § 157 párr. 8.

<sup>20</sup> Cfr. Soergel/Hefermel: § 133 párr. 2; Ermann/Brox: § 133 párr. 5; Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3 a, pág. 308; Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches: párr. 426, 549; Köhler: A.T., § 16 III, 3, pág. 172; MünchKomm/Mayer-Maly: § 157 párr. 1.

<sup>21</sup> Cfr. Soergel/Wolf: § 157 párr. 11 y sigtes.

<sup>22</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: § 133 párr.1; Jauerling: § 133, Nr. 2, pág. 82.

<sup>23</sup> Cfr. Erman/Hefermel: § 157, párr. 2; Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3 a, pág. 308; Larenz: A.T., § 19 II, pág. 340 en relación con § 29 I, pág. 538; Musielak: Grundkurs BGB, párr. 86; Rüthers: obra citada, párr. 220 E.

<sup>24</sup> Cfr. Bickel: obra citada, pág. 159; Erman/Hefermel: § 157, párr. 2; Jauerling: § 133, Nr. 3 bb), pág. 83; Larenz: A.T., § 19 II, pág. 340.

<sup>25</sup> La palabra tiene, igualmente, el significado de receptor.

<sup>26</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 III, 3, pág. 171; Hübner: obra citada, párr. 427; Larenz: A.T., § 19 II a, pág. 339 y sigtes; Lüderitz: Auslegung von Rechtsgeschäften, pág. 283 y sigtes.

<sup>27</sup> BGH 47, 78.

<sup>28</sup> Erman/Hefermel: § 157, párr. 2; Larenz: A.T., § 29 I, pág. 539; Soergel/Wolf: § 157 párr. 103.

<sup>29</sup> BGH 9, 278; BGH 12, 337; BGH 23, 285.

2. LA RELACIÓN CON EL §242 BGB<sup>30</sup>

El §242 BGB obliga al deudor a cumplir su obligación como lo exigen la fidelidad y buena fe, teniendo en cuenta la costumbre general o usos del tráfico.

A pesar de su ubicación en el BGB, a saber, al principio del Libro Segundo, Derecho de las Obligaciones, y su tenor limitado, el párrafo solamente se refiere a la forma y modo de cumplir la obligación por parte del deudor<sup>31</sup>, esta disposición es entendida en el sentido de un principio general del derecho<sup>32</sup> que domina la totalidad de la vida jurídica<sup>33</sup>.

A través del desarrollo de la doctrina y de su recepción en la jurisprudencia, el entendimiento del §242 BGB en relación con los párrafos 133, 157 y 826 BGB<sup>34</sup> ha llegado a ser, más allá de su significado original, una consideración jurídica general: De conformidad a ella, todo titular de derechos debe actuar de buena fe en su ejercicio y en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que significa que él deberá tomar en consideración los legítimos intereses de la contraparte<sup>35</sup>.

El ámbito de aplicación del §242 BGB comprende, por ello, también la interpretación de las declaraciones de voluntad.

En un sentido estricto, sin embargo, el §242 BGB no es una regla de interpretación<sup>36</sup>. Su tipo corresponde mucho más a una cláusula general<sup>37</sup>, que tiene el carácter de directriz<sup>38</sup>.

El §242 BGB determina de qué manera el deudor debe cumplir su obligación. Por el contrario, la interpretación de conformidad al §133 y §157 BGB regla si alguien es deudor y cuál es la prestación que debe cumplir<sup>39</sup>.

<sup>30</sup> "§242. (Cumplimiento de acuerdo a la fidelidad y buena fe)

El deudor está obligado a ejecutar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico".

<sup>31</sup> Cfr. Weber: JuS 1992, 634.

<sup>32</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 pár. 6; Fikentscher: Schuldrecht, pár. 154; Kropholler/Berenbrock: § 242 pár. 1; Soergel/Hefermel: § 133 pár. 3.

<sup>33</sup> BGH 85, 48. En la doctrina: Cfr. Gernhuber JuS 1983, pág. 764; Jauering: § 242, Nr. 3a, pág. 174.

<sup>34</sup> "§826. (Daño doloso contrario a las buenas costumbres)

Quien dolosamente causa un daño a otra persona de una manera contraria a las buenas costumbres está obligado a indemnizarle por el daño".

<sup>35</sup> Cfr. Brox: Allgemeines Schuldrecht, pár. 73; Esser/Schmidt: tomo I, A:T, Tb. 1, §10 III, pág. 171 y sigtes.; Weber: JuS 1992, 631; BGH 85, 48.

<sup>36</sup> Cfr. MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pár. 21.

<sup>37</sup> Cfr. Jauering: § 242, Nr. 1 b, pág. 172; Palandt/Heinrichs: § 242 pár.2;

<sup>38</sup> Cfr. Brox: Allgemeines Schuldrecht, pár. 73; Larenz: A.T., § 1 IV, pág. 25; Gernhuber JuS 1983, pág. 764; Weber: JuS 1992, 631 y sigtes.

<sup>39</sup> Cfr. Erman/Hefermel: § 157, pár 3.

A pesar de que el §242 y el §157 BGB se remiten a los mismos criterios, ambas disposiciones se encuentran en un tipo de relación jerárquica<sup>40</sup>. En la práctica, sin embargo, resulta difícil efectuar una separación de los §§157 y 242, puesto que las valoraciones de ambas disposiciones se superponen<sup>41</sup>.

De conformidad al §157 BGB, se determina el querer jurídico de las partes, mientras que de acuerdo al §242 BGB se determina el deber jurídico<sup>42</sup>. En este proceso siempre precede la interpretación del negocio jurídico (§§133 y 157 BGB) a la aplicación del §242 BGB<sup>43</sup>, puesto que el §242 BGB se aplica al cumplimiento de contratos válidos y existentes<sup>44</sup>.

### 3. LÍMITE A LA APLICACIÓN DE LOS §§ 157 Y 242 BGB: LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Los §157 y §242 BGB encuentran, sin embargo, un límite en el principio de la autonomía de la voluntad<sup>45</sup>.

El §242 BGB no contiene una autorización para una justicia de equidad<sup>46</sup>. Sobre la base de esta disposición, el juez no está autorizado, por ejemplo, a modificar la obligación existente a través de interpretación, de manera tal que se le concedan al deudor facilidades, porque una ejecución del contrato sin restricciones le representaría un rigor injusto y al acreedor una ventaja desproporcionadamente grande<sup>47</sup>.

Por consiguiente, el juez no está facultado para constituir un derecho en contra de la voluntad de las partes del contrato, sino, a lo sumo, para efectuar una adaptación a las circunstancias reales o mutadas<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. Soergel/Wolf: § 157 pár. 26.

<sup>41</sup> Cfr. Soergel/Hefermel: § 133 pár. 3; Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3 a, pág. 309; Larenz: A.T., § 29 II, pág. 548; Medicus: Schuldrecht I, A.T., § 16 II, 1 y 2, pág. 70; MünchKomm/Roth: §242 pár. 84.

<sup>42</sup> Cfr. BGH 16, 8.

<sup>43</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 pár. 6.

<sup>44</sup> Cfr. Erman/Hefermel: § 157, pár 3; MünchKomm/Roth: §242 pár. 3.

<sup>45</sup> Cfr. Erman/Hefermel: § 157, pár 3; Larenz: A.T., § 29 I, pág. 539.

<sup>46</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §242 pár. 2; Jauernig: §242, Nr. 1 b, pág. 172.

<sup>47</sup> Cfr. RGZ 131, 177; BGH NJW 85, 2580.

<sup>48</sup> Cfr. Erman/Hefermel: § 157, pár 3.

#### IV. OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN Y MEDIOS PARA LLEVARLA A CABO

##### 1. OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN

El objeto de la interpretación es la declaración. Una declaración es una conducta, un comportamiento<sup>49</sup> concreto —o una manifestación concreta— de la cual debe ser colegida una declaración<sup>50</sup>. Como ejemplos de estos comportamientos concretos pueden señalarse las llamadas telefónicas, los documentos, los movimientos de cabeza<sup>51</sup>.

A través de la interpretación se establece, en primer lugar, si un comportamiento constituye en realidad una declaración de voluntad<sup>52</sup>, puesto que una declaración de voluntad supone, en todo caso, una voluntad de obrar<sup>53</sup>, es decir, una acción u omisión dominada por la voluntad<sup>54</sup>.

Objeto de la interpretación es, en consecuencia, no sólo la declaración en sí, sino la declaración como declaración de voluntad, es decir, el acto concreto de la declaración cuyo contenido jurídico debe ser determinado<sup>55</sup>. Sólo entonces, cuando a través de la interpretación fue determinada la existencia de una declaración de voluntad, se puede establecer su contenido. Sin embargo, la comprobación de la existencia y del contenido de una declaración de voluntad sólo en escasas ocasiones puede separarse una de otra<sup>56</sup>.

Así, para Lüderitz “la interpretación establece, entonces, no sólo el contenido de la declaración jurídico negocial, sino también su extensión —con ello el objeto de la interpretación mismo”<sup>57</sup>.

##### 2. MEDIOS PARA LA INTERPRETACIÓN

Los medios para llevar a cabo la interpretación son las circunstancias situadas fuera del acto declarativo, que permiten efectuar una

<sup>49</sup> Cfr. Larenz: A.T., § 19 II b, pág. 342 y III, pág. 354; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pár. 39; Soergel/Wolf: § 157 pár. 8.

<sup>50</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 II, pág. 169; Hübner: obra citada, pár. 427, 430; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pár. 10; Soergel/Hefermel: § 133 pár. 1, 10; Wolf/Grangel: JuS 1983, II, Nr.1, pág. 664.

<sup>51</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 II, pág. 169.

<sup>52</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 pár.10.

<sup>53</sup> Cfr. Medicus: A.T., pár. 606, pág. 223.

<sup>54</sup> Cfr. Larenz: A.T., § 19 I, pág. 333: “En consecuencia, las acciones que alguien ejecuta dormido, en narcosis o en un estado similar excluyente de gobierno consciente de su comportamiento, no constituyen una declaración de voluntad. Como por ejemplo, los meros movimientos reflejos mecánicos”.

<sup>55</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §133, pár. 5; Enneccerus-Nipperdey: A.T., § 206 II; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pár.40; Schack/Westermann: BGB – AT., pár. 204.

<sup>56</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 pár. 10.

<sup>57</sup> Lüderitz: obra citada, pág. 25.



deducción del sentido de la declaración y, con ello, de su contenido jurídico<sup>58</sup>. Dentro de ellas se encuentran, por ejemplo, las negociaciones o gestiones preliminares, las prácticas originadas en las relaciones entre las partes, así como sus expresiones, manifestaciones y conversaciones previas, etc.<sup>59</sup>. Un catálogo de las circunstancias a considerar en un caso concreto sería interminable<sup>60</sup>.

Se consideran, en consecuencia, todas las circunstancias que contribuyen al "esclarecimiento del sentido"<sup>61</sup> del comportamiento o conducta a interpretar, así como aquellas que pueden ser determinantes para explicar el contenido de lo querido por los contratantes<sup>62</sup>.

Sólo cuando han sido consideradas las circunstancias que se encuentran al exterior de la declaración y que sirven para el esclarecimiento o descubrimiento de la voluntad de las partes, se ha tenido en cuenta el mandato del §133 BGB, es decir, se ha observado la prohibición de estar al tenor literal y el imperativo de investigar la voluntad real<sup>63</sup>.

## V. REQUISITOS DE LA INTERPRETACIÓN

### 1. DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA DECLARACIÓN O "ERKLÄRUNGSTATBESTAND"

Precede a la interpretación propiamente tal —con ella se entiende la interpretación destinada a establecer el sentido, en contraposición a la integración— el establecimiento de los elementos de la declaración o, en otras palabras, de los hechos que constituyen la declaración<sup>64</sup>. Ello corresponde a la determinación del objeto y a la de los medios para la interpretación<sup>65</sup>. Sólo cuando los hechos que configuran la declaración han sido establecidos completamente puede procederse a la interpretación<sup>66</sup>.

<sup>58</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §133, párr. 5; Jauerling: §133, Nr. 1 c, pág. 82; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 párr. 43, 44; Musielak: obra citada: párr. 36, 86; RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner: §133 párr. 17.

<sup>59</sup> Cfr. Larenz: A.T., § 19 II b, pág. 343; Rütters: obra citada, párr. 241.

<sup>60</sup> Cfr. Jauerling: §133, Nr. 1 c, pág. 82.

<sup>61</sup> Köhler: A.T., § 16 II, pág. 169.

<sup>62</sup> BGB 20, 110. En la doctrina: Cfr. Diederichsen: obra citada, párr. 229; Fezer: obra citada, pág. 43; Larenz: A.T., § 19 II b, pág. 342, 343.

<sup>63</sup> En la jurisprudencia: Cfr. BGH NJW RR-92, 773; Entre los autores: Cfr. Rütters: obra citada, párr. 241.

<sup>64</sup> Cfr. MünchKomm/Mayer/Maly: §133 párr. 39; RGRK-Piper: §157 párr. 6 a.E.; Soergel/Hefermel: § 133 párr. 9; Staudinger/Dilcher: §133, 157 párr.15.

<sup>65</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 II, pág. 169; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 párr. 43.

<sup>66</sup> Cfr. RG DR 42, 38; BGH 20, 110.

Tanto la determinación del objeto de la interpretación como también la de los medios para la interpretación (el establecimiento, en consecuencia, de los hechos relevantes para la interpretación<sup>67</sup>) corresponden a una determinación de hechos<sup>68</sup>, para los cuales rigen los principios sobre la carga de la afirmación y el peso de la prueba<sup>69</sup>. Ella no es, entonces, revisable<sup>70</sup> por el tribunal de casación<sup>71</sup>.

## 2. NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

Se ha sostenido que sólo las declaraciones de voluntad que requieran de interpretación accederían a ella. Que, en consecuencia, no habría espacio para la interpretación cuando la declaración tuviese un contenido inequívoco, de acuerdo su tenor literal y finalidad<sup>72</sup>.

Esta tesis difícilmente puede ser seguida, puesto que sólo a través de la interpretación puede llegar a establecerse, si se está en presencia de una declaración de voluntad para luego determinar si ésta es clara (tiene un solo significado) o ambigua (admite varios sentidos):

Presuponer a una declaración de voluntad un contenido único atendida su apariencia unívoca no parece aceptable. Si una declaración es inequívoca sólo puede ser establecido a través de la interpretación<sup>73</sup>. Por ello, la afirmación general de Rùthers es válida: "Toda declaración de voluntad, todo negocio jurídico requiere de interpretación"<sup>74</sup>.

Si frente a una declaración en apariencia absolutamente inequívoca se excluyese su interpretación, se renunciaría, con ello, a todas las circunstancias que acompañan o rodean a la declaración y que eventualmente podrían darle otro significado. Incluso tratándose de un tenor literal inequívoco podrían existir circunstancias que le den a la declaración un sentido diferente al del texto<sup>75</sup>.

Como veremos en el ejemplo siguiente, la aparente claridad de las palabras expresadas en un contrato no puede ser aceptada como argumento para denegar su interpretación.

<sup>67</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §133, pár. 5.

<sup>68</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 II, pág 169; Larenz: A.T., § 19 II h, pág. 353; Palandt/Heinrichs: §133, pár. 29; Staudinger/Dilcher: §133, 157 pár.15, 47.

<sup>69</sup> BGH 20, 109; en la doctrina: Cfr. Palandt/Heinrichs: §133, pár. 5.

<sup>70</sup> Respecto de la admisibilidad del recurso de casación, ver VII, 2, c.

<sup>71</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §133, pár. 30.

<sup>72</sup> Cfr. RGZ 158, 124; BGH 32, 60, 63; BGH 80, 246, 250; BGH LM §2084 Nr. 7; BayObLG 81, 34; BGH LM §157 Nr. 2 (Gf).

<sup>73</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 pár. 11; RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner: §133 pár. 6.

<sup>74</sup> Cfr. Rùthers: obra citada, pár. 234.

<sup>75</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 pár. 11; Rùthers: obra citada, pár. 238.

A le ofrece por escrito a B cien pianos a un precio determinado. De las negociaciones contractuales se deduce que A y B son mercaderes de armas y que, en razón de mantener el secreto, en su intercambio documental designan los distintos tipos de armas como determinados instrumentos. Por consiguiente, la declaración inequívoca "venta de cien pianos" debe interpretarse como venta de cien ametralladoras<sup>76</sup>.

Por las razones señaladas, actualmente tanto en la doctrina<sup>77</sup> como en la jurisprudencia<sup>78</sup> se reconoce generalmente que la determinación de la claridad de una declaración de voluntad supone su interpretación. Asimismo, el principio de que todas las circunstancias que acompañan a una declaración deben ser consideradas y que no se debe estar solamente a su tenor literal. Otra forma de proceder infringiría el §133 BGB. Porque detrás de una declaración puede esconderse una voluntad negocial distinta de aquella que permite presumir su tenor literal<sup>79</sup>, según se apreció en el ejemplo anterior.

En todo caso, la determinación del carácter inequívoco de una declaración, y, con ello, su interpretabilidad, se encuentra sometida a la revisión del tribunal de casación<sup>80</sup>.

### 3. APTITUD DE LA DECLARACIÓN

Ocasionalmente se ha señalado que solamente las declaraciones de voluntad "aptas" serían interpretables. Se ha opinado, así, que no serían declaraciones de voluntad interpretables, las incomprensibles, las ambiguas y/o las contradictorias<sup>81</sup>. Para Flume, las declaraciones incomprensibles o ambiguas son nulas. Sobre todo, tratándose de declaraciones ambiguas, existiría siempre para el intérprete la tentación de "encorvarlas" por la fuerza hasta convertirlas en una declaración inequívoca. En tanto que él no está autorizado a colocar en el lugar de la declaración de voluntad ambigua "su" propia declaración<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> Propuesto por el Prof. Dr. Brox en su libro: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, pág. 125 y 131.

<sup>77</sup> Cfr. Brox: A.T., pág. 125; Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 2, pág. 302 sgtes.; Köhler: A.T., § 16 II, pág. 170; Lüderitz: obra citada, pág. 182; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pág. 42; Palandt/Heinrichs: §133, pág. 6; RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner: §133 pág. 6; Soergel/Hefermel: § 133 pág. 27; Staudinger/Dilcher: §133, 157 pág. 18.

<sup>78</sup> Cfr. BAG DB 1975, 1368; RGZ 163, 328; BGH 20, 110; BGH JZ 1983, 709 sgtes.

<sup>79</sup> Cfr. Brox: A.T., pág. 125.

<sup>80</sup> Cfr. BGH 32, 60, 63; BGH 86, 47. En la literatura: Cfr. Larenz: A.T., § 19 II h, pág. 354; MünchKomm/Mayer/Maly: §157 pág. 60; RGRK-Piper: § 157, pág. 118.

<sup>81</sup> Cfr. RGZ JW 10, 801. Entre los autores: Cfr. Scherner: BGB - A.T., pág. 90, 91.

<sup>82</sup> Cfr. Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3 e, pág. 314.

Tampoco podemos adherir a esta opinión. La tarea de la interpretación es, precisamente, resolver las contradicciones, precisar lo ambiguo y develar una posibilidad de entendimiento para una apariencia incomprensible<sup>83</sup>.

La determinación de la contradicción y del sin sentido supone una interpretación previa de la declaración de voluntad<sup>84</sup>, sobre todo, pues detrás de un tenor literal contradictorio no necesariamente se oculta un sentido contradictorio. Así, puede resultar de la consideración de las circunstancias que acompañan a la declaración de voluntad que a pesar de un tenor literal contradictorio exista un sentido inequívoco. Habida consideración de lo señalado, el tenor literal no puede constituir un límite para la interpretación<sup>85</sup>.

No obstante, el intérprete debe tener presente que no siempre a través de la interpretación podrá deducir de una declaración de voluntad un sentido validable<sup>86</sup>. Esta hipótesis no corresponde, sin embargo, a la generalidad de los casos. Como acertadamente lo ha señalado el Tribunal Federal Supremo alemán, debido a un principio empírico, se debe partir de la base de que con la celebración del contrato los contratantes consideraron y persiguieron un determinado fin económico, incluso siendo el tenor literal contradictorio o insuficiente, y que quisieron expresar con la formulación por ellos escogida<sup>87</sup>.

La sentencia recién citada debe precisarse, sin embargo, en aquella parte en que establece que:

*“sólo en un caso especial de excepción distinto puede ser considerada la posibilidad que la interpretación del contrato sea imposible debido a su contenido absolutamente contradictorio o absurdo”.*

Según reiteradamente hemos señalado, la sola determinación del contenido contradictorio o absurdo de un contrato es ya el resultado de su interpretación. Lo que podría resultar imposible con ocasión de la interpretación —y éste es verdaderamente el quid del asunto— es descubrir un sentido plausible después de que el contrato fue interpretado.

No podemos dejar de apuntar que, si por un lado, no fuesen interpretables las declaraciones de voluntad incomprensibles, ambi-

<sup>83</sup> En este sentido MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pár. 41; Palandt/Heinrichs: §133, pár. 6.

<sup>84</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 II, pág. 170; Palandt/Heinrichs: §133, pár. 6.

<sup>85</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 pár. 12; Brehm: A.T. des BGB, pár. 410.

<sup>86</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 II, pág. 170; Palandt/Heinrichs: §133, pár. 6.

<sup>87</sup> Cfr. BGH 20, 110.

guas y contradictorias y, por otro, las declaraciones inequívocas tampoco necesitasen de ella, entonces no existiría espacio alguno para la interpretación.

#### 4. CONCLUSIÓN

El objetivo de la interpretación es la determinación del sentido jurídico competente de una declaración de voluntad<sup>88</sup>. Por ello, la interpretación comprende tanto la tarea de establecer si existe una declaración; en otras palabras, de si un comportamiento humano constituye una declaración de voluntad, como el de establecer su sentido<sup>89</sup>.

Por consiguiente, sólo a través de la interpretación puede llegar a determinarse hasta qué punto existe una declaración de voluntad y si ésta es clara o ambigua.

De ello se colige que toda conducta o comportamiento es, en principio, interpretable, independientemente de la cuestión de si a través de la interpretación se puede establecer un sentido razonable<sup>90</sup>.

Sobre la base de las consideraciones efectuadas, la jurisprudencia alemana moderna rechaza expresamente la anterior y frecuente opinión de que las "declaraciones de voluntad inequívocas" o claras no necesitarían de interpretación ni serían interpretables<sup>91</sup>.

Por otro lado, el hecho de que las partes de un contrato no estén de acuerdo sobre el contenido de la declaración no significa que la declaración contractual efectivamente sea ambigua. Ello sólo indica que las partes del contrato disienten respecto de que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas.

Así, no existen cláusulas claras o ambiguas per se en un contrato, sino una actuación privada cuyo significado jurídico comercial competente debe ser establecido por el intérprete, aun cuando éste —en el menor de los casos— no resulte sensato.

<sup>88</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: § 133 párr. 1; Köhler: A.T., § 16 I, pág. 169; Larenz: *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, pág. 1 y A.T., § 19 II b, pág. 342; Soergel/Hefermel: § 133 párr. 1.

<sup>89</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 I, pág. 169; Larenz: *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, pág. 82; Jauering: § 133, Nr. 1 a, pág. 81; Scherner: obra citada, pág. 84.

<sup>90</sup> Cfr. Brehm: obra citada, párr. 339, 410; Köhler: A.T., § 16 II, pág. 170; Rùthers: obra citada, párr. 233.

<sup>91</sup> Cfr. BGH WM 1980, 1171; BGH NJW 1981, 2295; BGH NJW 1982, 31; BGH NJW 1982, 436; BGH NJW 1984, 721; BGH WM 1987, 1502.

## VI. EL MÉTODO DE LA INTERPRETACIÓN

## 1. INTERPRETACIÓN NATURAL E INTERPRETACIÓN NORMATIVA

En la interpretación de los negocios jurídicos deben ser considerados tanto los intereses del declarante como los intereses del destinatario de la declaración<sup>92</sup>. Esto significa que hay que diferenciar, según el tipo de declaración y según los intereses anexos existentes<sup>93</sup>.

En la denominada interpretación natural, el intérprete aplicará la verdadera voluntad del declarante. En este caso ello sólo se encuentra justificado, porque fuera del declarante no existe otra persona cuyos intereses deban ser protegidos. Es decir, la denominada interpretación natural tendrá lugar cuando se esté en presencia de una declaración de voluntad no recepticia<sup>94</sup>.

En la denominada interpretación normativa, por el contrario, no se determina la voluntad real del declarante, sino el significado objetivo de la declaración<sup>95</sup>. Así, se tienen en cuenta los intereses del destinatario de la declaración, a saber, la protección de su confianza en lo declarado<sup>96</sup>.

Tratándose de la interpretación de declaraciones de voluntad recepticias, el destinatario de la declaración mismo debe interpretar la declaración<sup>97</sup>. En este proceso la interpretación normativa pasa a ser recién importante cuando el destinatario de la declaración comprendió la declaración diferentemente a como fue entendida por el declarante<sup>98</sup>.

La interpretación normativa determina lo que jurídicamente debe entenderse como querido<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> Cfr. Brox: A.T., párr. 127; Rütters obra citada, párr. 226, 227.

<sup>93</sup> Cfr. Brehm: obra citada, párr. 403; Medicus: A.T., párr. 322; Palandt/Heinrichs: §133, párr. 7; Pawloski: obra citada, párr. 606; Rütters: obra citada, párr. 226.

<sup>94</sup> Cfr. Brehm: obra citada, párr. 407; Brox: A.T., párr. 128; Köhler: A.T., § 16 II, pág. 170; Pawloski: obra citada, párr. 607; Rütters: obra citada, párr. 250.

<sup>95</sup> Cfr. Brox: A.T., párr. 133; Fikentscher: obra citada, párr. 125; Köhler: A.T., § 16 II, pág. 171; Larenz: *Die Methode*, pág. 76 y A.T., § 19 II a, pág. 338; Musielak: obra citada: párr. 86; Soergel/Hefermel: § 133 párr. 1.

<sup>96</sup> Cfr. Erman/Brox: § 133 párr. 14, 19; Fezer: obra citada, pág. 42; Rütters: obra citada, párr. 226.

<sup>97</sup> Cfr. Brox: *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, pág. 112; Larenz: A.T., § 19 II a, pág. 341, 341; Rütters: obra citada, párr. 232, 241.

<sup>98</sup> Cfr. Wieser: JZ 1985, 407; Kramer: *Grundfragen der vertraglichen Einigung*, pág. 146, 147; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 párr. 14; Soergel/Hefermel: § 133 párr. 1.

<sup>99</sup> Cfr. Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3 b, pág. 310; Medicus: A.T., párr. 323.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO COMO EJEMPLO DE LA INTERPRETACIÓN NATURAL

### a) Generalidades

En el caso de las disposiciones de última voluntad, así como en la mayoría de las declaraciones de voluntad no recepticias, no existe una persona cuyos intereses o confianza deban protegerse a través de la interpretación<sup>100</sup>.

El asignatario de la disposición testamentaria no es destinatario de la declaración de voluntad. Él adquiere gratuitamente, porque él no ejecuta una contraprestación. Por consiguiente, el asignatario de la disposición testamentaria no es digno de protección en su confianza en lo declarado<sup>101</sup>.

En la interpretación de un testamento, en consecuencia, debe investigarse la voluntad real del testador. En este caso, debe tomarse el precepto del §133 BGB incluso textualmente<sup>102</sup> y no adherir al sentido literal de la expresión<sup>103</sup>.

No interesa el sentido objetivo de las declaraciones expresadas en el testamento —lo que sería absurdo<sup>104</sup>— ni la aptitud para comprender la declaración del círculo de personas a las cuales se dirigió el testador<sup>105</sup>.

Complementariamente rige el §2084 BGB<sup>106</sup>, de acuerdo al cual, de entre diferentes posibilidades, en caso de duda, se debe dar prioridad aquella a través de la cual la disposición pueda tener efecto<sup>107</sup>.

Para determinar la verdadera voluntad del testador se puede recurrir a todas las circunstancias situadas fuera del testamento que permitan concluir su intención, con tal que la correspondiente intención se

<sup>100</sup> Sólo excepcionalmente, como tendremos oportunidad de ver en la letra c., siguiente, una declaración de voluntad no recepticia afectará a terceros.

<sup>101</sup> Cfr. Brox: A.T., pár. 129; Rùthers: obra citada, pár. 250; Wolf/Gangel: JuS 1983, II, Nr.3, pág. 664.

<sup>102</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 II, pág. 170; Larenz: A.T., § 19 II f, pág. 348: "En este caso queda excluida la aplicación del §157 BGB".

<sup>103</sup> BGH 80, 249; BGH 86, 45; ésta es, igualmente, la opinión generalizada en la literatura: cfr. Brox: A.T., pár. 129; Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 5, pág. 331 y sgtes.; Köhler: A.T., § 16 III, 2, pág. 170; Larenz: A.T., § 19 II f, pág. 347 y sigtes.; Medicus: A.T., pár. 322; Rùthers: obra citada, pár. 250.

<sup>104</sup> Cfr. Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 5, pág. 331; Larenz: A.T., § 19 II f, pág. 348.

<sup>105</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 III, 2, pág. 170; Rùthers: obra citada, pár. 250; Wolf/Gangel: JuS 1983, II, Nr.3, pág. 664.

<sup>106</sup> "§2084. (Diferentes modos de interpretación)

Si el contenido de una disposición de última voluntad admite varias interpretaciones, en la duda ha de preferirse aquella interpretación con la que la disposición pueda tener efecto."

<sup>107</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §133, pár. 13; Larenz: A.T., § 19 II f, pág. 348.

haya expresado de alguna forma en el testamento mismo, aunque sólo se haya insinuado o se encuentre oculta<sup>108</sup>. Sin embargo, una voluntad del testador para la cual no se encuentra en el testamento un "punto de conexión" no se ha expresado válidamente en cuanto a su forma<sup>109</sup>.

Constituye, entonces, una limitación para la interpretación natural la circunstancia que la voluntad del testador, para adquirir valor, debe ser declarada en la forma prevista en la ley<sup>110</sup>. Por ese motivo, la interpretación no puede hacer formar parte del contenido de la declaración a aquellas disposiciones olvidadas o bien efectuadas fuera del documento y que son formalmente ineficaces<sup>111</sup>. Sin embargo, si se cumple este requisito, será éste el significado competente, en caso que el testador haya supuesto a sus palabras un sentido distinto al que corresponde al uso general del idioma. Ello es igualmente válido en el caso en que el heredero no conocía este significado<sup>112</sup>.

Si la voluntad real del testador no es determinable, entonces debe establecerse el significado que mejor corresponda a la voluntad supuesta del testador. Aun cuando en este caso se trata de una segunda mejor solución, en cierta forma, un recurso de emergencia<sup>113</sup>.

#### b) Ejemplo propuesto por el Profesor Brox<sup>114</sup>

T lega en su testamento a L su bien raíz inscrito en "el Conservador de Bienes Raíces de Mainz (Maguncia) en el tomo 3, hoja 13". Después de la muerte de T, L en su calidad de asignatario de T, le exige a H (hijo de T) el bien raíz, de conformidad al §1939 BGB.

H reclama que T sólo quiso asignar a L su bien raíz más pequeño inscrito en "el Conservador de Bienes Raíces de Mainz (Maguncia) en el tomo 3, hoja 31", lo que T muchas veces expresó en frente de sus parientes.

Entonces, el profesor Brox plantea la pregunta: Puede L reclamar de H el bien raíz grande o el pequeño?

Dando respuesta a la pregunta, señala que el juez deberá investigar, por ejemplo, tomando declaración a los parientes, si T quiso asignar el bien raíz grande ("tomo 3, hoja 13") o el pequeño ("tomo 3, hoja 31"). Si las investigaciones del juez arrojan por resultado que T

<sup>108</sup> Cfr. BGH 80, 242; BGH FamRZ 70, 193.

<sup>109</sup> BGH 80, 242.

<sup>110</sup> Cfr. Larenz: A.T., § 19 II f, pág. 347.

<sup>111</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §133, pág. 13.

<sup>112</sup> BGH 86, 46.

<sup>113</sup> BGH 86, 45, 46.

<sup>114</sup> Brox: A.T., pág. 122, 129.



entendió el bien raíz más pequeño, entonces vale lo querido y no lo expresado en el testamento, de modo que L sólo tiene derecho al bien raíz más pequeño. Sin embargo, si el juez no puede establecer una voluntad de T que se aparte del tenor literal del testamento, entonces vale lo expresado.

c) Límite: La protección de los intereses de terceros partícipes

El recién comentado principio de la interpretación natural, a saber, que en la interpretación del testamento debe aplicarse exclusivamente la voluntad del declarante, o sea, del testador, no puede, sin embargo, extenderse a la interpretación de toda declaración de voluntad no recepticia. Si la declaración afecta a terceros, como en el caso de la promesa de premio o recompensa (§657 BGB)<sup>115</sup>, que requiere una conducta de ellos, también se interpretará la declaración de voluntad de acuerdo a la posibilidad de comprensión de un participante promedio<sup>116</sup>.

3. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO, A SABER, LA INTERPRETACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD RECEPTICIAS A TRAVÉS DE LAS CUALES SE PERFECCIONA

a) El horizonte del destinatario, "*der Empfängerhorizont*"

Tratándose de declaraciones de voluntad recepticias, a diferencia de lo que sucede en el testamento, existe otra persona (el destinatario de la declaración o *Erklärungsempfänger*) cuyos intereses deben ser protegidos. Por esta razón, las declaraciones de voluntad recepticias, como son la oferta de celebrar un contrato y la declaración de aceptación, se interpretan como debió entenderlas el destinatario de la declaración, de acuerdo a la fidelidad y buena fe y a la práctica o uso comercial (interpretación normativa)<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> "§657 BGB: (Promesa vinculante)

Quien mediante un anuncio público promete una recompensa por la ejecución de un acto, especialmente por la obtención de un resultado, está obligado a pagar la recompensa a quien haya ejecutado el acto, incluso si actuó sin consideración a la recompensa."

<sup>116</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 III, 2, pág. 171; Palandt/Heinrichs: §133, pág. 12; Rütters: obra citada, pág. 245. Este problema en particular está tratado en detalle por Kornblum JuS 1981, 801.

<sup>117</sup> En este sentido la jurisprudencia es uniforme. A modo de ejemplo: Cfr. BGH 103, 280; BGH NJW 90, 3206; BGH NJW 92, 1446. En la literatura, entre otros: Cfr. Brehm: obra citada, pág. 404; Medicus: A.T., pág. 323; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pág. 14; Palandt/Heinrichs: §133, pág. 9.

En consecuencia, la voluntad interna, no expresada del declarante, no es relevante, no es competente, para la interpretación<sup>118</sup>. Más bien, la interpretación se efectuará de acuerdo a lo que fue reconocible como voluntad por aquél a quien la declaración estaba determinada<sup>119</sup>; de acuerdo a cómo se presentó la declaración para el destinatario, según la fidelidad y la buena fe<sup>120</sup>, bajo una consideración objetiva de todas las circunstancias<sup>121</sup>, que le fueron reconocibles al momento de la recepción de la declaración (en el momento en que ésta —la declaración— llega a él, utilizando las palabras del §130 BGB)<sup>122</sup>.

La consideración del horizonte del destinatario y de su posibilidad de comprensión de la declaración es reconocida unánimemente tanto en la literatura<sup>123</sup> como en la jurisprudencia<sup>124</sup>.

No obstante lo expuesto, en este proceso el destinatario de la declaración debe asumir un rol interpretativo activo. Él también está obligado de acuerdo a la fidelidad y a la buena fe, bajo consideración de todas las circunstancias reconocibles —con “pertinente atención”<sup>125</sup>, “diligencia para interpretar”<sup>126</sup> o “cuidado para interpretar”<sup>127</sup>— a inquirir qué quiso decir el declarante<sup>128</sup>.

<sup>118</sup> En la jurisprudencia: Cfr. RGZ 67, 433; BGH 47, 78. Entre los autores: Cfr. Bickel: obra citada, pág. 159; Hübner: obra citada, pág. 427, 430; Köhler: A.T., § 16 II, pág. 169; Kramer: obra citada, pág. 144 y sgtes.; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 pág. 10; Soergel/Hefermel: § 133 pág. 1, 10; Wolf/Gangel: JuS 1983, II, Nr.1, pág. 664.

<sup>119</sup> BGH NJW 92, 1446. En la literatura: Cfr. Diederichsen: obra citada, pág. 227; Jauering: §133, Nr. 3 bb), pág. 83; Larenz: *Die Methode*, pág. 77; Schwab: obra citada, pág. 480.

<sup>120</sup> Cfr. BGH NJW 86, 3132; BGH NJW 88, 2879. También en la doctrina: Cfr. Brehm: obra citada, pág. 405; Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3c, pág. 310; RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner: §133 pág. 22; Schack/Westermann: obra citada, pág. 206; Soergel/Hefermel: § 133 pág. 26; Wolf/Gangel: JuS 1983, II, Nr.2, pág. 664.

<sup>121</sup> Cfr. BGH NJW 84, 721.

<sup>122</sup> La traducción de este parágrafo se encuentra en la nota de pie de página número 4.

<sup>123</sup> Cfr. Bickel: obra citada, pág. 153; Brox: A.T., pág. 133 y sgtes.; Enneccerus-Nipperdey: A.T., § 205 II, 5, pág. 1251; Fikentscher: obra citada, pág. 125; Hübner: obra citada, pág. 427; Köhler: A.T., § 16 III, 3, pág. 171; Kornblum: JuS 1981, 801; Kramer: obra citada, pág. 144 y sgtes.; Larenz: A.T., § 19 II a, pág. 339; Lüderitz: obra citada, pág. 283 y sgtes.; Medicus: A.T., pág. 323; Peters: BGB A.T., pág. 88; Palandt/Heinrichs: §133, pág. 9; Schack/Westermann: obra citada, pág. 206; v. Thur: A.T. Bd. II, § 64, pág. 539.

<sup>124</sup> Entre otras sentencias: Cfr. RGZ 96, 276; RGZ 131, 351; RGZ 169, 124, 125; BGH 36, 33; BGH 47, 78; BGH NJW 84, 721; BGH NJW 86, 3132; BGH NJW 88, 2879.

<sup>125</sup> BGH NJW 81, 2296.

<sup>126</sup> Heck AcP 112 (1914), pág. 43.

<sup>127</sup> Scherner: obra citada, pág. 88, 89.

<sup>128</sup> Cfr. Brox: A.T., pág. 134; Hübner: obra citada, pág. 429; Köhler: A.T., § 16 III, 3, pág. 172; Larenz: A.T., § 19 II a, pág. 339; Medicus: A.T., pág. 323; Palandt/Heinrichs: §133, pág. 9; Rütters: obra citada, pág. 232.

## b) Ejemplo de la jurisprudencia

Lo expuesto en la letra a), anterior, quedará más claro al dar un vistazo a la siguiente sentencia. Su comprensión requiere, sin embargo, de una explicación previa, en razón del idioma y por tratarse de una decisión judicial, cuyo texto se respetará con la mayor fidelidad que el caso permita.

El problema interpretativo se originó en el sustantivo "*Gros*", puesto que éste tiene dos significados en el idioma alemán. El primero, es "el grueso". En tal sentido se habla, por ejemplo, del grueso de un ejército, del grueso de la pared. El segundo, es doce docenas, es decir, ciento cuarenta y cuatro unidades. Tenga presente el lector, que por tratarse de un sustantivo se escribe con mayúscula, de acuerdo a las reglas de ortografía alemanas. Si se le utilizara como un adjetivo, por el contrario, se escribiría con minúscula (*groß* o *gross*).

Pues bien, en su calidad de representante de una escuela, su vicerrectora ordenó "*25 Gros Rollen*" de papel para el baño, en la creencia, según ella, de que se trataba solamente de 25 rollos gruesos de papel para el baño. Hacemos la precisión al lector que en alemán 25 rollos gruesos se escribe correctamente "*25 grosse Rollen*" o bien "*25 große Rollen*".

Ella firmó una hoja de pedido previamente llenada, en la cual, entre otros detalles, se encontraba la indicación "*Gros=12\*12*", es decir, 144 unidades.

La vicerrectora defendió la tesis de haber ordenado solamente 25 paquetes de papel para el baño, dobles.

Por el contrario, el vendedor afirmó haber vendido  $25 \times 12 \times 12$ , es decir, 3.600 rollos de papel para el baño.

El tribunal sostuvo que la palabra "*Gros*", como expresión de 144 piezas, si bien era anticuada, pertenecía todavía al uso general del idioma. Que de esto y de la ortografía divergente pudiese pensarse que con ello se trataba de "*große Rollen*", es decir, de rollos gruesos, no parecía plausible, teniendo en cuenta la preparación de la vicerrectora y las demás circunstancias (un pedido de sólo 25 rollos para un colegio sería notoriamente poco).

El tribunal determinó que el significado interpretativo competente de "*Gros*" (correspondiente al valor objetivo de la declaración) era, en consecuencia, 144 unidades. El contrato se perfeccionó, entonces, sobre 3.600 rollos de papel para el baño.

En todo caso, la sentencia le reconoció a la vicerrectora su derecho a impugnar la validez de su declaración, de conformidad al §119 BGB<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> Cfr. LG Hanau NJW 1979, 721.

## c) Conclusiones

De conformidad a lo expuesto –a diferencia de lo dispuesto por el §133 BGB– exclusivamente el valor objetivo de la declaración es competente<sup>130</sup>.

Este principio, fundar la interpretación en el horizonte del destinatario, o sea, en la posibilidad del destinatario de la declaración de comprenderla, fue desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia<sup>131</sup>.

Se encuentra confirmado, sin embargo, por los §157 y §119 I<sup>132</sup> BGB<sup>133</sup>.

En el §157 BGB, porque a causa de la consideración de la fidelidad y la buena fe, en la interpretación debe protegerse la confianza del destinatario de la declaración y establecerse, como resultado de ella, el sentido de la declaración reconocible desde la perspectiva de su horizonte. La protección de la confianza se presenta, en tanto, como una concretización del §157 BGB<sup>134</sup>.

Por su parte, de conformidad al §119 BGB, el declarante tiene la posibilidad de eliminar los efectos de la declaración no correspondientes a su voluntad a través de la facultad de impugnar su validez<sup>135</sup>. Por de pronto, sin embargo, el declarante está ligado a la declaración con el sentido establecido mediante la interpretación, aun cuando él se haya equivocado, sin culpa suya<sup>136</sup>.

El caso previsto por el legislador en el §119 I BGB, a saber, el error sobre el contenido de la declaración sería inconcebible, si el sentido jurídico competente de una declaración de voluntad fuese siempre el estimado por el declarante<sup>137</sup>.

<sup>130</sup> Cfr. Jauerling: §133, Nr. 3 bb), pág. 83; Musielak: obra citada: pág. 86.

<sup>131</sup> Cfr. Larenz: A.T., § 19 II a, pág. 340.

<sup>132</sup> §119 (Impugnabilidad debido a error)

Quien en el momento de hacer una declaración de voluntad está en un error en cuanto a su contenido, o no pretendía en absoluto hacer una declaración de dicho contenido, puede impugnar la validez de la declaración si se debe presumir que no la habría hecho con conocimiento de los hechos y una estimación razonable del caso.

Como error sobre el contenido de la declaración se considera también un error sobre aquellas cualidades de la persona o de la cosa que se consideran esenciales en el tráfico.

<sup>133</sup> Para Palandt/Heinrichs, sin embargo, esta conclusión no se deriva inmediatamente de los §133 ó §157 BGB, sino de las reflexiones relativas a la protección de la confianza y de los §§119 y siguientes; cfr. Palandt/Heinrichs: §133, pág. 11.

<sup>134</sup> Cfr. Soergel/Wolf: § 157 pág. 55, 56.

<sup>135</sup> Cfr. Brox: A.T., pág. 134.

<sup>136</sup> Cfr. Medicus: A.T., pág. 323.

<sup>137</sup> Cfr. Larenz: *Die Methode*, pág. 6 y A.T., § 19 II a, pág. 338; Brehm: obra citada, pág. 424; Kramer: obra citada, pág. 126; Soergel/Hefermel: § 133 pág. 1.

## VII. BREVE COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO CHILENO Y EL ALEMÁN RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

### 1. DISPOSICIONES LEGALES

#### a) Fundamento del BGB: desregular el procedimiento hermenéutico

Al contrario del Código Civil de la República de Chile, el BGB contiene solamente dos reglas fundamentales para la interpretación de las declaraciones de voluntad. A los redactores del BGB les pareció que una regulación legal detallada no sólo era innecesaria<sup>138</sup>, sino, además, *arriesgada* con miras al resultado interpretativo. Así se lee en la exposición de motivos de sus autores: "Disposiciones de este tipo son, esencialmente, reglas de la lógica sin valor de derecho positivo: El juez recibe enseñanzas sobre lógica práctica. Con ello es obvio el peligro de que las disposiciones sean tomadas por verdaderos preceptos jurídicos y que el sentido de la palabra expresada sea tratado como norma principal de la cual sólo podrá apartarse cuando ello ha sido especialmente autorizado por la ley, mientras que la consideración de todas las circunstancias posiblemente relevantes es directamente excluida"<sup>139</sup>.

Ya los autores del BGB vieron el riesgo: Una regulación pormenorizada del procedimiento interpretativo en la ley conlleva mucha rigidez. De ello se podría erróneamente colegir —como sucedió de hecho al estimarse que las denominadas "cláusulas claras" no serían interpretables— que uno de los pilares en los que descansa no sólo el denominado sistema objetivo de interpretación del contrato, sino, desde luego, el subjetivo, a saber, la consideración de las circunstancias relevantes que acompañan a la declaración de voluntad, se encontraría excluida, debido a que la ley, al no facultar expresamente al intérprete para ello, no le permitiría el recurso a ellas.

#### b) El correcto entendimiento de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil

La falta de flexibilidad que origina una regulación detallada tampoco ha pasado desapercibida para la literatura y la jurisprudencia nacio-

<sup>138</sup> Cfr. Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 3, a, pág. 307.

<sup>139</sup> Motive I, 155 (Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 437).

nales. Así, en la aplicación de las reglas para la interpretación del contrato del Título XIII, Libro IV, del Código Civil es tomado en cuenta el hecho de que es imposible que ellas comprendan todos los casos de interpretación y, por eso, que puedan resolver todos los problemas hermenéuticos. Por esta razón, el principal autor nacional en materia de hermenéutica contractual, el profesor Jorge López Santa María, sostiene —y ésta es la opinión que consideramos acertada— que las reglas de interpretación del contrato, más bien, constituyen un “modus operandi” flexible<sup>140</sup>.

Vemos una ratificación de esta tesis en la sentencia de la Corte Suprema que establece que el artículo 1560 del Código Civil contiene la “regla fundamental” de la interpretación del contrato en el derecho chileno<sup>141</sup>. En consecuencia, de acuerdo a la opinión de la Corte Suprema, no existe una infracción de las demás reglas de interpretación (artículos 1561 a 1566 C.C.), en caso de que estas reglas no hayan sido utilizadas, porque de conformidad al artículo 1560 C.C. la voluntad de las partes contratantes ya era conocida claramente<sup>142</sup>.

La consideración del artículo 1560 C.C. como regla fundamental de la interpretación del contrato crea en Chile un método de interpretación flexible, conforme al cual el juez debe establecer la voluntad verdadera de las partes contratantes considerando todas las circunstancias pertinentes del caso concreto.

No considerar las circunstancias que se encuentran al exterior de la declaración y que sirven para el esclarecimiento o descubrimiento de la voluntad de las partes no sólo puede conducir a un resultado interpretativo injusto, como sucedería, por ejemplo, si los contratantes conscientemente o por error designaron el objeto del contrato equivocadamente, sin embargo, estuvieron de acuerdo en entender la declaración en otro sentido, sino, además, importa una contravención directa del artículo 1560 C.C., pues, en tal caso, se estaría más a lo literal de las palabras que a la intención de los contratantes, como dispone el artículo. En el ejemplo propuesto —infringiendo el artículo 1560 C.C.— se llegaría al absurdo de que la representación común, la voluntad común de las partes, no sería válida, sino la expresada, aun cuando equivocada, sea por error o intencionalmente.

<sup>140</sup> Cfr. López Santa María: *Los Contratos, Parte General*, Ed. Jurídica, Primera Edición, 1968, pág. 328.

<sup>141</sup> Corte Suprema, 15 de diciembre de 1924, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Código Civil*, t. IV, III, N° 32, pág. 247.

<sup>142</sup> Corte Suprema, 15 de diciembre de 1924 (citada); casación en la forma y fondo, Corte Suprema, 24 de enero de 1984, considerando 15°, R.D.J. y G.T., 1984, t., 81, sec. I, pág. 29.

## 2. LOS MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN

### a) Procedimiento en la interpretación

La diferencia entre el derecho chileno y el alemán de la interpretación del contrato se hace patente, sobre todo, en esta materia. Ambos sistemas jurídicos parten del tenor literal de la declaración. Para ello es competente el uso general del idioma. Éste corresponde en el derecho chileno, en principio, al significado del Diccionario de la Real Academia Española o al significado especial que se le atribuye en el círculo respectivo<sup>143</sup>. Después del establecimiento del sentido de las palabras, en una segunda etapa interpretativa, en ambos sistemas jurídicos se debe recurrir a las circunstancias concomitantes que se encuentran fuera del acto declarativo, puesto que detrás de la declaración misma se puede esconder una voluntad negocial distinta.

A partir de este nivel se separan ambos procedimientos interpretativos: Mientras que en el derecho chileno el juez aplica la voluntad hipotética o probable de las partes, para el juez en Alemania es competente la posibilidad de comprensión del destinatario de la declaración, el horizonte del destinatario. No siendo visible la voluntad verdadera de las partes de un contrato o bien no pudiendo ser averiguada, entonces se está en Chile a una fingida. La voluntad hipotética o virtual de los contratantes es aquella voluntad que el juez tiene por la voluntad real de las partes, si bien sobre la base de los hechos probados en el proceso.

Por el contrario, el derecho alemán hace depender el resultado interpretativo de la posibilidad de comprensión del consignatario de la declaración. Para ello, sin embargo, debido al principio de la fidelidad y buena fe sólo es competente el significado objetivo de la declaración.

### b) La solución chilena del problema hermenéutico y crítica a este respecto

Sobre la base de la comprensión del artículo 1560 del Código Civil expuesta, según la cual él contiene la regla fundamental para la interpretación del contrato a la cual deben ajustarse las demás reglas de hermenéutica, y de la aceptación del principio de que todas las cir-

---

<sup>143</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril de 1863, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Código Civil, t. IV, N° 3, pág. 265; Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de enero de 1982, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 78, sec. III, pág. 35.

cunstancias concomitantes a la declaración deben ser consideradas en la interpretación, el resultado interpretativo en el derecho chileno, en principio, no debiera apartarse mucho al del derecho alemán.

En el derecho chileno, sin embargo, al establecer el juez la voluntad virtual de los contratantes no se funda en criterios objetivos.

A diferencia del §157 BGB la influencia del artículo 1546 del Código Civil en la interpretación del contrato es aún limitada.

El artículo 1546 se encuentra en el título XII del Libro IV del Código Civil y regula el efecto de las obligaciones. Visto sistemáticamente, en consecuencia, dicho artículo no fue considerado por el legislador —al igual que en el Derecho alemán el §242 BGB— como una regla de interpretación.

Asimismo, el legislador —sobre la base de la adoptada concepción de que las expresiones del derecho sólo deben ser reconocidas en la medida de que hayan sido formuladas por escrito en una ley, positivamente— excluyó en su texto la referencia a la equidad. En este aspecto el artículo 1546 del Código Civil se aparta de su modelo francés, el artículo 1135 Code Civil<sup>144</sup>.

La tesis sostenida por la doctrina nacional consistente en que el artículo 1546, a pesar de su ubicación en el Código, debe verse como una regla de interpretación, no ha sido aceptada inequívocamente por los tribunales chilenos. En consecuencia, en la práctica al efectuarse la interpretación del contrato, el artículo 1546 del Código Civil no es aplicado en Chile como principio hermenéutico general. Por esta razón, en Chile no se puede hablar todavía de una interpretación general de conformidad al principio de la fidelidad y buena fe<sup>145</sup> ni de una aplicación armónica de esta norma con el artículo 1560 C.C. al estilo de la que efectúa la doctrina y jurisprudencia alemana de los §§133, 157 y 242 BGB.

La objetividad de la solución hermenéutica se ve, asimismo, debilitada a causa de que en la práctica de la interpretación contractual, la costumbre se encuentra casi exclusivamente limitada a los casos en los cuales los contratantes han acordado su aplicación.

La protección exagerada de la voluntad de los contratantes conduce, al fin y al cabo, al absurdo de que el resultado interpretativo, disfrazado de voluntad virtual de los contratantes, no es otra cosa que

<sup>144</sup> Recordemos que el artículo 1135 del Código Civil francés dispone: "Las convenciones obligan no sólo a lo que en ellas se expresa, sino que también a las consecuencias que la equidad, los usos, o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza".

<sup>145</sup> La existencia de sentencias aisladas no permite seriamente afirmar que en Chile la interpretación del contrato, según la fidelidad y la buena fe, constituye un principio generalmente reconocido.



aquello que el juez tiene (conforme a su apreciación) por la voluntad contractual. Con todo, en Chile el resultado interpretativo no queda abandonado solamente a la subjetividad del juez. Para la determinación de la voluntad hipotética de las partes se le imponen el juez límites objetivos que protegen a la intención de las partes contratantes de la (propia) voluntad del juez. Así, al establecer la voluntad virtual o hipotética de las partes el juez se encuentra ligado a los hechos acreditados en el proceso. Además, en los casos extremos en los cuales el juez no aplicase los hechos probados en la litis —como por ejemplo, si el juez, sencillamente, no interpretase el contrato o pasare por alto el contenido acreditado de la declaración— su actuación sería revisada por el tribunal de casación.

c) Revisión del resultado interpretativo vía casación

De la constatación efectuada por la doctrina y la jurisprudencia alemana, a saber, que la interpretación de una declaración de voluntad es una "valoración jurídica"<sup>146</sup>, se desprende que ella, por regla general, será revisada en sede de casación. Por lo mismo, el juez debe practicarla de oficio<sup>147</sup>, independientemente de las disposiciones sobre el peso de la prueba y sobre la carga de afirmar<sup>148</sup>; en tanto, no se encuentra obligado a lo afirmado por las partes<sup>149</sup>.

Si bien para la jurisprudencia alemana el establecimiento de la voluntad interna de los involucrados —la determinación del objeto y la de los medios de la interpretación<sup>150</sup>— pertenece, al igual que en Chile, al ámbito de la determinación de los hechos<sup>151</sup>, el resultado interpretativo, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, es revisado, por regla general, por el tribunal de casación.

Tratándose de declaraciones de voluntad no típicas, sin embargo, la revisión sólo será procedente si se han infringido reglas de interpretación, reglas de la lógica, máximas de la experiencia, o disposiciones de procedimiento legal o generalmente reconocidas. Será revisado, asimismo, si material esencial para la interpretación no ha sido consi-

<sup>146</sup> BGH NJW 84, 721. En este mismo sentido los comentaristas: Erman/Brox: § 133 p. 41; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 p. 57; Palandt/Heinrichs: §133, p. 29.

<sup>147</sup> RGZ 131, 350. Entre los autores cfr.: Flume: A.T. des BGB, Bd. II, § 16, 6, p. 338; Larenz: A.T., § 19 II h, p. 352, 353; Staudinger/Dilcher: §133, 157 p. 46.

<sup>148</sup> BGH 20, 109.

<sup>149</sup> RG LZ 30, 513. De la misma opinión Cfr.: Erman/Brox: § 133 p. 42; MünchKomm/Mayer/Maly: §133 p. 55; Palandt/Heinrichs: §133, p. 29; RGRK-Piper: §157 p. 113.

<sup>150</sup> Ver V. 1.

<sup>151</sup> BAG 22, 424.

derado<sup>152</sup>. Por el contrario, las cláusulas típicas que no solamente son aplicadas en la jurisdicción de un tribunal regional (OLG-Bezirk, §549 I ZPO), se encuentran sometidas a una revisión ilimitada por parte del tribunal de casación<sup>153</sup>.

Así, mientras que en el derecho alemán se parte de la base de que una interpretación errónea del negocio jurídico está sujeta al examen del tribunal de casación, desde la perspectiva de los tribunales chilenos no es posible hacer la misma afirmación general.

### 3. OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN

El desarrollo de la teoría alemana de la interpretación del contrato se encuentra estrechamente vinculado al objeto mismo de la interpretación.

En efecto, el punto de partida del derecho alemán es el acto declarativo individual. Para el derecho alemán de la interpretación del contrato, primeramente, reviste importancia, si un comportamiento constituye en realidad una declaración de voluntad. Así se desprende de la doctrina<sup>154</sup> y de la jurisprudencia<sup>155</sup>.

En cambio en el derecho chileno, al igual que en su modelo francés, el contrato como un todo se encuentra en el centro de la consideración. El perfeccionamiento del contrato y, con ello, la existencia de dos declaraciones de voluntad que coinciden, es decir, que son congruentes, es, por así decirlo, presupuesta.

Esta consecuencia surge del tenor literal de las respectivas disposiciones interpretativas fundamentales. Tanto el §133 BGB como el artículo 1560 C.C. le ordenan al intérprete investigar la voluntad de las partes. Sin embargo, de acuerdo al tenor literal de ambas normas el objeto de la interpretación es otro. Según la regla fundamental del artículo 1560 C.C., el contrato es interpretado como un todo y, sin estarse a lo literal de las palabras, es averiguada la intención de las partes contratantes.

Por el contrario, de acuerdo al §133 BGB, al interpretarse una "declaración de voluntad" debe ser investigada la voluntad real —su tenor literal acentúa en exceso y exclusivamente la voluntad del declarante— y no adherirse al sentido textual de la expresión.

<sup>152</sup> Cfr. RGZ 131, 350; BGH WM 78, 266; BGH WM 90, 423; BGH NJW-RR 92, 835.

<sup>153</sup> Cfr. BGH 7, 368; BGH 62, 254; BGH 83, 337.

<sup>154</sup> Cfr. Brox: A.T., pár. 67; Köhler: A.T., pág. 169; Larenz: A.T., § 19.

<sup>155</sup> Cfr. BGH NJW 86, 3132; BGH NJW 84, 721; BGH 21, 106.

La segunda regla fundamental de la interpretación en el derecho alemán se encuentra consagrada en el §157 BGB. Por cierto, esta disposición se refiere, según su tenor literal, solamente a la interpretación de "contratos". Para ello, sin embargo, el §157 BGB no remite a la voluntad de las partes contratantes, sino al principio de la fidelidad y de la buena fe, así como a los usos del tráfico.

El resultado hermenéutico justo se logra, no obstante, pues de conformidad al parecer preponderante, ambas disposiciones se complementan recíprocamente y sus concepciones jurídicas son válidas tanto para la interpretación de las declaraciones unilaterales de voluntad como para la interpretación del contrato.

Distinto de lo que ocurre en el derecho chileno, con la incorporación del concepto de la declaración de voluntad y una regla de interpretación especial para ella en el §133 BGB, el derecho alemán conduce a un traslado del problema interpretativo al acto declarativo individual.

Porque en el derecho chileno, por regla general, no es interpretada la declaración individual de voluntad, sino el documento contractual que contiene la declaración común de ambas partes, se evidencia que el objeto de la interpretación en el derecho chileno se encuentra delimitado con mayor estrechez que en el alemán. A ello se agregan las disposiciones formales de los artículos 1708 y siguientes del Código Civil, según las cuales todo negocio jurídico cuyo monto supere las dos unidades tributarias debe constar por escrito, a fin de que pueda ser probada por testigos la obligación que de él emana y facilitarse, así, su cumplimiento judicialmente. Por esta razón, un tribunal chileno tendrá ante sí, a diferencia de uno alemán, un contrato escrito, base de la cual partirán las reglas de interpretación de los artículos 1560 a 1566 C.C.

#### VIII. LOS POSTULADOS DE LA DOCTRINA MODERNA RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

No obstante el avance que significó en su época la regulación de la cuestión interpretativa efectuada por el BGB a través de dos disposiciones generales (y a una concepción sistemática bastante más moderna que la francesa y la chilena), dicha regulación es criticada en la literatura alemana moderna.

Así, la distinción positiva entre declaración de voluntad y contrato, a efectos de normar su interpretación, es percibida como "impro-

pia<sup>156</sup> y la regulación del problema de la interpretación que se efectúa sobre su base es vista como "estrecha"<sup>157</sup>.

Teniendo presente estas deficiencias, en la búsqueda de una mejor solución para la interpretación, la ciencia y la jurisprudencia propusieron principios interpretativos<sup>158</sup> distintos que tuviesen en cuenta, de un modo más justo, tanto los intereses del declarante como los del destinatario de la declaración.

De esta manera, en el derecho alemán de la hermenéutica jurídico-negocial moderno, ya no se está al tipo de acto jurídico a interpretar a efectos de determinar las normas jurídicas y principios que regulen dicho procedimiento, como disponen los §§133 (declaración de voluntad – voluntad real) y 157 BGB (contrato – buena fe y costumbres del tráfico), sino que, superando el tenor literal de las disposiciones referidas, a la clase de declaración de voluntad cuyo sentido jurídico competente debe ser establecido.

La consideración de los intereses del declarante, así como los del destinatario de la declaración constituye en Alemania el punto central del análisis. Por consiguiente, la interpretación del negocio jurídico no reconoce una finalidad uniforme<sup>159</sup> y distingue, como hemos tenido oportunidad de apreciar, según el tipo de la declaración.

Mientras la interpretación de las declaraciones de voluntad no recepticias (unilaterales) debe efectuarse conforme a la voluntad real del declarante (la denominada interpretación natural), la interpretación de las declaraciones de voluntad recepticias dependerá de cómo ella debió ser entendida por el destinatario de la declaración, según la fidelidad y la buena fe, considerando los usos del tráfico (la denominada interpretación normativa). La interpretación objetiva tiene lugar desde la perspectiva del destinatario de la declaración (el horizonte del destinatario), en tanto que la representación del declarante no es considerada<sup>160</sup>.

Ello no significa, sin embargo, que el resultado interpretativo –y éste es el límite que deja a salvo la voluntad del declarante– quede entregado al arbitrio del juez o, en su caso, a la equidad. Puesto que la buena fe y la equidad no son conceptos sinónimos.

Así, la doctrina deja bien en claro que tanto el §157 como el §242 BGB encuentran un límite en el principio de la autonomía de la

<sup>156</sup> Medicus: A.T., pág. 322.

<sup>157</sup> Rùthers: obra citada, pág. 214.

<sup>158</sup> Cfr. Medicus: A.T., pág. 319 y sigtes.; Rùthers: obra citada, pág. 214.

<sup>159</sup> Cfr. Köhler: A.T., § 16 III, 1, pág. 170.

<sup>160</sup> Cfr. Wolgast: obra citada, pág. 114.

voluntad<sup>161</sup>. Sobre dicha base, se entiende que el §242 BGB no autoriza al juez a llevar a cabo una justicia de equidad<sup>162</sup>.

La propia jurisprudencia –sin dudas respecto del rol de la buena fe– sostiene que sobre la base del §242 BGB y a través de la interpretación no le está permitido al juez modificar la obligación existente, de manera tal que se le concedan al deudor facilidades, debido a que una ejecución del contrato sin restricciones le representaría un rigor injusto y al acreedor una ventaja desproporcionadamente grande<sup>163</sup>.

La justicia del resultado interpretativo se ve, asimismo, reforzada, pues éste, al consistir en una valoración jurídica, será, por regla general, objeto del examen del tribunal de casación.

El desarrollo doctrinario presentado ha llevado a que en Alemania lentamente se deje de utilizar la expresión interpretación del contrato y se hable generalmente, más bien, de la interpretación de las declaraciones de voluntad.

## BIBLIOGRAFÍA

### Obras temáticas

- Bickel, Dietrich: *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen*, N.G. Elwert Verlag, Marburg, 1976, Pág. 163.
- Brehm, Wolfgang: *Allgemeiner Teil des BGB*, 2ª Edición, Richard Boorberg Verlag, 1994.
- Brox, Hans: *Allgemeiner Teil des BGB*, 16ª Edición, Carl Heymanns Verlag KG Köln, Bonn, München, 1992.
- Brox, Hans: *Allgemeines Schuldrecht*, 19ª Edición; Verlag C.H. Beck, München 1991.
- Brox: *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1960.
- Diederichsen, Uwe: *Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches für Studienanfänger*, 5ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1984.
- Enneccerus-Nipperdey: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, zweiter Halbband, 15ª Edición, Tübingen 1960.
- Esser/Schmidt: *Schuldrecht*, tomo I, *Allgemeiner Teil*, Tb. 1, 7ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

<sup>161</sup> Cfr. Erman/Hefermel: § 157, pár 3; Larenz: A.T., § 29 I, pág. 539.

<sup>162</sup> Cfr. Palandt/Heinrichs: §242 pár. 2; Jauerling: §242, Nr. 1 b, pág. 172.

<sup>163</sup> RGZ 131, 177; BGH NJW 85, 2580.

- Fezer, Karl Heinz: *BGB Allgemeiner Teil*, 5ª Edición, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, Kriftel, Berlin, 1995.
- Fikentscher, Wolfgang: *Schuldrecht*, 8ª Edición, Verlag Walter De Gruyter & Co., Berlin, New York, 1992.
- Flume, Werner: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, tomo 2, *Das Rechtsgeschäft*, 4ª Edición, Springer-Verlag, Heidelberg, Berlin, 1992.
- Gernhuber, Joachin: "§242 BGB – Funktionen und Tatbestände", *JuS* 1983, Pág. 764.
- Heck, Ph.: "Gesetzeauslegung und Interessenjurisprudenz", *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 112 (1914).
- Hübner, Heinz: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Verlag Walter De Gruyter & Co., Berlin New York, 1985.
- Köhler, Helmut: *BGB Allgemeiner Teil*, 21ª Edición, C.H. Beck'schen Buchdruckerei, München, 1991.
- Kornblumm, Udo "Die verflixte schwebende Jungfrau – OLG Karlsruhe, Die Justiz 1980, 436 (Urteil des Zivilsenats in Freiburg v. 25.7.1980)", *JuS* 1981, 801.
- Kramer, Ernst A: *Grundfragen der vertraglichen Einigung*, Wilhelm Fink Verlag, München – Salzburg, 1972.
- Larenz: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª Edición, C.H. Beck'schen Buchdruckerei, München, 1989.
- Larenz, Karl: *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Nachdruck der 1. Auflage, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Mein – Berlin, 1966.
- Lüderitz, Alexander: *Auslegung von Rechtsgeschäften*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1966.
- Medicus, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 4ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990.
- Medicus, Dieter: *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 6ª Edición, C.H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung, München, 1992.
- Mugdan, Benno: *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. I, *Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Scientia Verlag Aalen, 1979.
- Musielak, Hans-Joachin: *Grundkurs BGB*, 3ª Edición, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992.
- Pawlowski, Hans Martin: *Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 4ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993.
- Peters, Frank: *BGB Allgemeiner Teil*, Schaeffers Grundriß Verlag Decker & Müller, Heidelberg; 1991.

- Rüthers, Bernd: *Allgemeiner Teil des BGB*, 9ª Edición, C.H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung, München, 1993.
- Schack/Westermann: *BGB – Allgemeiner Teil*, 6ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.
- Schwab, Dieter: *Einführung in das Zivilrecht*, 9ª Edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990.
- Von Thur, Andreas: *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band. Erste Hälfte. Unveränderter Nachdruck der 1914 erschienenen ersten Auflage, Verlag Von Duncker & Humboldt/berlin, 1957, tomo II.
- Wieser, Eberhard: "Empirische und normative Auslegung", *Juristenzeitung* 1985, pág.407.
- Weber, Ralph: "Entwicklung und Auslegung des §242 BGB zum "königlichen Paragraphen", *JuS* 1992, Heft 8, pág. 631.
- Wolf/Grangel: "Der nicht formerklärte Erblasserwille und die Auslegungsfähigkeit eindutiger testamentarischer Verfügungen – BGH, NJW 1981, 1736 –", *JuS* 1983, II, Nr.1, pág. 664.
- Wolgast, Antje: *Die Auslegung von Rechtsgeschäften im französischen Recht, im deutschen Recht und im common law*, Dissertation, Hamburg, 1965.

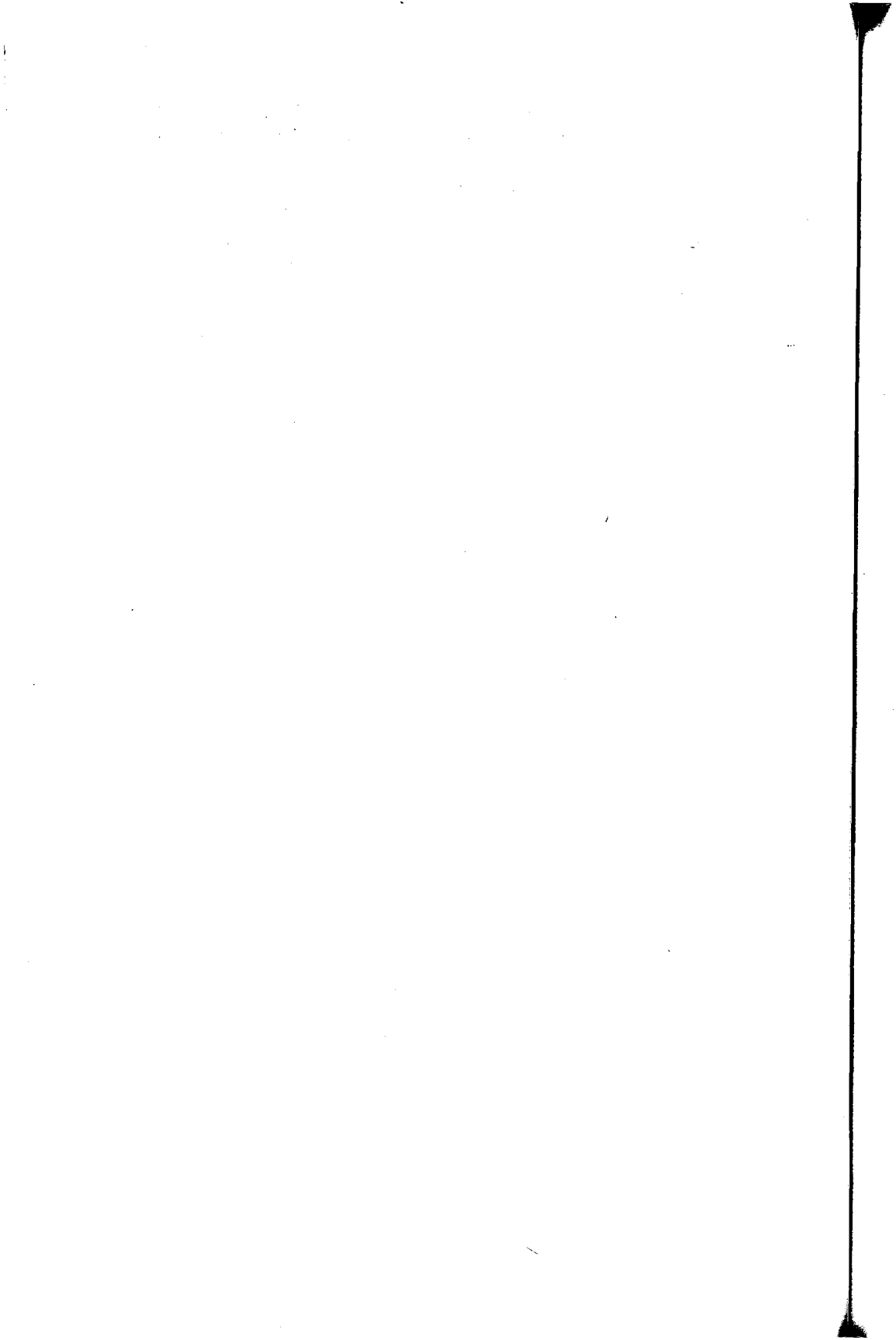
*Comentarios al Código Civil alemán (BGB)*

- Dilcher: §133, 157 en Staudinger: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil*, §§90-240, 12ª Edición, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1980.
- Hefermel: §157 en Ermann: *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo I, 9ª Edición, Verlag Aschendorff, Münster, 1993.
- Hefermel: §133 en Soergel: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo I, Allgemeiner Teil, 12ª Edición, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1987.
- Heinrichs: §133 en Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 53ª Edición, C.H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung, München, 1994.
- Jauering: §133 en Jauering / Schlechtriën / Stürmer / Teichmann / Vollkommer: *BGB Bürgerliches Gesetzbuch*, 7ª Edición, Verlag C.H. Beck, München 1994.
- Kropholler/Berenbrock: *Studienkommentar BGB*, 2ª Edición, Verlag C.H. Beck, München, 1995.
- Krüger-Nieland/Zöllner: §133 en *Kommentar des Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch (RGRK)*, tomo I, 12ª Edición, Verlag Walter De Gruyter, New York – Berlin, 1982.

Mayer-Maly: §133 en *Münchener Kommentar zum BGB*, tomo I, *Allgemeiner Teil, AGB-Gesetz*, 3 Edición, C.H. Beck'schen Buchdruckerei, München, 1993.

Wolf: §157 en Soergel: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo I, *Allgemeiner Teil*, 12ª Edición, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1987.





# ASPECTOS EN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. DERECHO CHILENO Y TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

JORGE WAHL SILVA  
*Magíster en Derecho*  
*Universidad de Duke (EE.UU.)*  
*Profesor de Derecho Civil*  
*Universidad de los Andes*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. NOCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Las partes celebran un contrato a través de medios electrónicos cuando la oferta y la aceptación, o simplemente el acuerdo de voluntades, constan de uno o más documentos electrónicos<sup>1</sup>.

En la situación corriente del intercambio de oferta y aceptación, el contrato electrónico constará probablemente de al menos dos documentos en que conste la manifestación de voluntad de las partes, o de uno solo suscrito por todas las partes; todo ello supuesto naturalmente que se trate de un contrato que no requiera de la entrega de la cosa o de una ulterior formalidad para celebrarse eficazmente.

### 2. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LA PRÁCTICA

Las partes pueden alcanzar un acuerdo previo para "definir las consecuencias legales de los intercambios electrónicos"<sup>2</sup>, esto es, un

---

<sup>1</sup> El art. 2 de la Ley 19.799 define al *documento electrónico* como "toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior".

<sup>2</sup> Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spagnole, Jr., *International Business Transactions*, Fourth Edition, American Casebook Series, West Group, 1999, p. 169. En inglés en el original.

"*trading partner agreement*" que regule –entre otros aspectos– el proceso de formación del contrato, un campo que, en general, es objeto de normas legales supletorias. Esta situación se dará con frecuencia entre empresas o comerciantes que sostienen relaciones de negocios habituales (*businesses to businesses*, B2B).

Por la inversa, los consumidores y personas naturales normalmente aceptarán celebrar uno o más contratos a través de medios electrónicos consintiendo, de manera expresa o tácita, a través de un mensaje contenido y comunicado también por un medio electrónico para uno o más casos puntuales. Evidentemente, esta segunda situación conlleva mayor incertidumbre, por lo que el rol de la ley resulta aquí más relevante. Como situación intermedia puede proponerse el caso del consumidor que se hace cliente de un sitio electrónico aceptando unos términos de venta o contrato tipo que registrará cada negocio individual posterior (negocios *Businesses to Consumers*, B2C).

Desde una perspectiva distinta, las partes pueden intercambiar *mensajes electrónicos estandarizados*, es decir susceptibles de ser procesados directamente por sus sistemas de tratamiento de datos, o bien, mensajes cuyo texto es determinado libremente por el emisor y que no puede ser procesado directamente por el sistema del receptor sino que debe ser necesariamente leído por una persona<sup>3</sup>. En el primer caso, por ejemplo cuando dos empresas contratan a través del sistema EDI o cuando un consumidor presiona el botón "aceptar" de un sitio de comercialización disponible en la Internet, se llevan a cabo operaciones que han sido diseñadas para producir un determinado efecto dentro del proceso de conclusión del negocio. Por ejemplo, el sistema del vendedor confirmará el pedido, dará curso a la autorización de cargo en la tarjeta de crédito del comprador y generará una orden de despacho del producto. En cambio, cuando se concluye un contrato a través de mensajes de correo electrónico, se utiliza un texto que las partes han introducido libre y espontáneamente. Sin importar cuán claros puedan ser dichos mensajes, en este caso la operación electrónica ejecutada –simple transmisión de un texto escrito– no permite la conclusión directa del contrato por parte del sistema del receptor del mensaje.

De esta manera se está en presencia de *negocios automatizados* cuando la operación se conduce o ejecuta, en todo o parte, a través de medios electrónicos, sin que las actuaciones emanadas de una o ambas partes, o de sus agentes electrónicos, sean revisadas por un individuo.

Así, el consumidor que accede al sitio de comercialización electrónica escoge el producto, la cantidad y el precio, usualmente haciendo

---

<sup>3</sup> Id.

uso de un "carro de compras" virtual. Luego, completa los antecedentes para autorizar el cargo del precio contra una tarjeta de crédito o débito, y concluye despachando su pedido a través de un "click" final. Posteriormente, el sitio del vendedor enviará una respuesta confirmando la orden. Mediante el procedimiento descrito, el consumidor ha llevado a cabo un conjunto de acciones que, a través de un procedimiento electrónico, han conducido a que el agente electrónico del vendedor dé por concluido el contrato. En este caso, el negocio ha sido automatizado sólo por lo que respecta a la parte vendedora; pero nada obsta a que, por ejemplo, un contrato de compraventa se celebre en forma completamente automatizada, entre una parte cuyo sistema genera automáticamente órdenes de compra al acusar cierta reducción de productos en inventario, y otra, cuyo sistema automáticamente procesa las órdenes de compra.

Cuando el consumidor "contrata" con un sistema automatizado, que en realidad es el medio físico del que se sirve la otra parte para contratar, se dice celebrar un "contrato click" o "*click-through transaction*". Es frecuente en esos casos la introducción de condiciones generales predispuestas, por parte del operador del sistema automático; con lo que la figura devendría en un "contrato click envuelto", traducción literal de "*click-wrap agreement*", denominación aplicada a las condiciones generales que el consumidor suele encontrar al interior de la caja de ciertos productos ("contrato empaquetado" o "*shrink-wrap agreement*"). En definitiva, se trata de contratos electrónicos no negociables para cuya formación se establece que por el solo hecho de seguir adelante con las operaciones electrónicas propuestas o de pulsar el ícono "aceptar", el usuario del sitio de comercialización acepta los términos predispuestos.<sup>4</sup>

### 3. EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO

Este trabajo busca poner en relación la contratación electrónica reconocida por la Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de abril de 2002, con el Derecho sustantivo que rige la formación del consentimiento. Para ello, se recurre a las normas generales, especialmente los artículos 97 a 105 del Código de Comercio asumiendo su general aplicación a toda clase de contratos, y también a las especiales sobre protección de los derechos del consumidor.

<sup>4</sup> William B. Baker, Timothy C. Brightbill y Marcus E. Maher, *Contracting and Selling in Cyberspace: Guidelines for Businesses*. National Legal Center for the Public Interest, 2000, Mark G. Ellis Editor, p. 16.

En el plano del Derecho comparado y en miras a explorar tendencias que puedan influir en el Derecho nacional, se examinan las normas vigentes en la Comunidad Europea y en los Estados Unidos. En el primer caso, se ha tomado como fuente principal la directiva sobre el Comercio Electrónico<sup>5</sup>, y también a la ley española número 34 de 11 de julio de 2002, dictada en aplicación de la Directiva citada. En los Estados Unidos las normas legislativas más relevantes son la Ley Federal sobre Firma Electrónica en el Comercio Global y Nacional (E-Sign Act)<sup>6</sup> y la Ley Uniforme sobre Transacciones Electrónicas (UETA)<sup>7-8</sup>. Sin embargo, dada la amplia primacía que estas normas reconocen al Derecho común, resulta forzoso volcar la atención hacia algunas normas del Derecho nacional europeo, principalmente español, y estatal estadounidense.

En el campo internacional, aparte de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, las reglas sustantivas de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CCIM) integran con acierto las influencias de los sistemas de Derecho Civil y *Common Law* en materia de contratos<sup>9</sup>. Se tienen presentes también algunas fuentes secundarias de Derecho, como los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT)<sup>10</sup>, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (Principios Europeos)<sup>11</sup>, y las reglas del Ordenamiento del Derecho de Contratos Segundo (*Restatement Second*) estadounidense<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Directiva 2000/31/EC, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), Diario Oficial de la Comunidad Europea, 07/17/2000.

<sup>6</sup> Esta ley entró en vigencia el primero de Octubre de 2000.

<sup>7</sup> La UETA es una ley modelo elaborada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws en 1999, siendo aprobada y recomendada como legislación para todos los Estados. Hasta abril de 2001, más de 20 Estados habían incorporado a su legislación la UETA, en ciertos casos con variaciones al texto original. Véase Baker, Brightbill y Maher, op. cit., p. 12.

<sup>8</sup> No se debe confundir la UETA con la Ley Uniforme sobre Transacciones sobre Información Computacional (UCITA), referida a la situación particular en que la información computacional es tratada como un bien —o como lo entiende la UCITA, un servicio— que es objeto de un contrato.

<sup>9</sup> En general, entre otras excepciones, la Convención no se aplica a compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico. Además, las partes en general pueden excluir la aplicación de la convención o establecer excepciones a sus disposiciones y modificar sus efectos.

<sup>10</sup> Los principios UNIDROIT fueron publicados en 1994, como resultado del trabajo del consejo de gobierno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

<sup>11</sup> Los Principios Europeos fueron el resultado del trabajo desarrollado por la Comisión sobre Derecho Europeo de Contratos dirigida por el Profesor Ole Lando.

<sup>12</sup> El *Restatement Second* fue adoptado en 1978 por el American Law Institute y constituye una fuente secundaria de derecho en el sistema de *Common Law* norteamericano.

## 4. PLAN DEL TRABAJO Y PRINCIPALES TÓPICOS

El trabajo se centra en los desafíos que la práctica del comercio electrónico parece ofrecer en materia de formación del consentimiento. Para tal efecto, se analiza en primer lugar la forma en que la legislación ha reconocido la eficacia de la contratación electrónica (capítulo II). Enseguida se estudian las *ofertas dirigidas o abiertas al público en general* (capítulo III); el *plazo para aceptar la oferta* (Capítulo IV); los *efectos de la aceptación con términos adicionales o diferentes* a los de la propuesta (capítulo V); y la *determinación del momento en que se forma el consentimiento* (capítulo VI).

No se abordan en esta ocasión los problemas de innegable interés —especialmente en el comercio internacional— asociados a la *determinación del lugar en que se forma el consentimiento* y a los efectos que de ello pudieran seguirse (jurisdicción y ley aplicable al contrato). Es cierto que, en buena medida, las partes pueden precaver la incertidumbre frente a potenciales conflictos de leyes mediante una expresa elección del Derecho aplicable y de la jurisdicción, ordinaria o arbitral. Además, en no pocos casos la mera aplicación de normas legales supletorias puede determinar que un contrato quede sujeto a un régimen jurídico único (ej., los casos en que se aplica la CCIM).

Excede a los objetivos de este estudio analizar las variadas alternativas a que en esa materia puede conducir el Derecho Internacional Privado. Basta por lo tanto recordar al efecto que, para el artículo 104 del Código de Comercio, el contrato entre partes que residen en distinto lugar se entenderá celebrado en el lugar de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada<sup>13</sup>. Se protege así al destinatario de la oferta. Es decir, quien toma la iniciativa de proponer la celebración de un contrato o de modificar la propuesta originalmente recibida ha de prever las consecuencias de la negociación llevada a cabo con un destinatario situado en una jurisdicción diversa a la suya. El contrato se entenderá así celebrado en el domicilio del destinatario y probablemente quedará gobernado por la ley de su jurisdicción (art. 16 inc. 2 y 3 del CC).

Quizás, con el correr del tiempo en materia de contratación electrónica terminen imponiéndose principios diversos a los descritos, como

<sup>13</sup> El art. 1262 del Código Civil español, en cambio, dispone que el contrato "se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta".

recientemente ha ocurrido en España<sup>14</sup>. En la práctica, puede llegar a ser muy difícil establecer el lugar en que reside la parte con quien se está negociando, puesto que se puede operar en el comercio electrónico mediante sistemas situados en un país distinto, ajeno al domicilio o residencia y a la ubicación de los principales activos del agente<sup>15</sup>.

## II. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

### 1. EN CHILE

La Ley N° 19.799 reconoce expresamente los efectos de los contratos electrónicos por la vía de equiparlos a los contratos otorgados en soporte papel, en la medida que hayan sido suscritos mediante firma electrónica<sup>16</sup>. Es decir, se da el mismo valor a un contrato escrito y firmado en un documento electrónico que a un contrato escrito y firmado en un papel, erigiéndose a este último en un "equivalente funcional" del primero. A falta de texto legal expreso, la eficacia de los contratos electrónicos, frente al generalizado requerimiento de prueba escrita hubiese quedado sujeto a la incertidumbre propia de las alternativas de interpretación judicial. En efecto, tanto la ausencia del soporte papel como, sobre todo, la dificultad de su autenticación sin el respaldo de la firma ológrafa conspiraban en contra de tal reconocimiento.

Cabe recordar que el artículo tercero de la ley señalada reconoce, en general y con las calificadas excepciones contempladas en el mismo, que los actos y contratos suscritos por medio de firma electrónica, "serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito".

Del texto copiado es claro que no necesariamente se exige que el documento sea suscrito mediante firma electrónica avanzada, a no ser

<sup>14</sup> En el caso de España, el art. 29 de la Ley 34/2002, dispone que "los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios."

<sup>15</sup> Cfr. Baker, Brightbill y Maher, p. 35 y siguientes.

<sup>16</sup> El art. 2° de la ley define a la *firma electrónica* como "cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor".

que se trate de aquellos otorgados en carácter de instrumentos públicos<sup>17</sup>. El inciso final del artículo citado es categórico al expresar que “la firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales”. En los términos en que la ley concibe la firma electrónica, se requiere sólo un signo que permita identificar formalmente al autor, sin necesidad que se haya utilizado con el fin de autentificar el documento, requisito que es exigido en Europa y los Estados Unidos<sup>18</sup>.

En cuanto al valor probatorio, el artículo 5° de la ley 19.799 distingue según se trate de instrumentos públicos o privados, y en este segundo caso atiende a si el documento ha sido suscrito mediante firma avanzada o no.

a) Instrumentos públicos: Los documentos electrónicos con el carácter de instrumento público “harán plena prueba de acuerdo a las reglas generales”. Es decir, harán plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, a su fecha y al hecho que las partes hicieron las declaraciones que en él constan, pero no en cuanto a la veracidad de las mismas, a cuyo respecto el documento sólo hace prueba en contra de los otorgantes (art. 1700 del Código Civil). La remisión a las reglas generales induce a concluir que lo dicho no obsta a que su mérito probatorio sea destruido por otra “plena prueba” contraria a los hechos que se hacen constar, ni a la posibilidad de alegar su nulidad si las solemnidades no se cumplieron o el funcionario no era competente. Se plantea sí la duda acerca de la impugnación por falta de autenticidad probando la falsificación, como de hecho puede ocurrir en el caso tan calificado de la escritura pública, con las limitaciones contenidas en el art. 429 del Código de Procedimiento Civil. La historia legislativa hace constar una intención contraria a la posibilidad de impugnar la “autoría e integridad” del documento suscrito con firma electrónica avanzada, a raíz de una interesante discusión entre los Diputados Elgueta y Espina<sup>19</sup>. Sin embargo producto de una modificación posterior en el Senado el texto expreso en ese sentido no quedó

<sup>17</sup> El art. 2° define a la firma electrónica avanzada como “aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule exclusivamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.”

<sup>18</sup> A pesar de que el Mensaje con que se inició la tramitación del proyecto reconoce como antecedente la definición contenida en la E-Sign Act la ley chilena no contiene esa exigencia.

<sup>19</sup> Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Ses. 61, 9 de mayo de 2001, p. 25 y ss.



en la ley. El único sustento que proporciona el texto legal es la definición de firma electrónica avanzada, en el sentido de que ésta impediría que se desconozca la integridad del documento y su autoría.

b) Instrumentos privados: A los instrumentos privados suscritos con *firma electrónica avanzada* se les asigna el mismo valor probatorio de los instrumentos públicos, según lo ya comentado.

En cambio, los instrumentos privados *no suscritos con firma electrónica avanzada* tendrán el "valor probatorio que corresponda de acuerdo a las reglas generales". Evidentemente, el problema del mérito probatorio del documento no se presentará cuando las partes otorgantes no discutan los hechos de que éste da cuenta. Sin embargo, en caso de controversia, el mérito probatorio del instrumento privado queda subordinado a su reconocimiento por la parte en contra de la cual se pretenda hacer valer.

Como se sabe, de conformidad al artículo 1702 del Código Civil, una vez que el instrumento privado es reconocido o se tiene por reconocido, aquél pasa a tener un valor probatorio equivalente al del instrumento público. El reconocimiento, cuando sea necesario, podrá obtenerse voluntariamente, mediante declaración de la parte en contra de quien se presenta el documento en el mismo juicio; mediante declaración de esa misma parte en instrumento público o en un juicio diverso; o, tácitamente, una vez cumplido el apercibimiento y plazo correspondientes en el juicio mismo, sin que se alegue la falsedad o falta de integridad. Además, podrá intentarse un reconocimiento forzando allegando los medios de prueba que permitan acreditar la autenticidad e integridad, medios que quizás no sea fácil reunir en el caso de intercambio de documentos electrónicos, sobre todo cuando no se han adoptado mecanismos de seguridad especiales.

En el caso de la contratación en soporte de papel, la controversia en torno a la autenticidad e integridad de un documento privado se centra en determinar la autenticidad de la firma manuscrita y la integridad material del documento (ausencia de enmendaduras, raspaduras, etc.) No es fácil extrapolar ese análisis al caso de las comunicaciones electrónicas<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Según consta del 1<sup>er</sup> informe de la Comisión de Ciencias y Tecnología de la Cámara de Diputados, "se pueden emplear firmas electrónicas de variados tipos, desde las más sencillas (envío de mail donde se manifiesta la intención de comprar un producto y se señala la firma con el nombre de pila) hasta otras más complejas. En el caso del ejemplo, el receptor del mail puede identificar formalmente a la persona que lo envió, pero no puede identificar ni autenticar que el mail recibido fue enviado por la

## 2. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO

Al igual que en el caso chileno, en general las leyes sobre contratación electrónica han apuntado a remover barreras al comercio electrónico, resolviendo muchas veces en paralelo el reconocimiento de firma y el del documento electrónico. Es lo que ocurrió en Europa en que la Directiva sobre Comercio Electrónico fue precedida por la Directiva sobre Firma Electrónica<sup>21</sup>; y en los Estados Unidos con la E-Sign Act y la UETA.

Los cuerpos normativos referidos apuntan principalmente a los requerimientos de forma, a fin de eliminar los obstáculos que podrían oponerse a la eficacia de los contratos concluidos por medios electrónicos por la sola circunstancia de haberse otorgado a través de tales medios<sup>22</sup>. Mientras la Directiva Europea apunta a dicho objetivo a través de una instrucción general dirigida a los Estados miembros, la E-Sign Act y la UETA dan directamente por satisfechos diversos requisitos de forma en los casos de conclusión de contratos por medios electrónicos. Así ocurre en los casos de exigencia de prueba escrita, de instrumentos firmados, de advertencias o avisos efectuados de determinada manera, uso de especiales medios de transmisión o formatos, o de necesidad de retención de documentos originales<sup>23</sup>. Siguiendo los criterios de la Ley Modelo de UNCITRAL, la UETA y E-Sign Act reconocen en forma expresa los efectos jurídicos de las denominadas transacciones automatizadas<sup>24</sup>.

Por otro lado, la Directiva Europea establece medidas específicas dirigidas a asegurar la certeza jurídica y la confianza del consumidor, particularmente por la vía de exigir al proveedor de servicios la entrega de información acerca de los pasos técnicos necesarios para celebrar el contrato, y de los medios técnicos para identificar y corregir errores de introducción de datos. Estos requisitos son obligatorios en los casos en que una de las partes es un consumidor. Los términos del

---

persona cuyo nombre aparece al pie del escrito; incluso puede identificar que fue enviado desde el computador que suele usar esa persona cuyo nombre aparece, pero no puede estar seguro que lo envió efectivamente el titular del nombre", Diario de Sesiones, ses. 50, 5 de abril de 2001, p. 65.

<sup>21</sup> Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999.

<sup>22</sup> Directiva Europea Preámbulo y Artículo 9.1. UETA, Sección 7. E-Sign Act, Secciones 101 (a) y (h).

<sup>23</sup> UETA, Secciones 7, 8 y 12. E-Sign, Sección 101 (d) y (e).

<sup>24</sup> Sección 14 de la UETA y 101 (h) de la E-Sign Act. Ver también Ley Modelo UNCITRAL, artículo 11.

contrato (condiciones generales) deben quedar también disponibles para ser grabados y reproducidos por el consumidor<sup>25</sup>.

A pesar que el énfasis de la UETA está puesto en la remoción de barreras al comercio electrónico, dicha ley contiene razonables medidas conducentes a asegurar la certeza jurídica. En efecto, se requiere la existencia de un acuerdo de las partes en orden a conducir el negocio a través de medios electrónicos. Se introduce también un claro incentivo a la capacidad de retención de la información por parte del receptor del mensaje, al establecer la Sección 8 (c) que "si el remitente impide que el destinatario pueda almacenar o imprimir un registro electrónico, ese registro no produce efectos legales en contra del receptor". Además, una persona puede sustraerse de los efectos de un registro que ha sido fruto de un error incurrido al interactuar con un agente electrónico, si el agente electrónico no ha provisto una oportunidad para prevenir o corregir el error<sup>26</sup>. Finalmente, en el mismo caso de contratación con un agente electrónico, se debe asegurar que el contrato sólo pueda concluirse si la persona realiza acciones que "conoce o ha debido conocer darán lugar a que el agente electrónico complete el perfeccionamiento o la ejecución del contrato"<sup>27</sup>.

Por su parte, la E-Sign Act también se ocupa de asegurar la provisión de información y disponer otras medidas de protección de los consumidores<sup>28</sup>. Así, el consumidor debe haber optado libremente por el empleo de medios electrónicos, para los efectos de la formación del contrato y para recibir futuras comunicaciones en relación con dicho contrato<sup>29</sup>.

En el caso de España, se ha dictado la ley 34/2002 ya referida a fin de poner en vigor las directrices contenidas en la Directiva Europea comentada más arriba. A diferencia de las normas estadounidenses mencionadas, la ley española deja en claro que "para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos" (art. 23).

---

<sup>25</sup> Directiva Europea, Artículos 10 y 11.

<sup>26</sup> UETA, Sección 10 (2).

<sup>27</sup> Id. Sección 14 (2).

<sup>28</sup> E-Sign Act, Sección 101 (c).

<sup>29</sup> Baker, Brightbill y Maher, p. 9.

### 3. LA LEGISLACIÓN MENCIONADA Y LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La ley 19.799 y la normativa comparada aludida en el número anterior comparten un acercamiento principalmente formal frente al contrato electrónico. Como se reconoce en forma expresa, la aplicación de las reglas sustantivas en materia de contratos no se ve afectada en general por las nuevas disposiciones<sup>30</sup>.

En Chile, el Mensaje con que se inició la tramitación del proyecto de ley es claro al señalar que éste no agotaba las modificaciones requeridas por el ordenamiento jurídico, entre otras materias en aspectos de la formación del consentimiento.

Con todo, es destacable que en España la Ley 34, aparte de las regulaciones derivadas de la Directiva, haya abordado la modificación del Código Civil, a fin de regular el momento en que se forma el consentimiento, y haya introducido una norma para fijar el lugar de formación del consentimiento. En lo demás, dicha ley se remite al Derecho común y, en especial, a las "normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial" (art. 23).

## III. LA OFERTA DIRIGIDA O ABIERTA AL PÚBLICO EN GENERAL

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA ●

Sea por la incertidumbre en torno a la existencia de una voluntad seria de obligarse por la ulterior aceptación, por la falta de los requisitos esenciales del contrato propuesto, o por simples consideraciones prácticas, en general el Derecho es renuente a reconocer el carácter de oferta a ciertas ofertas dirigidas al público en general. Se suele plantear que en esos casos se está en presencia de simples invitaciones a hacer ofertas.

Es así como en el caso del comercio electrónico, la actividad de quien administra un sitio de venta electrónica de productos al público puede, bajo determinados supuestos, ser considerada como una simple invitación a hacer ofertas. Si tal es el caso, el contrato sólo se formaría cuando el sistema controlado por el vendedor confirma la

<sup>30</sup> UETA, Nota al Preámbulo. E-Sign Act Sección 101 (b). Directiva Europea, Preámbulo (55) y Artículo 1.

orden de compra, o a falta de ello, tácitamente cuando se envía la mercadería. Así, mientras el contrato no se tiene por perfeccionado, el vendedor sería libre de introducir cambios en los términos ofrecidos e incluso para rechazar el pedido; todo ello en la medida en que tales decisiones no violenten las normas de protección al consumidor u otras del Derecho de contratos.

Desde otra perspectiva, puede objetarse que la actividad de quien opera un sitio de comercio electrónico en un rol eminentemente pasivo no puede constituir oferta, precisamente porque sería el potencial cliente quien toma la iniciativa de “acercarse” o ponerse en contacto con el vendedor y seleccionar los productos, sin que pueda estimarse que ha existido una propuesta por parte del operador del sitio. Sin embargo, por un lado no puede negarse que usualmente los proveedores recurren a diversas estrategias para atraer “visitantes” a sus sitios, y por el otro, la circunstancia de “exhibir” los productos en línea bien puede constituir una propuesta tácita.

## 2. LA OFERTA DIRIGIDA AL PÚBLICO EN EL DERECHO NACIONAL

Desde luego, la Ley 19.799 no se pronuncia sobre este punto y sus disposiciones tampoco afectan las conclusiones a que se pueda arribar.

En cuanto al Derecho común, el artículo 105 del Código de Comercio regula la oferta de venta mediante anuncios. Como se recordará, estas ofertas cuando se dirigen a personas indeterminadas, contenidas en circulares, catálogos, prospectos, etc. —a los que es posible asimilar diversas manifestaciones del comercio electrónico—, “no son obligatorias para el que las hace”. Incluso, la norma limita los efectos de esas mismas ofertas dirigidas a personas determinadas, sujetándolas a la condición de que al tiempo de la demanda “no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio y de que existan en el domicilio del oferente”.

La norma del Código de Comercio debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 12 de la ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en cuanto a que —bajo los supuestos de aplicación de dicho cuerpo legal— “todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido (...) la entrega del bien o la prestación del servicio”. Además, cualquiera sea el efecto que se le reconozca en caso de contravención, el artículo 13 de la misma ley prohíbe a los proveedores “negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condi-

ciones ofrecidas”<sup>31</sup>. Por último, el artículo 35 del mismo cuerpo legal dispone el cumplimiento forzado o la ejecución de una prestación equivalente, en caso que un proveedor rehúse el cumplimiento de lo ofrecido en una promoción u oferta.

De vuelta al caso del proveedor que opera un sitio de ventas en línea y abierto al público tal actividad, unida al empleo de métodos destinados a la captación de “visitantes”, e incluso la simple “exhibición” en línea de los productos y términos de comercialización al público en general, satisfaría el supuesto contemplado en la Ley de Protección del Consumidor, pero no el texto del inciso 2º del art. 105 del Código de Comercio que supone el “envío” de un mensaje a destinatarios determinados. Así las cosas, se estaría, a lo menos, frente a una oferta tácita cuyo poder vinculante se vería reforzado por las normas sobre protección del consumidor.

### 3. LA OFERTA DIRIGIDA AL PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

#### a) Desarrollo en Europa y particularmente en España

La visión que considera a las ofertas dirigidas al público como simples invitaciones a hacer ofertas goza de mayor aceptación en países como Alemania y el Reino Unido, especialmente cuando se los compara con otros más influenciados por el Código Napoleónico<sup>32</sup>. Dicho principio se ha plasmado también al nivel internacional, al menos como regla general, por el artículo 14 de la CCIM. Dicha norma establece en su párrafo 2 que “toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”. Entonces, se requiere una declaración expresa en cuanto al carácter vinculante de la propuesta y no un simple asentimiento tácito que pudiese derivarse de las circunstancias en que aquélla se haya emitido<sup>33</sup>.

La doctrina española distingue entre dos clases de ofertas dirigidas al público. Por un lado, estaría la oferta encaminada simplemente a

<sup>31</sup> Sobre este punto puede consultarse a Ana María Hübner G., “Derecho de la Contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, en *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Hernán Corral T., Editor, 1999, p. 125 y ss.

<sup>32</sup> Santiago Cavanillas M., *La Protección Contractual de los Consumidores en el Comercio Electrónico*, Banco Santander Central Hispánico - Asesoría Jurídica del Negocio, Madrid, p. 15.

<sup>33</sup> Herbert Bernstein y Joseph Lookofsky. *Understanding the CISG in Europe*. Kluwer Law International, 1997, p. 36.

alentar la adquisición de bienes o servicios, efectuada sin una verdadera intención de resultar obligado por su simple aceptación. Por el otro, la oferta dirigida al público con la intención de resultar obligado en virtud de su simple aceptación es considerada como una oferta propiamente tal<sup>34</sup>.

Desde una perspectiva distinta, las leyes europeas derivadas de las disposiciones del artículo 7 de la Directiva sobre Ventas a Distancia tienden también a mitigar los efectos de la doctrina que rechaza los efectos vinculantes de las ofertas dirigidas al público en general. Esto es así, en la medida en que se impone al vendedor la obligación de enviar las mercaderías ofrecidas, a menos que las mismas no estén ya a su disposición. En este segundo caso se debe restituir el precio recibido, aunque el tiempo perdido y las expectativas frustradas para el potencial comprador no son objeto de compensación<sup>35</sup>.

En el caso de la contratación electrónica, se ha sugerido imponer al vendedor una carga un tanto más estricta que la comentada precedentemente. Para ello, se tiene presente que el operador de un sitio electrónico de alguna manera puede asegurar la disponibilidad de los bienes ofrecidos antes de que el comprador pueda despachar definitivamente la orden de compra. Para tal efecto, el proveedor puede establecer los vínculos electrónicos que sean necesarios entre el sitio de ventas y sus inventarios, de tal manera que el primero refleje siempre la disponibilidad de los bienes ofrecidos.

El artículo 2.201 de los Principios Europeos es muy sugerente en ese sentido. Dicha norma establece que "una propuesta de suministrar bienes o prestar servicios a determinados precios, hecha por un proveedor profesional, a través de avisos dirigidos al público o de catálogos, o por medio de mostrarios de productos, se presume que constituye una oferta para la venta o prestación de servicios a ese precio hasta que el respectivo inventario de productos o la capacidad de prestación de servicios del proveedor se encuentren agotados".

Por lo tanto, bien puede el legislador en el futuro determinar que se entienda haber existido una oferta vinculante por un proveedor cada vez que un sistema de contratación electrónica le permita al comprador despachar una orden para la adquisición o prestación de un determinado bien o servicio puesto a su disposición en el sistema

<sup>34</sup> M. R. Valpuesta Fernández y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., Valencia 1995., p. 385. Ver también, Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I Introducción Teoría del Contrato 4ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 288.

<sup>35</sup> Cavanillas, op. cit., p. 15.

respectivo, sin reserva o condicionamiento a ulteriores confirmaciones<sup>36</sup>. Algo de eso parece insinuar el artículo 27 de la nueva ley española sobre contratación electrónica, cuando subordina el plazo de "validez" de las propuestas de contratación realizadas por vía electrónica al período que fije el oferente o, en su defecto, al "tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio".

## b) Desarrollo en los Estados Unidos

En relación con los requisitos aplicables a la oferta, se suele citar el caso *Lefkowitz v. Great Minneapolis*<sup>37</sup>. En ese caso, el tribunal sostuvo que cuando una propuesta "es clara, definitiva y explícita, y no deja nada abierto a negociarse, constituye una oferta, cuya aceptación completará la formación del contrato (...) Si (...) un aviso en un periódico es una oferta más que una invitación a hacer una oferta depende de la intención legal de las partes y de las circunstancias intervinientes"<sup>38</sup>.

Más recientemente, en *Klocek v. Gateway*<sup>39</sup>, se estimó que "en los casos típicos de negocios de consumo, el adquirente es el oferente y el vendedor el destinatario de la oferta" y que, por consiguiente, unas condiciones generales contenidas al interior del producto enviado al comprador no pasaban a formar parte del contrato que el vendedor había previamente aceptado<sup>40</sup>. En cambio, en *Rich Products Corp. v. Kemutec, Inc.*<sup>41</sup>, se estableció que en la especie existía una oferta, por cuanto no se trataba de "una cotización general y no solicitada dirigida a una serie de potenciales clientes, tal como una lista de precios en un catálogo u otras formas de marketing directo vía correo. Más bien, se trató de una cotización específica preparada para un determinado cliente, a requerimiento suyo y tras una ronda de negociaciones preliminares concluida favorablemente"<sup>42</sup>.

En el caso de los contratos electrónicos, se ha sostenido que la "especificidad, particularmente sobre términos tales como la cantidad, envuelve el riesgo de que un simple aviso pase a ser considerado una

<sup>36</sup> Ver Cavanillas, p. 16.

<sup>37</sup> *Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store*, 86 N.W.2d 689 (Minn., 1957). Citado por Lon L. Fuller, Melvin A. Eisenberg, *Basic Contract Law*, American Casebook Series, Westgroup, 1996. p. 379.

<sup>38</sup> *Id.*, en inglés en el original.

<sup>39</sup> *Klocek v. Gateway, Inc.*, 104 F. Supp. 2d 1332 (D. Kansas 2000).

<sup>40</sup> *Id.* at 1340.

<sup>41</sup> *Rich Products Corp. v. Kemutec, Inc.*, 66 F. Supp. 2d 937 E.D.Wis., 1999.

<sup>42</sup> *Id.* at 957. En inglés en el original.



oferta jurídicamente vinculante. Por ejemplo, anunciar un precio en línea se equipara a un aviso publicitario. Decir que ese precio se mantendrá disponible para las 10 primeras personas que respondan reviste una oferta de contrato vinculante"<sup>43</sup>. Otros autores afirman que "preparar un computador en términos que potenciales partes de un contrato puedan cursar órdenes a través de él [...] probablemente sería considerado como una simple invitación más que una oferta."<sup>44</sup> Sin embargo, y teniendo presente la importancia de la intención manifestada por las partes a la hora de interpretar una declaración de voluntad, otro autor concluye que "una compañía que crea un sistema completamente automático para confirmar ofertas proporciona indicios objetivos de una intención de resultar obligado por las respuestas canalizadas dentro de los parámetros de la programación del sistema"<sup>45</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Como se aprecia, el grado de detalle y la intención manifestada por los términos de la propuesta, especialmente cuando ésta se encuentra abierta al público en general, resultan cruciales a la hora de decidir si se ha configurado una oferta propiamente tal o una mera invitación a hacer ofertas.

Así, parecería que tanto en Europa como en los Estados Unidos se tiende a aceptar que una propuesta dirigida o puesta a disposición del público en general —por ejemplo en un sitio de contratación electrónica— podría constituir una verdadera oferta, en la medida que la misma permita precisar los elementos esenciales del negocio de que se trate y que, al menos, pueda presumirse la intención de su autor en el sentido de vincularse por el solo hecho de recibir la aceptación correspondiente. Lo que quizás pueda ser más controvertible en cada caso es la existencia o no de una condición en cuanto a la disponibilidad del producto al tiempo de su demanda.

En Chile, en tanto, podrían alcanzarse conclusiones similares basadas en el concepto de oferta tácita, cada vez que existan elementos para diferenciarla de los anuncios impresos cuya obligatoriedad rechaza el Código de Comercio, distinción que como se ha visto tiene también aplicación en el Derecho comparado. En ese sentido, la exis-

<sup>43</sup> Baker, Brightbill y Maher, op. cit., p. 27. En inglés en el original.

<sup>44</sup> Allen y Widdison, *Can Computers Make Contracts?*, citados por Folsom, Gordon and Spagnole, op. cit. p. 179. En inglés en el original.

<sup>45</sup> Nimmer, *Electronic Contracting: Legal Issues*, citado por Folsom, Gordon and Spagnole, op. cit., p. 170. La traducción es del autor.

tencia o no del "envío" de un mensaje a uno o más destinatarios es ciertamente un antecedente más para calificar la existencia de una intención de obligarse, pero no necesariamente un requisito para la existencia de una oferta, tácita al menos. A lo anterior cabe agregar el refuerzo significan las normas sobre protección al consumidor comentadas.

En los demás casos, es decir, cuando la actividad del proponente es vista como un simple anuncio, es el "consumidor" quien efectúa la oferta al ordenar el producto y el vendedor quien acepta dicha oferta al confirmar la orden. Se plantea entonces la difícil distinción entre el simple acuse de recibo de la orden de compra y la confirmación dirigida a aceptar esa orden cuando no hay indicios en determinado sentido<sup>46</sup>.

Se hace notar por último que la distinción entre la oferta y la aceptación tampoco es ociosa si —como en el sistema chileno— para determinar el lugar en que se forma el consentimiento se debe recurrir a ella.

#### IV. PLAZO PARA ACEPTAR LA OFERTA

La aceptación debe producirse dentro de cierto tiempo, al cabo del cual la oferta deja de estar vigente. En rigor, este requisito es sólo relevante cuando el negocio se concluye entre ausentes, pues entre presentes la aceptación debe darse en forma inmediata, a no ser que el oferente permita diferir la respuesta a fin de evaluar los términos del negocio.

En el caso del comercio electrónico la inmediatez y celeridad asegurada por la tecnología disponible imponen un evidente desafío frente a las reglas tradicionales. En efecto, especialmente en el caso de los negocios automatizados, las partes pueden conducir sus tratativas con capacidad de respuesta de unos pocos segundos.

##### 1. EL PLAZO PARA ACEPTAR LA OFERTA EN EL DERECHO NACIONAL

Como se sabe, nuestro Código de Comercio (arts. 97 y 98) distingue entre las ofertas verbales y las escritas más que entre ausentes o presentes. En el caso de las ofertas verbales —asimilables a una contratación entre presentes— la aceptación debe darse "en el acto de ser conocida" la oferta por su destinatario.

<sup>46</sup> Cfr. Nimmer, op. cit., p. 170.

Acerca de lo anterior, es comprensible que el Código sólo haya concebido la existencia de verdadera contratación entre presentes en el caso de las ofertas verbales, siendo la jurisprudencia y la doctrina las llamadas a extender la interpretación de la norma a los casos de utilización de medios de comunicación virtualmente instantáneos (pero no escritos).

Por otro lado, hoy en día cabría incluir dentro de la categoría de las ofertas escritas aquéllas que se efectúen por medio de documentos electrónicos. Con todo, es interesante apuntar que la asimilación que aquí se propone es difícil de conciliar en el texto de la ley con el principio, aceptado en doctrina, en el sentido de que la misma regla de la oferta verbal debe aplicarse "a ofertas entre ausentes cuando se emplea un medio mecánico, como el teléfono, la radio, etc., que permita conocer la oferta y responder a ella en el instante mismo en que se exterioriza"<sup>47</sup>. Por eso, el desafío actual es admitir, en la ley quizás, que a ciertas ofertas "escritas" habrá que aplicarles la regla inicialmente reservada para las ofertas verbales.

De acuerdo al artículo 98 del Código de Comercio, "la propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro del plazo de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso". La norma copiada conlleva las ventajas y desventajas propias de la fijación de un término arbitrario como las 24 horas señaladas; un plazo muy extenso para la realidad de no pocas operaciones. Adicionalmente, la referencia a la residencia de las partes implica incorporar un factor difícil de determinar en la contratación "virtual". Debe rescatarse eso sí el recurso al criterio de la "vuelta de correos" que en una amplia gama situaciones parece ser la solución más conveniente. Así, podría distinguirse entre aquellos casos en que, por encontrarse las partes en situación de comunicarse en forma instantánea y sin interrupciones, se hace aconsejable aplicar una regla como la que el artículo 97, y los demás casos en que la aceptación deberá darse a vuelta de correo, en función del tipo de sistema empleado.

En todo caso, cabe recordar que, conforme al derecho actual, para que la oferta tenga el carácter de una propuesta escrita ésta debería constar de un documento electrónico, esto es, básicamente, de una representación del contenido de la propuesta, enviada o recibida por

---

<sup>47</sup> Avelino León Hurtado, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica, Cuarta Edición actualizada, Santiago, 1991, op. cit., p. 73.

medios electrónicos y que se encuentre almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.

Por último, no está de más observar que las normas contenidas en los artículos 97 y 98 del Código de Comercio están evidentemente concebidas para aplicarse a ofertas expresas, esto es, a aquellas que constan de una declaración dirigida a un destinatario. Ello no implica descartar la existencia de ofertas tácitas, las que invitan a la aceptación o rechazo en forma inmediata por parte de quien visita un sitio de comercio electrónico.

## 2. EL DESARROLLO EN EUROPA Y PARTICULARMENTE EN ESPAÑA

En España se acepta, en general, que cuando las partes se encuentran presentes la persona a quien se ha dirigido la oferta debe aceptarla o rechazarla de inmediato, a no ser que se haya convenido que se disponga de un plazo para considerarla<sup>48</sup>.

Se considera que las partes tratan entre presentes no sólo cuando se encuentran cara a cara sino también cuando emplean un medio de comunicación que permite concluir simultáneamente el contrato. A modo de ejemplo, se citan los negocios concluidos por teléfono, vía fax e, incluso, a través de mensajes de correo electrónico<sup>49</sup>.

A ese respecto es oportuno traer a colación la opinión de Lord Wilderforce fundamentando su adhesión al voto de mayoría en el caso *Brinkibon* resuelto por una corte británica<sup>50</sup>, en materia de contratación vía telex u otros medios. En opinión del juez mencionado, cuando se cumple la condición de simultaneidad y aparece que las partes están de acuerdo en formar el contrato por dichos medios, la aplicación de la regla que gobierna los contratos concluidos a través de medios instantáneos es muy convincente, aunque no necesariamente universal<sup>51</sup>. Como posibles excepciones, menciona los casos en que los emisores y receptores de los mensajes no son realmente las partes del contrato o sus legítimos representantes. A veces los mensajes no son recibidos —o no se espera que sean recibidos— en forma inmediata por el destinatario (por ejemplo, cuando se envían fuera de horas de oficina). Además, los mensajes pueden ser enviados a través de equi-

<sup>48</sup> Valpuesta Fernández, op. cit., p. 384.

<sup>49</sup> Id., p. 386.

<sup>50</sup> *Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels- Gesellschaft M.B.H.*, House of Lords [1983] 2 A.C. 34.

<sup>51</sup> *Brinkibon*, p. 42.

pos manejados por terceras personas y no por los supuestos destinatarios. Por lo tanto, Lord Wilderforce concluye, en términos muy propios para el *common law*, que “no puede enunciarse una regla general para resolver esos casos: éstos deben resolverse en función de la intención de las partes, conforme a las prácticas de negocio más aceptadas y en ciertos casos ponderando la más adecuada asignación de los riesgos envueltos”<sup>52</sup>.

Fuera de las situaciones mencionadas se estaría en presencia de un contrato concluido a distancia. En este caso y a menos que las partes hayan convenido algo distinto, la persona a quien se ha dirigido la propuesta debe aceptarla dentro de un plazo razonable de acuerdo con los usos del comercio y la naturaleza del negocio<sup>53</sup>. La misma solución debe aplicarse cada vez que se ha concedido un plazo indeterminado para evaluar los términos de la oferta y darle respuesta.

Por otro lado, la nueva ley española sobre contratación electrónica dispone en su artículo 27 que “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”.

Sin entrar en la distinción entre los contratos concluidos a distancia o entre presentes ni referirse a la contratación electrónica, los Principios Europeos establecen que la aceptación debe llegar a conocimiento de oferente “dentro de un plazo razonable” a menos que el oferente haya dado un plazo determinado<sup>54</sup>. La misma regla aparece en la CCIM y los principios UNIDROIT<sup>55</sup>. A la hora de evaluar qué es un plazo razonable, tanto la convención como los principios citados apuntan a las circunstancias del negocio “incluyendo la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente”<sup>56</sup>.

### 3. EL DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS

En el caso *Akers v. J.B. Sedberry, Inc.*<sup>57</sup> se estableció que “una oferta puede terminar de distintas maneras, como por ejemplo, cuando es rechazada por el destinatario, o cuando no es aceptada por éste

<sup>52</sup> Id. En inglés en el original.

<sup>53</sup> Valpuesta Fernández, op. cit., p. 384. Ver también Díez-Picazo, página 284.

<sup>54</sup> Principios Europeos, artículo 2.206.

<sup>55</sup> CCIM, artículo 18 y principios UNIDROIT, artículo 2.7.

<sup>56</sup> Id.

<sup>57</sup> *Akers v. J.B. Sedberry, Inc.*, 286 S.W.2d 617 (Tenn. 1955).

dentro del plazo fijado, o si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable. Una oferta que termina en cualquiera de esos casos deja de existir y no puede posteriormente ser aceptada”<sup>58</sup>. Enseguida la corte afirmó “que la cuestión acerca de qué es un plazo razonable, cuando no se ha fijado un plazo, es una cuestión de hecho, y dependerá de la naturaleza del contrato, de los usos mercantiles y de otras circunstancias del caso. Ordinariamente, una oferta efectuada en una conversación cara a cara estará en vigor sólo hasta el término de la conversación en curso”<sup>59</sup>.

La misma regla es recogida por la sección 41 del Restatement Second. El comentario oficial respectivo señala que la referencia a un “plazo razonable” apunta a un amplio espectro de circunstancias, tales como “la naturaleza del contrato propuesto, el móvil perseguido por las partes, la trayectoria de las tratativas entre las partes, y cualquier uso del comercio que resulte relevante”<sup>60</sup>. Lo crucial es determinar “el tiempo que un hombre razonable, en la posición del destinatario de la oferta, juzgaría como satisfactorio para el oferente”<sup>61</sup>. Con todo, la Sección 64 del Restatement Second aclara que “la aceptación dada telefónicamente o por otro medio en que substancialmente exista una comunicación instantánea entre dos partes, queda sujeta a las reglas aplicables a la aceptación en los casos en que las partes se encuentran presentes en un mismo lugar”.

Finalmente, en el caso específico de la contratación electrónica es interesante citar el análisis que efectúan Fuller y Eisenberg con respecto al sistema EDI de transacción estandarizada, el que sin embargo parece plenamente aplicable a la generalidad del comercio electrónico:

“Aunque es cierto que los mensajes EDI pueden ser transmitidos en forma virtualmente instantánea, y que las partes que utilizan ese sistema pueden interactuar en forma inmediata, en la práctica esa interacción puede no ser directa e inmediata. Los mensajes enviados en el sistema EDI usualmente son leídos con cierta demora desde la recepción, y usualmente no se responden inmediatamente después de leídos. De hecho, la retórica de EDI comúnmente recurre a la imagen del correo, como ‘correo electrónico’ o ‘casillas electrónicas’”<sup>62</sup>.

La idea tras el párrafo citado refleja un análisis muy similar al de Lord Wilderforce en el caso *Brinkibon* acerca de las posibles excepcio-

<sup>58</sup> Id., p. 621. En inglés en el original.

<sup>59</sup> Id.

<sup>60</sup> Restatement Second, Artículo 41, Comentario Oficial. En inglés en el original.

<sup>61</sup> Id.

<sup>62</sup> Fuller y Eisenberg, op. cit., p. 424.

nes a la regla general aplicable a los negocios concluidos por medios supuestamente instantáneos. Por lo tanto, resulta altamente recomendable ser cautelosos a la hora de tratar a la contratación electrónica en general como el resultado de una interacción directa e inmediata.

#### 4. CONCLUSIÓN

Fuera las situaciones en que existe una clara simultaneidad, la distinción entre los contratos concluidos a distancia y los contratos celebrados entre presentes, para asimilar a los contratos electrónicos a esta segunda categoría, parece demasiado artificial, en lo que a la oportunidad de la aceptación se refiere. Cada vez que la celebración de un contrato resulta de dos o más mensajes que son enviados, la cuestión del tiempo de respuesta exigible parece ser abordable bajo un estándar de razonabilidad. La rapidez de los medios empleados es un factor capital, y también lo será la forma en que las partes conducían sus negociaciones en el caso concreto.

La razonabilidad no es un criterio demasiado novedoso para los tribunales y, de hecho, deben aplicarlo —en los sistemas de Derecho comparado estudiados— cada vez que se debe determinar si la aceptación de una propuesta enviada por correo ha sido oportuna. Con el dinamismo propio de los modernos medios de comunicación parece difícil mejorar el grado de objetividad y seguridad de criterios como el de un “plazo razonable”, “curso ordinario del correo” o nuestro más familiar “a vuelta de correo”.

#### V. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN CON TÉRMINOS ADICIONALES O DIFERENTES

Generalmente hablando, muchos de los sistemas de Derecho Civil siguen la denominada “regla del espejo”, exigiendo que la aceptación se conforme en todo a los términos de la oferta. En otros casos, en cambio, se ha optado por un criterio más flexible, exigiendo que la declaración de voluntad del destinatario de la oferta contenga una expresión definitiva de asentimiento, sin perjuicio de la inclusión de términos adicionales o diferentes a la proposición original. En esos casos, la tarea pasa a ser determinar si esos nuevos términos se entienden o no formar parte del contrato.

En el caso del comercio electrónico, es cierto que la programación de los sistemas puede evitar, desde un punto de vista práctico, la sola posibilidad de que se introduzcan términos adicionales. “Los términos adicionales deben ser incluidos, si de alguna manera, a través del

denominado 'texto libre', en términos que se trate de un texto que aparezca y pueda ser leído por el receptor<sup>63</sup>, y esa posibilidad rara vez se deja abierta. Por otro lado, esos sistemas automatizados permiten a su operador incluir desde un comienzo todos los términos contractuales deseados, generando un contrato de adhesión en el sentido más estricto de la expresión, impidiendo la sola posibilidad de despacho de la orden sin una expresión de asentimiento a las condiciones generales. En cambio, en los usuales negocios entre presentes o concluidos mediante el intercambio de correspondencia, el vendedor que recibe una orden suele recurrir a condiciones generales adjuntas por separado —adentro de la caja del producto—, cuya fuerza obligatoria puede ser cuestionada, en especial si se trata al vendedor como aceptante y no como oferente.

Para dejar las cosas en su debido contexto, no puede desconocerse que, especialmente en materia de Derecho del consumo, el problema de las condiciones generales y las cláusulas abusivas que puedan contener ha sido abordado con herramientas que directamente afectan la eficacia de estas últimas, más que por un escrutinio al proceso de formación del consentimiento, cuyo impacto en la eficacia general del negocio puede terminar afectando negativamente al propio consumidor<sup>64</sup>.

#### 1. LA ACEPTACIÓN CON TÉRMINOS ADICIONALES EN EL DERECHO NACIONAL

Como señala Avelino León, "al juzgar la adhesión a la oferta, debe entenderse que si no ha sido total, no ha existido aceptación jurídicamente válida. Todos los puntos que contenga la oferta se consideran esenciales"<sup>65</sup>. Con mayor razón, si la aceptación es condicional ésta se considerará como una contraoferta, de acuerdo al art. 102 del Código de Comercio.

Por lo tanto, nuestro Derecho —como muchos otros sistemas de Derecho Civil— adhiere al denominado principio o regla del "espejo", conforme al cual la aceptación debe conformarse plenamente a los términos de la oferta para dar lugar a la formación del consentimiento.

<sup>63</sup> Nimmer, op. cit., p. 169. El original en inglés.

<sup>64</sup> Así por ejemplo, de acuerdo con el artículo 2.20 de los principios UNIDROIT, "(1) Ningún término contenido en cláusulas estandarizadas que revista caracteres que la otra parte no pudo razonablemente haber esperado será eficaz, a no ser que haya sido aceptado en forma expresa por esa parte. (2) Para los efectos de determinar si un término reviste los expresados caracteres debe atenderse a su contenido, tenor literal y presentación". La traducción es del autor.

<sup>65</sup> León, op. cit. p. 67.



## 2. EL DESARROLLO EN EUROPA Y ESPECIALMENTE EN ESPAÑA

En España la doctrina parece conteste en la aplicación de la regla del espejo<sup>66</sup>. Si el destinatario de la oferta modifica en cualquier aspecto lo propuesto o si introduce elementos adicionales se estará en presencia de una contraoferta que reemplazará la oferta original y así sucesivamente hasta la plena coincidencia entre las partes<sup>67</sup>.

Sin embargo, los Principios Europeos podrían insinuar cierta flexibilización de los criterios hacia el futuro. De acuerdo con el párrafo (2) del artículo 2.208, "una respuesta que contiene un claro asentimiento frente a una oferta opera como aceptación incluso si expresa o tácitamente añade términos adicionales o diferentes, siempre y cuando no alteren sustancialmente los términos de la oferta. Los términos adicionales o diferentes se entienden incorporados al contrato". En todo caso, de acuerdo al párrafo (3), "la respuesta debe tratarse como un rechazo de la oferta si el oferente limitó su aceptación a los términos mismos de la oferta, o si el oferente prontamente objeta los términos agregados, o si el destinatario de la oferta condiciona su aceptación a que los términos añadidos sean aceptados expresamente por el oferente y esta aceptación no se produce dentro de un plazo razonable".

A su turno, los artículos 19 del CCIM y 2.11 de los principios UNIDROIT establecen que "la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación". Para los profesores Herbert Bernstein y Joseph Lookofsky, la regla del CCIM representa una excepción relativamente conservadora frente a la regla del espejo<sup>68</sup>.

## 3. EL DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS

El Derecho moderno en los Estados Unidos adopta también una posición relativamente flexible acerca de la posibilidad de introducir términos adicionales, aunque la jurisprudencia debe enfrentar la com-

<sup>66</sup> Ver Valpuesta Fernández, op. cit., p. 386.

<sup>67</sup> Díez-Picazo, op. cit., pp. 290 y 292.

<sup>68</sup> Bernstein y Lookofsky, op. cit., p. 43.

plicada tarea de interpretación de la Sección 2-207 del Código de Comercio Uniforme (UCC)<sup>69</sup>, la que conviene transcribir:

"(1) Una firme y oportuna expresión de aceptación o una confirmación escrita enviada dentro de un plazo razonable opera como una aceptación incluso si contiene términos adicionales o diferentes a aquellos ofrecidos o previamente acordados, a no ser que la aceptación se condicione expresamente al asentimiento respecto de los términos adicionales o diferentes.

(2) Los términos adicionales deben ser considerados como una propuesta para incorporarlos al contrato [...]"

Luego, el párrafo (2) regula los efectos de la incorporación de los términos adicionales en el caso específico de contratos concluidos entre comerciantes, y el párrafo (3) agrega:

"La conducta de las dos partes de la cual es posible colegir un reconocimiento a la existencia de un contrato es suficiente para dar por perfeccionado el contrato de compraventa, aunque los documentos emanados de ellas no permitan dar por establecido el contrato. En este caso los términos del contrato serán aquellos respecto de los cuales existe concordancia en los documentos y aquellos que corresponda dar por incorporados por efecto de otras disposiciones de la presente ley".

J. White y R. Summers puntualizan que cuando los tribunales aplican la sección 2-207 "no están resolviendo acerca de la existencia o no de un contrato. Más bien se está respondiendo una cuestión diversa: ¿Cuáles son los términos del contrato?<sup>70</sup>". En *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology* se arriba a la misma conclusión cuando el tribunal señala que "cuando la conducta de las partes permite dar por establecida la existencia de un contrato, pero no ha existido un acuerdo escrito acerca de los términos del negocio, y los documentos intercambiados entre las partes son discordantes la sección 2-207 del UCC regula la determinación de los términos del contrato."<sup>71</sup>

A diferencia del CCIM y los principios UNIDROIT, conforme a la sección 2-207 del UCC los términos adicionales a los de la oferta no se tienen por directamente incorporados al contrato, puesto que son vistos como simples proposiciones. Tratándose de la aceptación que contiene términos diferentes a los de la oferta, se plantea un problema

<sup>69</sup> El UCC es una ley modelo consagrada legislativamente en los 50 Estados, con mayores o menores modificaciones a su texto original.

<sup>70</sup> J. White y R. Summers, *Uniform Commercial Code*, en Folsom, Gordon y Spagnole, op. cit., p. 81. En inglés en el original.

<sup>71</sup> *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91 (3rd Cir. 1991) p. 98.

más complejo a la hora de determinar si éstos quedan derechamente fuera del contrato (*Summers*) o si producen el efecto de eliminar los términos incompatibles contenidos en la oferta –la regla del “*knock-out*”– al amparo del párrafo tercero de la sección 2-207 (*White*)<sup>72</sup>. Ninguna de ambas soluciones evita completamente el problema de hacer prevalecer el contenido del último de los documentos-intercambiados como parte de una “batalla de las formas” (regla del “disparo final”), cuya eliminación ha sido supuestamente uno de los objetivos de la norma que se comenta.

Una complicación asociada a la aplicación de la norma transcrita es la distinción a veces difícil entre la oferta y la aceptación. Así, en *ProCd v. Zeidenberg*<sup>73</sup> el Juez Easterbrook estimó que un proveedor que recibía una orden de compra y entregaba luego el software solicitado, incluyendo un contrato de licencia dentro de la caja del producto, estaba proponiendo un contrato que el comprador habría de aceptar mediante la puesta en uso del producto “luego de haber tenido la oportunidad de leer la licencia según le plazca”<sup>74</sup>. Si el tribunal hubiese considerado que el comprador era el oferente, el vendedor habría aceptado dicha oferta al recibir el precio y entregar el producto junto con la copia del Contrato de Licencia incluido en la caja. Si ese hubiese sido el caso, el juez hubiese tenido que aplicar el artículo 2-207 para determinar la suerte de los términos del contrato de licencia, claramente adicionales a la orden del comprador.

La doctrina del fallo citado ha sido materia de controversia<sup>75</sup>. Para justificar su decisión el juez advirtió que el comprador no podía usar el software objeto de la compra sin manifestar su aceptación, pues los términos de la licencia se desplegaban en la pantalla en donde se exigía al comprador manifestar su decisión<sup>76</sup>. Para Easterbrook “un aviso en el exterior, los términos contractuales en el interior, y el derecho a devolver el software contra la restitución del precio si los términos de la licencia no resultan aceptables (un derecho que la licencia expresamente reconoce), puede ser un medio de conducir los negocios apreciado por compradores y vendedores”<sup>77</sup>.

En el mismo sentido, en *Brower v. Gateway 2000* se consideró que “mientras la devolución de los bienes para evitar la formación del

<sup>72</sup> *White y Summers*, op. cit., p. 82.

<sup>73</sup> *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

<sup>74</sup> *Id.* at 1452.

<sup>75</sup> En el mismo sentido, *Hill v. Gateway 2000*, 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997). En contra de este criterio véase *Klocek supra*.

<sup>76</sup> *ProCd.*, p. 1452.

<sup>77</sup> *Id.* p. 1451. La traducción es del autor.

contrato implica un acto positivo de parte del consumidor, e incluso incurrir en ciertas expensas, dicha alternativa puede ser tomada como la contrapartida frente a las ventajas y economías por las cuales presumiblemente ha optado el consumidor a la hora de efectuar una compraventa en esos términos por teléfono o por correo en lugar de concurrir a una tienda<sup>78</sup>.

El criterio opuesto al comentado es manifiesto en *Klocek*, en que el tribunal argumentó que “sin importar si el comprador adquirió el computador en persona o si despachó una orden y recibió luego el computador, las partes acordaron que el demandante pagara por un computador que debía entregarle Gateway. Lo anterior claramente demuestra la existencia de un contrato de compraventa [...] Entonces el punto es si el contrato de venta incluye las condiciones generales<sup>79</sup>. Aplicando la sección 2-207 del UCC el tribunal consideró que “como parte de una aceptación las condiciones generales constituirían una contraoferta sólo si [el demandado] expresamente condicionó su aceptación al asentimiento del demandante acerca de los términos adicionales o diversos<sup>80</sup>. Por lo tanto, el contrato se formó pero el comprador no resultó obligado por los términos adicionales (las condiciones generales), puesto que el vendedor no pudo acreditar que su aceptación fue condicional, ni que el comprador aceptó los términos adicionales<sup>81</sup>. En concepto del tribunal, “no resulta irracional para un vendedor comunicar claramente al comprador –al tiempo de la venta– sea los términos completos del contrato de venta o el hecho que el vendedor propondrá términos adicionales como una condición de la venta, si ese es el caso<sup>82</sup>.”

Si bien es cierto dicha recomendación puede ser fácilmente cumplida en el caso de los negocios completamente automatizados, dicho proceso puede ir acompañado de ciertos riesgos, como lo sugiere el caso *Ticketmaster v. Tickets.Com Inc.*, un reciente fallo del Distrito Central de California<sup>83</sup>. Aquí el tribunal consideró que no se cumplía el supuesto de otros fallos favorables a los “contratos dentro de la caja”, en los cuales los términos contractuales eran “abiertos y obvios y de hecho difíciles de pasar por alto”. El tribunal subrayó que “muchos

<sup>78</sup> *Brower v. Gateway 2000, INC*, 676 N.Y.S.2d 569 (1998), p. 573.

<sup>79</sup> *Klocek*, p. 1338. El original en inglés.

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> En el mismo sentido el voto disidente en *M.A. Mortenson Co., Inv. V. Timberline Software Corp.*, 140 Wash.2d 568, (2000), p. 589.

<sup>82</sup> *Klocek*, p. 1341.

<sup>83</sup> *Ticketmaster Corp. v. Tickets. Com, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553 (U.S. C. D. of Cal. 2000).

sitios de venta en línea requieren que se pulse la función 'acepto' respecto de los términos y condiciones antes de seguir adelante, pero Ticketmaster no lo hace. Aun más, los términos y condiciones están establecidos de tal manera que para encontrarlos y leerlos el consumidor necesita recorrer hacia abajo la página de inicio. Muchos consumidores, en vez de ello, tenderán a continuar hacia la página del evento de su interés antes que leer la 'letra chica'. No puede decirse que por sólo establecer los términos y condiciones en esta forma necesariamente se crea un contrato con quienes usan el sitio de compras"<sup>84</sup>.

El caso *Caspi v. Microsoft Network, L.L.C.* ilustra la situación opuesta; en que la operación adecuada de un sistema electrónico evita el tipo de conflicto planteado en *ProCd* y *Klocek*, desde el momento en que, en la práctica, la programación del sistema impide la formación del contrato si las condiciones generales no son aceptadas<sup>85</sup>. En este caso, el tribunal reconoció los efectos de un convenio que se podía examinar fácilmente en pantalla antes de escoger entre las funciones "Acepto" y "No Acepto". En ese caso, se tuvo en cuenta que el contrato se formaba "sólo una vez que el potencial suscriptor tenía la oportunidad de revisar y aceptar el convenio [...] No se efectuaba ningún cargo hasta que se completaba la revisión del convenio y el suscriptor pulsaba 'Acepto'"<sup>86</sup>. Por tanto, se concluyó que no existía fundamento para estimar que la estipulación impugnada "se haya introducido injustamente, o buscando esconderla o disimular su contenido"<sup>87</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

La adecuada programación de un sistema de contratación electrónica puede evitar algunos de los problemas planteados. Sin embargo, fuera de los casos en que la contratación se lleva a cabo usando un sistema estandarizado, en especial cuando las partes recurren al simple intercambio de mensajes de correo electrónico, los problemas discutidos respecto de los medios tradicionales de contratación se mantienen vigentes.

En el caso del Derecho chileno y español, el destinatario de la oferta debe adherir completamente a los términos propuestos, a no ser que desee correr el riesgo de efectuar una contrapropuesta. Por lo

<sup>84</sup> Id. p. 8.

<sup>85</sup> *Caspi v. Microsoft Network, L.L.C.* 732 A.2d 528 (N.J. Super.A.D., 1999).

<sup>86</sup> Id., p. 530.

<sup>87</sup> Id., p. 532.

tanto, la parte interesada debiera adoptar las medidas necesarias para asegurar desde un principio que el asentimiento de la parte contraria comprenda todos los términos esenciales y accidentales de su interés.

A un paso más de distancia, la CCIM y los Principios UNIDROIT admiten que el destinatario de la oferta la acepte introduciendo términos adicionales que no la alteren sustancialmente, sin perjuicio de arriesgar su oportuna objeción por parte del oferente. El UCC, en tanto, admite que en esa misma situación —e incluso si se incorporan términos diferentes— existe verdadera y definitiva aceptación, pero los términos adicionales no formarán parte del contrato, salvo en el caso especial de negocios entre comerciantes. Los efectos de la aceptación con términos diferentes a la oferta —que obviamente no pasan a integrar el contrato— serían objeto de disputas todavía más arduas.

## VI. EL MOMENTO EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO

Siempre que las partes no se encuentran presentes, lo que en este caso implica la existencia de un espacio de tiempo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente, se debe determinar el momento a partir del cual el contrato ha de entenderse perfeccionado. Dos extremos son posibles en esa determinación, asumiendo que no existe una convención previa entre las partes resolviendo ese punto, situación bien posible y hoy en día recomendable en el comercio electrónico. Por un lado, la ley puede establecer que el contrato se forma cuando el destinatario de la oferta emite su aceptación. Por otro lado, el legislador puede determinar que el contrato exista sólo cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación. Sin embargo, la mayor parte de los sistemas jurídicos ha preferido soluciones intermedias, determinado el momento en que se forma el contrato, sea cuando se ha despachado la comunicación que contiene la aceptación (la “regla del buzón de correos”) o cuando dicha comunicación es entregada al oferente<sup>88</sup>.

Al tomar alguna de las decisiones señaladas el legislador tiene en cuenta los conflictos de interés que podrían producirse entre las partes. En la medida en que el momento de la formación del consentimiento se pospone, el oferente dispondrá de mayor tiempo para modificar o revocar su oferta. El oferente quedaría en esta forma en una posición bastante cómoda si la ley establece que el contrato se forma sólo cuando aquél recibe la comunicación que contiene la

<sup>88</sup> Para un análisis doctrinario de esta material véase León, op. cit., p. 83 y ss.

aceptación. En ese caso el oferente no arriesgaría quedar vinculado por un contrato cuya formación realmente no le consta. Por el contrario, sería en ese caso el destinatario de la oferta quien enfrentaría la carga de probar que la aceptación ha surtido efecto, porque ha llegado a conocimiento del oferente<sup>89</sup>. Por el contrario, se privilegiará el interés del aceptante cada vez que la aceptación haya de operar tan pronto es emitida o cuando es enviada. En ese caso los riesgos de retraso en la comunicación o hasta de su pérdida definitiva son soportados por el oferente. Se justificaba esta opción, por un lado, en la precariedad de los medios de comunicación de antaño y, por el otro, en que siendo el oferente quien toma la iniciativa es justo que él soporte los riesgos de la contratación por correspondencia.

En el caso de la contratación electrónica, cabe preguntarse en qué medida el desarrollo tecnológico haría aconsejable modificar el orden de cosas actual. Aparte de la mayor celeridad de las comunicaciones, la creación de mecanismos más eficientes para confirmar la recepción de los mensajes podría sugerir nuevos pasos. De hecho, se ha sugerido que la recepción y no la transmisión o el envío determinen el momento en que el contrato se perfecciona<sup>90</sup>, pero como se verá la cuestión no es tan fácil de resolver.

#### 1. MOMENTO EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO. DERECHO NACIONAL

De acuerdo a los artículos 99 y 101 del Código de Comercio, nuestro Derecho claramente se adscribe a la doctrina de la emisión. El contrato se concluye, cuando es consensual, "dada la contestación", salvo situaciones de excepción como ocurre en el caso de la donación.

No existe norma especial que altere dicho criterio en materia de contratación electrónica. Pero cabe en todo caso hacer notar que "las partes son soberanas para fijar el instante en que se entenderá perfeccionado el contrato, si están de acuerdo sobre los requisitos de la esencia. Pueden indicar cualquier momento posterior al consentimiento a partir del cual el contrato quedará perfecto"<sup>91</sup>. La facultad apunta a reviste enorme utilidad práctica a fin de precaver incertidumbres, particularmente en caso de demora o extravío de mensajes, situación, de hecho, frecuente en el último tiempo.

<sup>89</sup> Cavanillas, op. cit. p. 14.

<sup>90</sup> Fuller y Eisenberg, op. cit., p. 424.

<sup>91</sup> León, op. cit., p. 90.

## 2. DESARROLLO EN EUROPA Y PARTICULARMENTE EN ESPAÑA

En el caso de los contratos civiles, el artículo 1262 del Código Civil español establecía hasta hace muy poco que la aceptación a través de correspondencia producía sus efectos desde que llegaba a conocimiento del oferente. Con la modificación recientemente incorporada por la ley sobre contratación electrónica, la norma dispone que el consentimiento existe también desde que, habiéndose remitido la aceptación, el oferente "no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe".

Tratándose de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, la misma norma parece adoptar el criterio opuesto y dispone que "hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación". El preámbulo de la Ley 34/2002 destaca la adopción de una "solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio".

En efecto, el artículo 54 del Código de Comercio español establecía que, cuando se emplea la correspondencia, el contrato se forma cuando el destinatario de la oferta responde aceptando el contenido de la propuesta. Lo anterior significaba para algunos autores que la aceptación producía sus efectos cuando el aceptante "declaraba" su asentimiento, es decir, aun antes —si es que ello puede llegar a probarse— de su envío. Sin embargo, otros consideraban que cuando se utilizaba el correo, el término "respuesta" implicaba una actividad más compleja que incluía la redacción de la carta y su despacho en la oficina de correos<sup>92</sup>.

En cuanto a la norma del Código Civil, con anterioridad a la reciente reforma los efectos de la doctrina del conocimiento habían sido mitigados por la jurisprudencia, impidiendo que el oferente se aprovechara de su negligencia o dolo para demorar o evitar la formación del consentimiento. Así, una vez que el mensaje se encontraba bajo el control del oferente, los tribunales ponían sobre éste la carga de probar que la demora o falta de conocimiento no había sido negligente<sup>93</sup>.

La solución alcanzada para el caso de los contratos electrónicos es producto de sucesivos cambios de criterios. Así, la Recomendación sobre Aspectos Legales del Intercambio de Datos (antecedente de la actual Directiva Europea) establecía que "un contrato celebrado me-

<sup>92</sup> Juan Gómez Calero, *El Contrato Mercantil: Nociones Generales*, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999, p. 226.

<sup>93</sup> Valpuesta Fernández, op. cit., p. 388. Ver también Díez-Picazo, op. cit., p. 297 y ss.



diante el uso de mensajes EDI se celebraba en el tiempo y lugar en que el mensaje EDI constitutivo de la aceptación de una oferta llegaba al sistema computacional del oferente”<sup>94</sup>. Consistente con ello, el artículo 11 de la Propuesta Modificada para la Directiva establecía en 1999 que el contrato se formaba cuando se recibía del proveedor del servicio de información el reconocimiento electrónico de la recepción de la aceptación y a su vez se confirmaba el recibo de dicho reconocimiento. Para esos efectos, la norma establecía que el proveedor de los servicios “debía enviar de inmediato el reconocimiento de la recepción” y que tanto el reconocimiento de la recepción como la confirmación debían ser enviados tan pronto como fuese posible<sup>95</sup>. Esto implicaba la aplicación más extrema de la doctrina del conocimiento, muchas veces cuestionada por conducir a una larga serie de confirmaciones. El texto definitivo de la Directiva no recogió dicha norma. El actual artículo 11 sólo establece que, salvo acuerdo distinto entre no consumidores, “el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica”. Cabe destacar, en todo caso, que la norma citada establece que tanto el pedido como el acuse de recibo se reputan recibidos “cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos” (Cfr, art. 28, ley 34/2002).

En España, en tanto, a comienzos de 2001 el proyecto de ley establecía que el contrato electrónico se perfeccionaba cuando “la aceptación del destinatario o la formulación de su petición llegue al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en él almacenado y accesible por este último”. Con ello se buscaba “compatibilizar el respeto al principio general de perfeccionamiento del contrato por el concurso de la oferta y la aceptación expresado en el Código Civil con la necesidad de minimizar los riesgos inherentes a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones”<sup>96</sup>. Como se pudo apreciar, tampoco prevaleció este criterio en la ley.

Fuera del ámbito del comercio electrónico y en el campo internacional, el artículo 18 (2) de la CCIM expresa que “la aceptación de la

<sup>94</sup> Art. 3.3 de la Recomendación de la Comisión de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos legales del intercambio de datos. Diario Oficial de la CE, 28 de diciembre de 1994. En inglés el original.

<sup>95</sup> Propuesta modificada para el Parlamento Europeo y el Consejo Directivo acerca de ciertos aspectos legales del comercio electrónico en el Mercado Interno. Documento 599PC0427. HIPERVÍNCULO “[http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/dat/1999/en\\_599PC0427.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/dat/1999/en_599PC0427.html)” [http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/dat/1999/en\\_599PC0427.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/dat/1999/en_599PC0427.html). En inglés el original.

<sup>96</sup> Proyecto de Ley sobre Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico, Preámbulo.

oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente<sup>97</sup>. A su vez, el artículo 24 señala que la oferta, aceptación o cualquier otra manifestación de voluntad “llega” al destinatario, “cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual”. De acuerdo con los profesores Bernstein y Lookofsky, “es suficiente que la aceptación ingrese a la esfera de negocios del oferente de tal manera que éste tenga oportunidad de enterarse de ella”<sup>98</sup>.

### 3. DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS

En *Adams v. Lindsell*, un fallo clásico en el *Common Law*, un tribunal británico analizó el caso de una oferta dirigida a una dirección incorrecta y de la consiguiente demora en la aceptación. El tribunal consideró que los oferentes debían soportar las consecuencias del atraso y que el contrato quedaba formado por la aceptación sin importar su demora en ser recibida<sup>99</sup>. Más adelante, como se reconoció en el fallo recaído en *Falconer v. Mazess*, se asentó la regla general de que el contrato se reputaba perfecto cuando la carta que contiene la aceptación es enviada, es decir cuando es despachada a través de los “canales normales” de conducción<sup>100</sup>.

En la Sección 63 (a) del Restatement Second se pronuncia la misma regla general, conocida como la “regla del buzón de correos”, extendiendo su aplicación incluso a los casos en que la carta con la aceptación nunca llega a poder del oferente. “Una aceptación hecha en la forma y por los medios a que la oferta invita produce sus efectos y completa la formación del consentimiento tan pronto deja de estar en posesión del aceptante, sin importar si alguna vez llega a poder del oferente”.

Como se explicó más arriba, la UETA evita pronunciarse en materias de formación del consentimiento. Sin embargo, su artículo 15 proporciona una posible pauta para resolver el punto que ahora interesa, puesto que, en su carácter de norma supletoria a la voluntad de las partes, define el momento en que un mensaje electrónico se reputa enviado y recibido<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Ver también el artículo 2.6 de los principios UNIDROIT.

<sup>98</sup> Bernstein y Lookofsky, op. cit., p. 41.

<sup>99</sup> *Adams v. Lindsell*, 1 Barn. & Ald. 681 (In the King's Bench, 1818), citado por Fuller y Eisenberg, op. cit., p. 414

<sup>100</sup> *Falconer v. Mazess*, 403 Pa. 165, 168 A. 2d 558 (Corte Suprema de Pennsylvania, 1961), citado por Fuller y Eisenberg, op. cit., p. 427.

<sup>101</sup> El artículo 15 de la UETA se basa en el artículo 15 de la ley modelo UNCITRAL.

En efecto, teniendo presente que “las reglas sobre la formación del consentimiento pueden atender al momento en que un documento electrónico es enviado o recibido, y también porque la tradicional regla del ‘buzón de correos’ no es fácilmente aplicable en el Ciberespacio, la sección 15 de la UETA provee de detalladas normas supletorias relativas a ‘cuando’ un documento electrónico se considera enviado o recibido y ‘donde’ el mismo se considera enviado y recibido”<sup>102</sup>.

De acuerdo a la sección 15 referida, si el consentimiento se forma cuando la aceptación es enviada, el contrato quedaría perfecto cuando:

- La aceptación es dirigida apropiadamente al sistema informático designado o utilizado por el destinatario para recibir documentos electrónicos del tipo del enviado, y desde el cual el destinatario puede recuperar el documento.
- El documento electrónico puede ser procesado por ese sistema; y
- El documento electrónico ingresa a un sistema, de procesamiento fuera del control del emisor o entra una región del sistema de información designado o utilizado por el destinatario y que se encuentra bajo el control de este último.

Por el contrario, si el consentimiento se forma cuando la aceptación es recibida por el oferente, el contrato quedaría perfecto cuando:

- El documento electrónico ingresa al sistema de procesamiento de datos designado o utilizado por el destinatario en los términos ya expresados en el párrafo anterior, y
- Se encuentra configurado en términos de ser procesado por dicho sistema.

Sin perjuicio de la situación frecuente en que los documentos son transmitidos a través de redes o sistemas controlados por terceros, la aplicación de una norma como la comentada puede determinar que, en muchos casos, en la práctica el envío corresponda instantáneamente a la recepción del mensaje.

#### 4. CONCLUSIÓN

Conforme a la legislación hoy vigente en Chile, el consentimiento debe entenderse formado cuando se da la aceptación. La primera y

---

<sup>102</sup> Robert Carson Godbey y William G. Meyer III, *Contracting in Cyberspace, A New Environment Evolves*, 5-FEB 2001, Haw. B. J., 6, p. 13. En inglés el original.

precaria manifestación de ese suceso en el mundo electrónico sería la preparación del mensaje respectivo; aunque es difícil pensar en la existencia de medios de prueba suficientes –sobre todo documentales– en tanto el mensaje no es enviado. De ahí que el envío aparezca como un hecho de singular relevancia y para su determinación los criterios del Derecho comparado (Directiva Europea, Ley 34/2002, UNCITRAL y UETA) pueden prestar una buena asistencia.

En este mismo sentido y si se piensa en las perspectivas de modificación del régimen actual, por un lado se destaca la tendencia partidaria de reconocer que el consentimiento existe desde que el documento con la aceptación llega al oferente. La autoridad de cuerpos normativos como la CCIM y los principios UNIDROIT, a la par con el desarrollo de mecanismos para la confirmación de los mensajes –hasta ahora no siempre bajo el control del emisor–, reforzaría un desarrollo en esa línea. Sin embargo, se advierte también cierta renuencia a reconocer ese principio, como en el caso de la Directiva Europea, la ley española, e inclusive, en el proceso de revisión del UCC en los Estados Unidos.

Por último, no se debe olvidar que en una gama muy amplia de situaciones la celeridad de las comunicaciones determina que el envío y la recepción de los mensajes sea casi simultáneo.

## VII. OBSERVACIONES FINALES

Como se aprecia, en general las reglas especiales sobre comercio electrónico han resistido la tentación de acometer una revisión general del Derecho de contratos. Una opción distinta ciertamente arriesgaría una prematura adherencia a procedimientos o tecnologías no suficientemente consolidados, y también una inconveniente falta de flexibilidad frente a futuros avances tecnológicos. En este segundo sentido, la propia Ley 19.799 adhiere en forma expresa al principio de neutralidad tecnológica.

Por otro lado y puesto que el comercio electrónico implica que las partes se relacionan en un esquema revestido de formas (la voluntad se exterioriza a través de operaciones electrónicas perceptibles e incluso almacenables), parece posible alcanzar niveles de seguridad que las formas tradicionales de contratación masiva no necesariamente proveen. Piénsese, por ejemplo, en la contratación oral o mediante el intercambio de correspondencia escrita, o en las limitaciones del archivo en papel.

Por último, como aspecto más de fondo, queda la interrogante acerca del rol del Derecho de contratos ante estas nuevas realidades. La celeridad y difusión masiva son algunas de las características más notables del comercio electrónico, y cada vez con más frecuencia se constata que los acentos puestos por la dogmática civil en los últimos dos siglos tienden a no coincidir con las preocupaciones de las partes cada vez que se agita una contienda. Así, las respuestas más inmediatas suelen buscarse en las ventanillas del servicio público fiscalizador (así sea el SERNAC, la Fiscalía Nacional Económica o las variadas superintendencias), o en la Justicia de Policía Local aplicando el Derecho del Consumo, en lo posible con un ilícito infraccional que imputar a la contraparte. Sólo en los grandes negocios parece mantener su relevancia la negociación y libre toma de decisiones en torno a las cuales se estructura el Derecho Civil y Comercial; conclusión que quizás se vea atenuada en el Derecho norteamericano, por la existencia de las acciones colectivas y derivativas, las indemnizaciones civiles punitivas y otros instrumentos análogos, asentados en las peculiaridades propias de esa sociedad y aún así controvertidos en cuanto a sus efectos.

**EL CONTRATO INTERNACIONAL.  
PROBLEMAS RELATIVOS A SU NEGOCIACIÓN  
Y PERFECCIONAMIENTO**

**GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA**  
*Magíster en Derecho*  
*Universidad de Southampton*  
*(Reino Unido)*  
*Profesor de Derecho Civil*  
*Universidad de los Andes*

**I. INTRODUCCIÓN**

Una de las áreas que desde antiguo han llamado la atención de los investigadores del derecho es aquella relativa a la etapa de formación o nacimiento del contrato, esto es, aquella integrada por los actos o conjunto de actos que preceden a la formación del contrato y conducen a su celebración.

Problemas tales como la obligación de negociar de buena fe y la determinación del momento a partir del cual dos o más partes han quedado irrevocablemente vinculadas, resultan de gran interés para una diversidad de efectos prácticos, como son, por ejemplo, el determinar si una de esas partes ha podido o no desistirse legítimamente de su idea inicial de contratar, o el establecer los términos o estipulaciones que se consideran incorporados al contrato.

En el ámbito de la contratación internacional, en el cual las partes suelen tener sus domicilios en países diversos la una de la otra, y en el que normalmente los contratos se celebran encontrándose las partes, físicamente, en países distintos, las vicisitudes que se pueden presentar en la etapa de formación del contrato pueden ser de gran relevancia. Así, por ejemplo, la determinación del momento en el cual el contrato se entiende celebrado podrá ser determinante para establecer cuál será la ley o derecho aplicable a la relación entre las partes, ley o derecho que, en un caso concreto, podría permitir, o por el contrario impedir, la retractación o retiro de una de las partes de la negociación.

El presente trabajo tiene por objeto pasar revista a diversas situaciones y problemas concretos que se han presentado en la etapa de formación de los contratos internacionales, como asimismo analizar las soluciones que para dichos problemas se han desarrollado en el ámbito del derecho internacional y comparado. Al mismo tiempo, se analizarán las soluciones que para problemas similares resulta posible encontrar en nuestro derecho interno, con el objeto de permitir al lector formarse una visión general de las semejanzas y diferencias normativas que resulta necesario tener a la vista, a la hora de intervenir en el ámbito práctico de la contratación internacional.

Con todo, antes de entrar propiamente en la materia objeto del presente trabajo, intentaremos hacer referencia de manera general al concepto o idea de contrato internacional y a los elementos esenciales en la formación de un consentimiento jurídicamente vinculante. Asimismo, y en esa perspectiva general, precisemos que el presente trabajo, al describir una serie de regímenes y soluciones normativas internacionales y de derecho comparado, no tiene por objeto abordar el problema de determinar la normativa o ley aplicable a la relación respectiva, problema respecto del cual remitimos al lector a los textos especializados en materia de conflicto de leyes<sup>1</sup>.

## II. EL CONTRATO INTERNACIONAL

Sin desconocer la diversidad de criterios que, con relación al concepto de contrato internacional, es posible encontrar en la doctrina y en el derecho comparado, pero reconociendo al mismo tiempo que el análisis de dicha doctrina excede de los límites del presente trabajo, para los efectos de nuestra exposición, y basándonos al efecto en las ideas de Batiffol<sup>2</sup>, entendemos como contrato internacional aquel que, poniendo en juego los intereses del comercio internacional, se caracte-

<sup>1</sup> Sobre el conflicto de leyes y la determinación del derecho aplicable en materia contractual, véanse: Cheshire, G.C. y otros, *Cheshire and North's Private International Law*, Butterworths Law, Londres, 1999, Capítulo 18; North, Peter, *Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1993, Capítulo V; De Juan Guzmán, Vivian, *Unificación del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea. Convención de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, 2001; y Guzmán Latorre, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 513 y sgts.

<sup>2</sup> Batiffol, Henri y Lagarde, Paul, *Droit International Privé*, Editorial Dalloz, París, 1980, Tomo II, p. 276.

riza por el hecho de que el todo o parte de sus elementos o *factores de conexión* se encuentran repartidos en diferentes estados.

Sin perjuicio de lo anterior, no es posible desconocer que no obstante la debida ponderación de los diversos factores de conexión existentes en un contrato, en la práctica, la calificación de éste como contrato internacional estará determinada, principalmente, por el hecho de que los contratantes tengan su domicilios o establecimientos principales en estados diversos<sup>3</sup>. Por lo anterior, nuestro análisis estará principalmente centrado en aquellos contratos que presentan esta última característica, ya que es precisamente respecto de éstos que surgen los mayores problemas y dificultades en la etapa del formación.

### III. LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN COMO ELEMENTOS ESENCIALES EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Resulta indiscutible, tanto a la luz de nuestro derecho como del derecho comparado, que no puede existir un contrato sin que a él le haya precedido una oferta emanada de una de las partes, como asimismo sin que dicha oferta haya sido aceptada por el destinatario de la misma. De dicha conjunción entre oferta y aceptación surgirá el consentimiento, elemento que da inicio a la existencia de toda convención<sup>4</sup>.

La anterior es una afirmación de validez internacional<sup>5</sup>, aplicable tanto respecto de los sistemas jurídicos de tradición civilista como de aquellos fundados en el *Common Law*, con la salvedad de que en estos últimos, como veremos más adelante, se exige un requisito adicional para que una manifestación de voluntad pueda tener efecto vinculante, a saber, la existencia de una *valuable consideration*. En efecto, en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, la ausencia

<sup>3</sup> Así, el art. 1º, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías ("Convención de Viena"), establece: "1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:..."

<sup>4</sup> Para un análisis general de la teoría de la formación del consentimiento en el derecho chileno véanse: Alessandri Rodríguez, Arturo, *Los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 83 y sgts.; y Saavedra Galleguillos, Francisco Javier, *Teoría del Consentimiento*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994, pp. 270 y sgts.

<sup>5</sup> Al efecto, el art. 2.1 de los Principios de UNIDROIT, establece: "El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo". Véase Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 2001 (texto completo de los Principios UNIDROT se encuentra disponible en la página web: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)).



de este último requisito puede restar toda fuerza vinculante a un acuerdo de voluntades, incluso cuando las partes han tenido claramente la intención de quedar vinculadas jurídicamente y dicho acuerdo no se ha encontrado afectado por ningún otro vicio<sup>6</sup>.

#### IV. LA ETAPA DE NEGOCIACIONES EN UN CONTRATO INTERNACIONAL

##### 1. GENERALIDADES

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes con relación a la oferta y la aceptación, resulta necesario reconocer que, sobre todo en transacciones internacionales de envergadura, muchas veces no resulta posible identificar claramente una oferta o *contraoferta* que una de las partes pueda aceptar o rechazar, sino más bien un proceso gradual, en el cual los acuerdos se van logrando en parcialidades, en diversas etapas o "rounds" de negociación, a través de una sucesión de reuniones, minutas, borradores, acuerdos preliminares, u otros documentos intercambiados o suscritos por las partes.

A este respecto, cabe preguntarse qué obligaciones, si es que alguna, pesan o pueden pesar sobre las partes involucradas en un proceso negociador, como asimismo cabe preguntarse si los términos de los eventuales acuerdos o documentos preliminares podrían tener fuerza vinculante y ser exigibles en el evento de una disputa.

##### 2. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR DE BUENA FE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Una idea común en el derecho comparado es la de imponer a los contratantes la obligación de cumplir o ejecutar un contrato de *buena*

---

<sup>6</sup> Para una exposición general y básica de la doctrina de la *consideration* en el derecho inglés, véase G.H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, pp. 63 y sgts.; y para una comparación de dicha doctrina con los principios existentes en los sistemas civilistas o continentales, véase Whincup H., Michael, *Contract Law and Practice, The English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, La Haya, 1996, pp. 56 y sgts. En términos muy simples, esta doctrina se fundamenta en la idea básica de que una persona no puede exigir el cumplimiento (*enforce*) de una promesa hecha por otro, mientras no se haya comprometido por su parte a dar algo a cambio de dicha promesa (*consideration*). De esta forma, una mera promesa unilateral hecha por una persona a otra, y aceptada en todos sus términos por esta última, no podrá ser jurídicamente exigible (*enforceable*) si el destinatario o beneficiario de dicha promesa no se ha comprometido por su parte a dar, hacer o no hacer algo.

*fe*, idea imperante tanto en el *Common Law* como en el derecho de los países de tradición civilista.

Asimismo, sabido es que la doctrina de los países civilistas en general está de acuerdo en que la obligación de actuar de buena fe se extiende a todo el *iter* contractual, incluyendo por tanto la etapa precontractual de las negociaciones, aspecto en que se destaca la doctrina desarrollada por el jurista alemán Rudolf von Ihering en torno al concepto de *culpa in contrahendo*. Esta obligación de actuar de la buena fe en fase precontractual ha sido incluso reconocida expresamente por diversos textos legales<sup>7</sup>, lo que no obsta a concluir que, aún en países en que dicho reconocimiento legal expreso no existe, la doctrina y jurisprudencia ya lo han aceptado ampliamente<sup>8</sup>. En general, se ha entendido que la obligación de actuar de buena fe significa que cada parte negociadora debe comportarse lealmente, en la forma en que, de acuerdo a las circunstancias, lo haría un hombre razonable. Así por ejemplo, se considera que falta a esta obligación aquella parte que, sin la intención real de celebrar el contrato, o a sabiendas de que la celebración de éste no es viable, ha continuado sin embargo involucrada en las negociaciones sin comunicar tal circunstancia a la otra parte negociadora.

Sin embargo, cabe señalar que la idea de la buena fe *precontractual* no es reconocida de manera general por los sistemas jurídicos del *Common Law*, punto que resulta de gran importancia tener presente a la hora de participar en las negociaciones de un contrato internacional.

En efecto, las cortes norteamericanas y sobre todo las inglesas, fundadas en el concepto de la libertad de negociación ("*Freedom of Negotiation*"), han tradicionalmente reconocido a las partes el derecho a participar en las negociaciones libremente, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual. Bajo los principios clásicos del *Common Law*, sólo el nacimiento o celebración de un contrato, por la vía de la aceptación de una oferta y del intercambio de *consideration*, puede generar obligaciones para las partes. De esta forma, mientras el contrato no se encuentre perfeccionado, las partes negociadoras no tienen obligación de conducirse de manera particular alguna, pudiendo en cualquier momento cualquiera de ellas romper las negociacio-

<sup>7</sup> Como, por ejemplo, el Código Civil italiano de 1942 (arts. 1175, 1337, 1366 y 1374) y el Código Civil argentino, según reforma introducida en 1968 (art. 1198).

<sup>8</sup> En la doctrina francesa, por ejemplo, véase Schmidt, Joanna, "La Sanction de la Faute Précontractuelle", en *Revista Trimestral de Derecho Civil* 46, 51 (1974), París. En nuestro país, véase Rosende Alvarez, Hugo, *Responsabilidad Precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1979.

nes, sin necesidad de invocar justificación o fundamento alguno. La raíz de lo anterior radica en la concepción general de que las negociaciones son por naturaleza aleatorias, de tal manera que cualesquiera pérdidas sufridas en razón de su fracaso son enteramente previsibles. Así, la parte que entra en las negociaciones, en la esperanza de obtener alguna ganancia con la celebración final de un contrato, asume el riesgo de cualquier pérdida que pueda sufrir por el hecho de que la otra parte abandone, incluso abruptamente, dichas negociaciones<sup>9</sup>.

De esta forma, si bien en el *Common Law* se ha desarrollado la idea de imponer una obligación general de actuar de buena fe en la ejecución o cumplimiento de un contrato ("*fair dealing*")<sup>10</sup>, las cortes y la doctrina se han rehusado a extender dicha obligación general a la etapa de las negociaciones precontractuales.

Con todo, cabe señalar que existen ciertos fundamentos que, en las circunstancias de un caso específico, podrían servir para atribuir a alguna de las partes en una negociación fracasada un grado de responsabilidad precontractual. Una de las circunstancias que podrían fundamentar esta responsabilidad es la idea denominada *fraudulent misrepresentation*, esto es, la responsabilidad que puede derivar de la formulación fraudulenta, durante las negociaciones, de afirmaciones o representaciones falsas o equívocas. Otra doctrina que podría servir para un objetivo similar es la teoría del *promissory estoppel*. De acuerdo a ésta, una parte no puede romper impunemente una promesa hecha durante las negociaciones si la otra parte, con el conocimiento y la aquiescencia de la primera, ha actuado sobre la base de la mantención de dicha promesa<sup>11</sup>. En el derecho norteamericano al menos, estas ideas de *fraudulent misrepresentation* y *promissory estoppel* han servido de base para imponer responsabilidad precontractual en el ámbito de los hechos ilícitos extracontractuales (*torts*). Sin embargo, atendida la especificidad de los casos de hecho en que proceden, y el limitado éxito que en la práctica ha tenido su invocación en los tribunales, estas doctrinas están lejos de suplir la existencia de la obligación general de negociar de buena fe que se considera existe en las legislaciones de tradición civilista.

<sup>9</sup> Farnsworth, Allan, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, 87 (1987), 217, p. 219.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, la Sección 1-203 del *Uniform Commercial Code* (Código de Comercio Uniforme) de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante el "U.C.C."), dispone que todo contrato u obligación comprendida en dicho código impone una obligación de actuar de buena fe en su cumplimiento o ejecución.

<sup>11</sup> Farnsworth, Allan, ob. cit., p. 221.

En razón de lo anterior, a la hora de negociar los términos de un contrato internacional con una contraparte domiciliada en un país del *Common Law*, puede resultar de gran utilidad, particularmente para aquella parte interesada en evitarse sorpresas indeseables o abruptas en las negociaciones, obtener la suscripción de un acuerdo preliminar, una carta de intención u otro documento que establezca, expresamente, la obligación de las partes de negociar de buena fe las condiciones de un eventual acuerdo. En este caso, la obligación de conducirse de buena fe y respetar el "*fair dealing*" en dichas negociaciones emanará precisamente de este documento separado, cuya obligatoriedad ha sido reconocida por las cortes del *Common Law*<sup>12</sup>. Con todo, cabe señalar que la obligatoriedad de estos acuerdos que imponen negociar de buena fe los términos de un contrato futuro, si bien aceptada por las cortes norteamericanas, ha sido puesta en duda por los tribunales ingleses. En este sentido, en 1974, Lord Denning, cuyas afirmaciones en la Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*) inglesa se han convertido en parte esencial de la doctrina jurídica del *Common Law*, con ocasión de un caso relativo a un acuerdo que imponía "negociar de manera justa y razonable las sumas del contrato", señaló: "Si el derecho no reconoce un contrato para celebrar un contrato (cuando existen términos fundamentales que aún no han sido acordados), me parece que no puede reconocer un contrato para negociar" (traducción nuestra)<sup>13</sup>.

### 3. LOS DOCUMENTOS O ACUERDOS PRELIMINARES

#### a) Ideas generales

Como señalábamos al inicio del presente capítulo, el camino de las negociaciones de un contrato internacional muchas veces se presenta como un complejo proceso, en el cual las partes avanzan paso a paso hacia la conclusión de un acuerdo final. Ejemplos claros de esta clase de procesos negociadores es posible encontrar en el área de las fusiones y adquisiciones corporativas. Dichos procesos pueden incluir

<sup>12</sup> Nedzel, Nadia E., "A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability", *The Tulane European and Civil Law Forum*, 12 (1997), 97, p. 116. Entre los casos norteamericanos en que se ha reconocido esta obligación, emanada de un acuerdo preliminar, de negociar de buena fe, se cuenta *Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries, Inc.* 248 A.2d 625 (Del. 1968), en el cual una carta de intención que describía los aspectos básicos de una transacción señalaba que "las partes harán todos los esfuerzos razonables (*every reasonable effort*) para acordar y preparar un contrato tan pronto como sea posible" (traducción nuestra). La corte estimó que de esta frase emanaba una obligación precontractual de negociar de buena fe.

<sup>13</sup> *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Bros.*, [1975] 1 W.L.R. 297, pp. 300-301.

el intercambio de documentos diversos y la suscripción o firma de los denominados acuerdos preliminares (*preliminary agreements*), incluyendo aquellos que imponen a las partes la obligación de negociar de buena fe, según se señaló. Cabe preguntarse qué efectos pueden producir estos intercambios o acuerdos, y, por tanto, qué prevenciones o precauciones deben tener presente las partes a la hora de recurrir a ellos en la negociación de un contrato internacional.

b) Importancia que se atribuye a la intención de contratar

De antemano resulta relevante destacar la importancia que, en el derecho internacional y comparado, y particularmente en el *Common Law*, se atribuye a la intención o voluntad de las partes de contratar. Cabe señalar que este aspecto prevalece incluso por sobre la eventual ausencia de acuerdo sobre determinados elementos del contrato que se negocia.

Así, es posible encontrar casos en que se concede a los jueces amplias facultades para "suplir razonablemente", si las circunstancias lo permiten, aquellos elementos respecto de los cuales las partes no han logrado llegar a acuerdo, siempre que sea posible acreditar que, no obstante la falta de acuerdo en determinados elementos, las partes claramente han manifestado su intención de celebrar el contrato<sup>14</sup>.

De esta forma, partes que han suscrito o firmado sólo un documento preliminar pueden encontrarse, en definitiva, con que la suscripción de dicho documento es considerado por el tribunal respectivo como la celebración misma del contrato definitivo o final, haciéndose exigibles la totalidad de las obligaciones emanadas de dicho contrato, por la vía de suplir por medios razonables los elementos que las partes no hayan incluido en el acuerdo "preliminar" suscrito, aun cuando este acuerdo expresamente señale que las partes celebrarán un contrato final posterior.

En este sentido, uno de los casos más citados de la jurisprudencia norteamericana es *Pennzoil Co. v. Texaco, Inc.*<sup>15</sup>. Pennzoil entró en negociaciones con Getty Oil Company y sus principales accionistas, suscribiéndose un acuerdo de principios ("*agreement in principle*"), en

<sup>14</sup> En el derecho norteamericano, véase U.C.C., Sección 2-204, cuando se establece que, respecto de un contrato de compraventa, aun cuando las partes hayan dejado abiertos uno o más elementos del contrato, el contrato no será ineficaz por falta de determinación si la intención de las partes ha sido celebrar un contrato y existe base razonable para otorgar un apropiado curso de acción.

<sup>15</sup> 729 S.W.2d 768 (Tex. Ct. App.); 481 U.S. 1 (1987).

el cual se establecía que Pennzoil adquiriría una parte importante de las acciones de Getty Oil Company a un precio de US\$110 por acción, debiendo negociarse los términos de los acuerdos definitivos. Posteriormente, los accionistas de Getty abandonaron las negociaciones, cerrando en definitiva la venta con Texaco, Inc., compañía que pagó por las acciones de Getty el precio de US\$128 por acción. Pennzoil demandó a Texaco por interferencia ilícita en sus relaciones contractuales (*tortious interference with contractual relations*)<sup>16</sup>, fundado precisamente en la existencia de un contrato exigible con los accionistas de Getty. El jurado en definitiva resolvió que el "acuerdo de principios" (*agreement in principle*) entre las partes era un contrato válidamente celebrado y obligatorio, no obstante que no se había logrado un acuerdo definitivo, y no obstante que las partes contemplaban *expresamente* que negociarían y celebrarían dicho acuerdo definitivo. Como resultado, Texaco, Inc. fue condenada a pagar indemnizaciones por US\$8.53 billones, lo que la obligó incluso a iniciar un proceso de reorganización corporativa.

Si bien no de manera tan tajante como ocurre en el *Common Law*, en que los jueces normalmente intentan por todos los medios "salvar el acuerdo" cuando les aparece que ha existido la intención de las partes de contratar, en el ámbito internacional también es posible encontrar situaciones en que se faculta al juez para suplir ciertos términos no acordados por las partes, como ocurre, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercancías, firmada en Viena en 1980 (en adelante la "Convención de Viena"), cuyo artículo 55 establece:

"Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil".

Cabe señalar que la Convención de Viena constituye ley de la República de Chile, por haber sido ratificada por nuestro país con fecha 7 de febrero de 1990, entrando en vigencia con fecha 1° de marzo de 1991. De esta forma, resulta importante destacar que en nuestro país existen dos regímenes distintos que regulan el punto en

<sup>16</sup> Uno de los supuestos tradicionales de responsabilidad extracontractual (*torts*) en el *Common Law*.

comento, uno, el del Código Civil, aplicable a las compraventas internas, que exige que el contrato contenga un precio determinado o determinable, so pena de nulidad o inexistencia de la convención, y otro, el de la Convención de Roma, aplicable a las compraventas internacionales de mercancías<sup>17</sup>, que establece normas para suplir la ausencia de este requisito.

Todo lo anterior ha pretendido demostrar que, en el ámbito de la contratación internacional, debe tenerse especial atención con los términos de cualquier acuerdo preliminar, llámese memorándum de entendimiento, acuerdo de principios u otro documento similar, por cuanto tales documentos, que a la luz de la ley chilena podrían no constituir un contrato por la ausencia de determinados elementos o la exigencia de un contrato definitivo, podrían, por aplicación de una normativa extranjera o internacional, ser considerados derechamente como un contrato válidamente celebrado y vinculante, cuyos términos podrían ser suplidos por el tribunal respectivo. En consecuencia, si al suscribir uno de estos documentos no existe la intención de quedar vinculado contractualmente, sino hasta el término de una negociación o la celebración de un contrato definitivo, resulta conveniente y hasta necesario declarar expresamente en el documento dicha intencionalidad.

---

<sup>17</sup> Con relación al ámbito de aplicación de la Convención de Viena, el art. 1º de dicho texto dispone:

"1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato."

Asimismo, también con relación al ámbito de aplicación de la Convención, debe tenerse presente lo señalado en el art. 2, en cuya virtud la Convención de Viena no se aplicará a las siguientes compraventas: "a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad."

## V. LAS VICISITUDES DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

### 1. POSIBILIDAD DE REVOCAR UNA OFERTA

Como se ha señalado precedentemente, existe consenso internacional en cuanto a que un contrato se perfecciona por la aceptación de una oferta<sup>18</sup>. Pues bien, cuando se emite una oferta, y supuesto que ésta contenga todos los elementos o requisitos para ser considerada como tal<sup>19</sup>, cabe preguntarse acerca de las posibilidades del oferente de revocar dicha oferta o, dicho de otro modo, la eventual obligación que dicho oferente pueda tener de mantener la oferta vigente durante cierto plazo, o esperar respuesta del destinatario.

Como advierten Fernández y Calvo<sup>20</sup>, como declaración de voluntad recepticia, la oferta supone lógicamente un *plazo de vigencia*, dentro del cual puede ser aceptada y luego del cual se entenderá irrevocablemente caducada. Este plazo opera inicialmente en beneficio del oferente, ya que limita temporalmente el alcance de su eventual compromiso. El problema radica en saber si dicho plazo de vigencia, que puede ser expreso o tácito, opera también en contra del oferente, es decir, si éste se encuentra obligado a mantener la oferta por todo su período de vigencia o si, por el contrario, puede libremente revocar su declaración en cualquier tiempo antes que recaiga la aceptación.

En la legislación chilena, el tema anterior se encuentra en principio resuelto por el artículo 99 del Código de Comercio, en cuya virtud el proponente puede perfectamente revocar su oferta antes de la aceptación, "salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo"<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Véase Capítulo II de este trabajo.

<sup>19</sup> Si bien analizar estos requisitos excede de los propósitos del presente trabajo, basta señalar con relación a este punto que existe consenso en que la oferta debe ser hecha con la intención de obligarse, ser suficientemente precisa, en términos de establecer los elementos esenciales del contrato propuesto y estar dirigida a un destinatario válido. Véase Whincup, Michael H., ob. cit., p. 36. Asimismo, al art. 2.2. de los Principios de UNIDROIT señala: "Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación".

<sup>20</sup> Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, "El Contrato de Compra-venta Internacional de Mercancías", en *Contratos Internacionales*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, p. 220.

<sup>21</sup> Si bien el Código Civil nada dice en cuanto a la formación del consentimiento, los autores y la jurisprudencia están de acuerdo en cuanto a que a la formación del consentimiento en los contratos civiles se aplican las reglas de los artículo 97 y siguientes del Código de Comercio. Véase Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit. p. 88.



a) Distintas soluciones en el derecho comparado

No obstante la claridad de la solución adoptada por nuestro Código de Comercio, a la hora de negociar un contrato internacional es necesario tener presente que, en el derecho comparado, se está lejos de lograr un consenso con relación a la *revocabilidad* o *irrevocabilidad* de la oferta, existiendo soluciones distintas e incluso absolutamente contrapuestas.

En efecto, en el ámbito del *Common Law* se ha consagrado con preeminencia la regla de la *libre revocabilidad* de la oferta, de acuerdo a la cual la oferta puede ser revocada en cualquier momento antes de la aceptación, incluso en aquellos casos en que la oferta se ha dado "en firme" (*firm offer*), es decir, incluso en aquellos casos en que el oferente se ha comprometido a mantener vigente la oferta durante cierto tiempo<sup>22</sup>. Esta solución no tiene otro fundamento que la doctrina de la *consideration*, a la que hemos hecho referencia precedentemente, en cuya virtud una promesa unilateral (obligarse a mantener vigente la oferta) no puede producir efecto legal alguno, salvo en cuanto el destinatario o beneficiario de dicha promesa haya dado a cambio alguna contraprestación patrimonial al oferente.

Cabe señalar, sin embargo, que esta visión estricta de la doctrina de la *consideration* ha sido hasta cierto punto mitigada en el derecho norteamericano, como lo demuestra la introducción de la Sección 2-205 del Código de Comercio Uniforme (*Uniform Commercial Code*) (en adelante, "U.C.C."). De acuerdo a dicha sección, una oferta "en firme" hecha por un comerciante para la compraventa de mercancías en un documento firmado no es ineficaz por ausencia de *consideration*, obligando a dicho comerciante a no revocar la oferta por el plazo señalado o, en ausencia de plazo, por un término razonable<sup>23</sup>.

En el otro extremo se ubica por ejemplo el derecho alemán, el que ha consagrado el principio de la *irrevocabilidad* de la oferta por el plazo establecido en la misma o, en defecto de plazo, por el tiempo necesario para que recaiga la aceptación<sup>24</sup>. Este modelo ha sido segui-

<sup>22</sup> D'Arcy, Leo; Murray, Carole, y Cleave, Barbara, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, Décima Edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 54.

<sup>23</sup> A este respecto, la Sección 2-205 del U.C.C. dispone: "An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror."

<sup>24</sup> Solución adoptada originalmente en el antiguo Código prusiano de 1874, y recogida en el art. 143 del actual Código Civil.

do, entre otros, por el Código Suizo de las obligaciones y por las Leyes Uniformes Escandinavas<sup>25</sup>.

En una postura intermedia entre los sistemas del *Common Law* y el germánico se encuentran los sistemas de tradición romanista, en los cuales, consagrándose en principio la revocabilidad de la oferta, se establece sin embargo la posibilidad de que el oferente *se obligue* a no revocarla durante cierto plazo o mientras no medie la respuesta del destinatario, obligación que se reconoce válida y exigible. Un ejemplo de esta solución es precisamente la adoptada en el derecho chileno, en el ya citado artículo 99 del Código de Comercio.

#### b) Soluciones en el derecho internacional

La diversidad de soluciones descritas en el tema de la revocabilidad de la oferta no satisface la seguridad y certidumbre que el tráfico y la contratación internacional imperiosamente demandan. Asimismo, como afirman Fernández y Calvo<sup>26</sup>, “no cabe duda que las exigencias del tráfico —en particular del tráfico comercial internacional— reclaman una vinculación del oferente a la propuesta contractual durante el período de vigencia de la misma”. Esta irrevocabilidad otorga al destinatario la certeza de que la oferta no puede ser revocada, lo que le permite sin mayor riesgo efectuar los necesarios preparativos, tratativas y evaluaciones que puedan ser necesarios para decidir adecuadamente la aceptación o rechazo. En este sentido, resulta claro que la posibilidad de obtener una indemnización de perjuicios basada en *culpa in contrabando*, unida a la obligación del oferente de actuar de buena fe, no satisfacen plenamente la seguridad requerida por el destinatario, por cuanto, en tal caso, la eventual indemnización supone un actuar de mala fe, cuestión difícil de probar en el caso de una simple revocación de la oferta. Además, aplicando la doctrina de von Ihering, los daños cuya reparación podría en tal caso obtener el destinatario serían los relativos al daño “negativo”, es decir, las pérdidas efectivamente sufridas por el aceptante al haber confiado en la oferta, y no el daño “positivo”, esto es, los eventuales beneficios que habría obtenido con la celebración del contrato. Por lo demás, en la generalidad del *Common Law*, no es posible ni siquiera concebir esta noción de *culpa in contrabando*, como tampoco se reconoce la obligación general de negociar de buena fe.

<sup>25</sup> Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, ob. cit., p. 221.

<sup>26</sup> Ibid., p. 221.

Con todo, las pocas iniciativas de carácter internacional existentes en esta materia han adoptado una solución que, podríamos decir, constituye un verdadero compromiso entre los sistemas del *Common Law* y germánico. Nos referimos fundamentalmente a este respecto a la solución adoptada tanto por la Convención de Viena como por los Principios de UNIDROIT.

La Convención de Viena, aplicable como se ha dicho a la compraventa internacional de mercancías<sup>27</sup>, establece como regla general la revocabilidad de la oferta y, como excepción, la irrevocabilidad<sup>28</sup>. Así, el párrafo 1º del artículo 16 establece que la oferta "podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación". En tanto, el párrafo segundo del mismo artículo citado agrega que la oferta no podrá sin embargo revocarse en los casos siguientes: i) "si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable"<sup>29</sup>; o, ii) "si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta."<sup>30</sup>

Por su parte, los Principios de UNIDROIT han recogido, en su artículo 2.4, una solución que reproduce, en iguales términos, la adoptada en la Convención de Viena.

Cabe recordar en todo caso que los Principios de UNIDROIT tienen un carácter no vinculante, aplicándose sólo cuando las partes lo hubieren dispuesto expresamente, por lo cual, en definitiva, la única solución de derecho internacional vinculante, aunque sea con un carácter supletorio, es la contemplada por la Convención de Viena, cuya aplicación resulta limitada a su ámbito específico<sup>31</sup>.

En consecuencia, en la generalidad de los casos, la solución al tema de la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta, en una negociación internacional, quedará entregada al derecho interno o nacional

<sup>27</sup> Sin perjuicio de lo señalado con relación al ámbito de aplicación de la Convención de Viena (véase nota N° 17 precedente), cabe destacar que las normas de dicha convención tienen carácter supletorio, como se desprende del art. 6, cuando señala: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos."

<sup>28</sup> Para un análisis de estas reglas de la Convención de Viena, véanse: Medina de Lemus, Manuel, *La Venta Internacional de Mercancías*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992, pp. 75 y sgts.; y Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, ob. cit., pp. 224 y sgts.

<sup>29</sup> Convención de Viena, art. 16, párrafo 2), letra a).

<sup>30</sup> Convención de Viena, art. 16, párrafo 2), letra b).

<sup>31</sup> Véanse notas N° 17 y 27 precedentes.

*aplicable*, determinado según las normas que regulan el *conflicto de leyes*.

## 2. LA ACEPTACIÓN CONDICIONAL

Ya hemos señalado que para el perfeccionamiento del contrato es necesario que el destinatario acepte, expresa o tácitamente, la oferta que se le extiende. Como tal, la aceptación debe cumplir con una serie de requisitos, respecto de los cuales no existe mayor divergencia en el ámbito internacional. En este sentido, la aceptación debe hacerse en la forma exigida por el oferente, debe formularse durante la vigencia de la oferta y debe ser congruente con los términos de ésta<sup>32</sup>. Este último requisito de la congruencia o conformidad de la oferta constituye un postulado básico del derecho contractual comparado, reconocido tanto por los sistemas de tradición romanista como por los sistemas del *Common Law*<sup>33</sup>. En su concepción tradicional, el requisito supone que la aceptación debe referirse al mismo contenido enunciado por el proponente en su oferta, en términos tales que, una mínima incongruencia entre la oferta y la aceptación, impedirá que el contrato se perfeccione. También existe consenso en cuanto a que, de no ajustarse la aceptación a los términos de la oferta, fuera de no perfeccionarse el acuerdo, dicha aceptación constituye una nueva oferta o *contraoferta*, que por tanto podrá ser ahora aceptada o rechazada libremente por el primitivo oferente. Se agrega incluso que el primitivo oferente, que recibió la *contraoferta*, no está obligado a responder esta última, de manera que su silencio, salvo concurrencia de circunstancias extraordinarias, no podrá ser interpretado como una aceptación de las modificaciones o condiciones introducidas a su oferta<sup>34</sup>. Estas reglas han sido aplicadas por los tribunales de manera bastante estricta, particularmente en disputas relativas a contratos internacionales.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye la sentencia recaída en el caso inglés *Northland Airlines Ltd. v. Dennis Ferranti Meters Ltd.*<sup>35</sup> Este caso dice relación con la negociaciones entre un proveedor británico y una compañía canadiense para la compra por parte de esta última de una aeronave. Los oferentes vendedores enviaron un cable a la compañía canadiense señalando: "confirmando venta a ustedes de aeronave"

<sup>32</sup> En la doctrina chilena véase Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 93. En la doctrina inglesa véase G.H. Treitel, ob. cit., pp. 16 y sgts.

<sup>33</sup> Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, ob. cit., p. 228.

<sup>34</sup> D'Arcy, Leo; Murray, Carole; y Cleave, Barbara, ob. cit., p. 54.

<sup>35</sup> (1970) 114 S.J. 845.

ve Grummond Mallard..., favor remitir £5.000.” (traducción nuestra). La compañía canadiense respondió a dicha comunicación en los términos siguientes: “Esto es para confirmar vuestro cable y mi compra de aeronave Grummond Mallard según los términos señalados en vuestro cable...£5.000 enviadas a vuestro banco, a ser retenidas en vuestro nombre mientras se encuentre pendiente la entrega...favor confirmar que la entrega se realizará dentro de 30 días desde esta fecha” (traducción nuestra). Los oferentes vendedores nunca respondieron a esta segunda comunicación, y más aún, vendieron la aeronave a un tercero, desde luego en un mejor precio. La Corte de Apelaciones londinense estimó que en los hechos no había contrato. Pese a la concordancia en los dos elementos esenciales de la compra (es decir, el precio y la cosa), se consideró que, atendida la incorporación de dos nuevos elementos, uno relativo a la forma de pago y otro relativo al plazo de entrega, la respuesta de la compañía canadiense no fue una aceptación, sino que fue una contraoferta que no obligaba a los originales oferentes.

En un orden de ideas similar al descrito en los párrafos anteriores, nuestro Código de Comercio, en el artículo 101, señala: “Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado...”. Asimismo, el artículo 102 del mismo cuerpo legal dispone: “La aceptación condicional será considerada como una propuesta”, confirmándose así, también en nuestro derecho, la regla de que una aceptación condicionada constituye una contraoferta, que como tal puede ser aceptada o rechazada a voluntad por el primitivo oferente<sup>36</sup>.

Sin embargo, la aplicación estricta de la regla descrita en muchos casos no satisface las necesidades del comercio internacional. Ello por cuanto, en la práctica, no resulta común ver situaciones en que el destinatario se limita “reproducir” los términos de la oferta. Por el contrario, comunes son situaciones como las descritas en *Northland Airlines Ltd. v. Dennis Ferranti Meters Ltd.*, en que el destinatario acepta los términos de la oferta agregando detalles o especificaciones propias de su habitual práctica comercial. Más común son incluso aquellas situaciones en que, incorporando la oferta los términos *standard* del oferente, a través de una referencia a sus formularios impresos, el destinatario, aceptando la oferta, incorpora también en su aceptación sus propios términos o condiciones tipo, produciéndose

---

<sup>36</sup> Igualmente, para el caso de las compraventas internacionales de mercancías, el art. 19, párrafo 1) de la Convención de Viena establece: “La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.”

normalmente una clara discordancia o diferencia entre los términos *standard* del oferente y los del aceptante. En estos casos, la primera pregunta que surge es si podría considerarse formado el consentimiento y perfeccionado el contrato y, en los casos en que la respuesta es afirmativa (por ejemplo porque las partes ya han dado inicio al cumplimiento), surge una segunda pregunta, a saber, qué términos o condiciones pueden entenderse efectivamente incorporados en la relación contractual<sup>37</sup>.

Reconociendo las dificultades que, especialmente en el ámbito de la contratación internacional, plantea el principio de la absoluta conformidad de la aceptación, en el derecho moderno ha ido surgiendo una tendencia a relativizar la aplicación de dicho principio. En este sentido, mediante técnicas diversas se intenta "salvar", en la medida de lo posible, la celebración del contrato, aun cuando la aceptación haya incluido términos adicionales no contenidos en la oferta<sup>38</sup>. En este sentido se enmarca, por ejemplo, la Sección 2-207 del U.C.C., en cuya virtud la incorporación de términos adicionales en la aceptación no obsta a la formación del consentimiento. En tal caso, la incorporación al contrato de dichos términos adicionales se considera como una propuesta hecha por el aceptante al oferente, de manera tal que el oferente tiene la facultad de tomar la aceptación sin incluir dichos términos adicionales, salvo en cuanto el aceptante haya señalado expresamente que su aceptación es condicional a la aprobación de los señalados términos adicionales<sup>39</sup>. Es decir, en el caso del U.C.C., es el aceptante quien, al formular una aceptación con términos adicionales, corre el riesgo de que dichos términos adicionales no sean aceptados

<sup>37</sup> Esta situación de hecho, conocida comúnmente como la "Batalla de los Formularios" (*The Battle of the Forms*), es una de las más complejas y debatidas en el ámbito del derecho internacional de los contratos, y su análisis excede desde luego los límites del presente trabajo. Para una primera aproximación a este tema véase: D'Arcy, Leo; Murray, Carole; y Cleave, Barbara, ob. cit., p. 64. Para un análisis en profundidad del tema véase: Perales Viscasillas, M. del Pilar, "La Batalla de los Formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercancías: Una comparación con la Sección 2-207 U.C.C. y los Principios de UNIDROIT", *La Ley*, Madrid, 1996, 6 D-345, p. 1498.

<sup>38</sup> Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, ob. cit., p. 229.

<sup>39</sup> La Sección 2-207 del U.C.C. dispone: "(1) *A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.*

(2) *The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless: (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; (b) they materially alter it; or (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.*"

por el oferente, lo que traerá como resultado, i) que el contrato se perfeccionará sin problemas; y ii) que no se incluirán en dicho contrato los términos adicionales "propuestos" por el aceptante. Si el aceptante quiere evitarse el riesgo de que sus términos sean rechazados, puede formular una declaración expresa en tal sentido, pero, en tal caso, corre el riesgo de perder el negocio, en el evento de que el oferente no esté de acuerdo con los elementos adicionales propuestos.

En una línea similar, pero con una solución que plantea un matiz diverso, el párrafo 2) del artículo 19 de la Convención de Viena señala:

"No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación."

La solución de la Convención de Viena es distinta a la del U.C.C., por cuanto en la convención los términos adicionales se consideran, en principio, incorporados al contrato, y es el oferente el que debe manifestar expresamente sus objeciones, si su deseo es no contratar en las condiciones adicionales que venían con la aceptación<sup>40</sup>. En otras palabras, ante una aceptación con términos adicionales, el silencio del oferente se mira como aceptación de tales términos, los que se entenderán por tanto incorporados al contrato, siempre que "no alteren sustancialmente" la oferta. Así, las variaciones no sustanciales de la oferta permiten en forma automática la perfección del contrato<sup>41</sup>. En este orden de ideas, y ejemplificando en base a los hechos de un caso práctico, en una hipótesis idéntica a la de *Northland Airlines Ltd. v. Dennis Ferranti Meters Ltd.*, la aplicación de la Convención de Viena quizás podría permitir arribar a una conclusión inversa a aquella a la que, en tal caso, arribó la *Court of Appeal*.

Cabe señalar que los Principios de UNIDROIT contemplan una solución muy similar a la de la Convención de Viena<sup>42</sup>, por lo que son

<sup>40</sup> Medina de Lemus, Manuel, ob. cit., p. 76.

<sup>41</sup> Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, ob. cit., p. 230.

<sup>42</sup> Al efecto, el art. 2.11 de los Principios de UNIDROIT, establece: "No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación."

válidos respecto de dichos principios los mismos comentarios esbozados con relación a esta convención.

Ahora bien, no resulta fácil adivinar que las principales críticas a la solución adoptada tanto por la Convención de Viena como por UNIDROIT han apuntado al problema de establecer qué términos alteran "sustancialmente" la oferta, lo que —se ha dicho— acarrearía más incertidumbre que seguridad a las transacciones internacionales. Con todo, creemos que una solución como la descrita resulta un gran avance a la seguridad en el tráfico internacional, solución que no hace sino reconocer la forma en que, en la práctica, se manifiestan las relaciones entre oferente y aceptante. En este sentido, como en muchos otros temas en el ámbito jurídico, la determinación de si acaso una modificación altera o no sustancialmente una oferta será una cuestión de hecho, a ser apreciada por los tribunales en cada caso concreto.

### 3. EL MOMENTO EN QUE SE PERFECCIONA EL CONTRATO

La determinación del momento temporal en que se produce el consentimiento es uno de los puntos más polémicos en el tema de la formación de los contratos. Lejos de existir consenso en la materia, en el derecho comparado se aprecian diversos sistemas para determinar el momento específico en el cual la aceptación produce el efecto de formar el consentimiento<sup>43</sup>. Sin entrar en un análisis de cada uno de dichos sistemas, digamos en términos generales que los más conocidos son el sistema de la *declaración o exteriorización*, que apunta al momento en que el aceptante manifiesta su aceptación (aunque ella ni siquiera haya sido todavía despachada al oferente); el sistema de la *expedición*, utilizado principalmente en el *Common Law* (*dispatchsystem*), que atiende al momento en que el aceptante envía por algún medio idóneo su aceptación; el sistema de la *recepción*, adoptado tradicionalmente en los sistemas germano y escandinavo, que entiende formado el consentimiento cuando la aceptación llega a poder del proponente (aunque éste aún no se haya impuesto de su contenido); y el sistema de la *información o conocimiento*, acogido por algunos países de tradición romanista<sup>44</sup>, que atiende al momento en que el oferente toma conocimiento real y efectivo de la aceptación. Sin entrar en un análisis pormenorizado de los países que han acogido cada sistema, se podría decir sin embargo que el moderno derecho compa-

<sup>43</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit. p. 103.

<sup>44</sup> Art. 1.262 del Código Civil de España; art. 1.326 del Código Civil de Italia.



rado, después de un cierto desarrollo dogmático, parece haberse orientado preferentemente en favor de alguno de los dos sistemas intermedios<sup>45</sup>.

En cuanto al derecho chileno, se afirma que el Código de Comercio ha adoptado el sistema de la *declaración*. Así se entiende de lo señalado en los artículos 99 y 101 de dicho cuerpo legal<sup>46</sup>. En efecto, el primero permite al proponente arrepentirse sólo en el tiempo que media entre el envío de la propuesta "y la aceptación", y el segundo, aún más concluyente, establece que "dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente". En este sentido, nótese que nuestro Código de Comercio atiende siempre al momento en que se "da" la aceptación, y no a aquel en que ésta es enviada, recibida o comunicada<sup>47</sup>.

En el derecho internacional, por su parte, no existen normas de carácter general que regulen el problema del momento de la perfección del contrato. Sí existen sin embargo tales normas para el ámbito específico de la compraventa internacional de mercancías. En efecto, el artículo 23 de la Convención de Viena señala que el contrato "se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención". A su vez, y complementando lo anterior, en el párrafo 1° del artículo 18 de la misma convención se establece que "la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente".

En consecuencia, de lo señalado se desprende claramente que en el sistema de la Convención de Viena, el consentimiento queda formado cuando la aceptación "llega" al oferente, lo que no constituye sino una manifestación del sistema de la *recepción*<sup>48</sup>. Cabe señalar que el mismo sistema ha sido adoptado por los Principios de UNIDROIT<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Fernández de la Gándara, Luis y Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, ob. cit., p. 212.

<sup>46</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit. p. 103.

<sup>47</sup> Lo anterior sin perjuicio del art. 1412 del Código Civil, que adopta para el caso específico de las donaciones entre vivos el sistema de la *información o conocimiento*. Véase Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit. p. 106.

<sup>48</sup> Confirmando y complementando lo anterior, el art. 24 de la Convención de Viena se encarga de aclarar que, para estos efectos, "la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención 'llega' al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual."

<sup>49</sup> El art. 2.3, párrafo 1° de los Principios de UNIDROIT señala: "*La oferta surte efectos cuando llega al destinatario*".

Sin pretender entrar en un análisis detallado de la solución adoptada por la Convención de Viena<sup>50</sup>, nuestro propósito en este punto es destacar la sustancial diferencia que dicha solución plantea con la adoptada por el Código de Comercio, en el cual como señalamos se adopta el sistema de la *declaración*<sup>51</sup>.

A este respecto, y como en otros casos mencionados en este trabajo, al constituir la Convención de Viena parte de nuestro ordenamiento jurídico, debe en consecuencia tenerse presente que, en nuestro derecho, rigen dos sistemas distintos sobre la formación del consentimiento, a saber, el sistema de la *declaración*, aplicable a la generalidad de los contratos, y el sistema de la *receptión*, aplicable a la compraventa internacional de mercancías, teniendo presente en todo caso que ambas normativas son supletorias de la voluntad de las partes, por lo que éstas podrían perfectamente establecer reglas distintas para regular la formación del consentimiento.

## VI. CONCLUSIÓN

Resulta un hecho indiscutible que, en el ámbito de la contratación internacional, presenta vital importancia determinar adecuadamente la ley aplicable al contrato, por cuanto de la aplicación de una u otra legislación podría depender el ejercicio por una de las partes de un determinado derecho. De lo anterior surge precisamente la necesidad de adoptar soluciones de carácter uniforme, tanto para normativas de fondo como para reglas de conflicto de leyes, como aquellas adoptadas en materia de contrato de compraventa internacional de mercancías y de ley aplicable a las obligaciones contractuales.

El presente trabajo ha pretendido destacar que dicha preocupación y necesidad de uniformidad no sólo apunta a las obligaciones y derechos de las partes en un contrato válidamente celebrado, sino también a la etapa previa a dicha celebración.

En efecto, se ha querido destacar que a la hora de negociar los términos de un contrato internacional, es necesario no sólo poner la atención en el derecho o ley que *será* aplicable al contrato, sino también en aquellas normas o legislaciones que *podrían* ser aplicadas a las conductas que se desarrollan en la negociación. Así por ejemplo, resultará de importancia analizar en cada caso si existe o no la obliga-

<sup>50</sup> Para este análisis véase: Medina de Lemus, Manuel, ob. cit., p. 78 y sgts.

<sup>51</sup> Maluenda Parraguez, Rodrigo, *Contratos Internacionales*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998, p. 120.

ción de negociar de buena fe. Asimismo, será necesario tener extremo cuidado al suscribir cualquier clase de documento o acuerdo preliminar, o incluso al realizar actos en apariencia tan simples como el emitir una oferta o una aceptación.

En este sentido, del análisis efectuado en este trabajo se concluye que, cualquiera sea el régimen legal aplicable a la relación de que se trate, lo cierto es que la mejor forma de prever cualquier problema en la materia es precisamente mediante el establecimiento en forma clara, y preferentemente por escrito, de la *voluntad* o *intención* fidedigna de las partes de la negociación. Así por ejemplo, para aquella parte que pretende iniciar costosas negociaciones tendientes a la celebración de un contrato internacional, resultará del todo sabio solicitar la firma de un documento, en el que se obligue a los intervinientes negociar de buena fe los términos del eventual negocio. Sin embargo, según también se analizó, dicha parte deberá observar un extremo cuidado al expresar su voluntad, de tal manera que de los términos de dicho documento no se pueda desprender bajo ningún respecto una eventual intención de las partes de celebrar el acuerdo definitivo. En otras palabras, la expresión clara de la voluntad de las partes es la mejor herramienta para evitar cualquier conflicto, voluntad que por regla general será respetada tanto en el *Common Law* como en los ordenamientos de tradición romanista. De esta forma, son precisamente los particulares los llamados a prever y evitar, *ab initio*, cualquier sorpresa que, por la aplicación de un derecho foráneo, se podría eventualmente producir en la etapa de formación de un contrato.

## **EL CONOCIMIENTO DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGUROS: ALGUNOS ALCANCES SOBRE LA CARGA O DEBER DE INFORMACIÓN**

**JOSÉ MANUEL BARROS TORRES**  
*Profesor de Derecho de Seguros*  
*Universidad de los Andes*

### **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En el derecho de los contratos, la verificación del estado o condiciones del bien objeto de la contraprestación queda generalmente librada a la diligencia de la parte interesada, como sucede por ejemplo con la compraventa o con el arrendamiento<sup>1</sup>; dicha solución no se aviene con el contrato de seguros.

El seguro es por esencia un traspaso de riesgos, sin que medien tras él, ni el control de la cosa, persona o patrimonio que puede sufrirlo, ni los hechos que pueden generarlo, es decir, para una empresa de seguros dicho contrato implica el traspaso de un abstracto que supone un riesgo determinado, confrontado con las construcciones lógico-teóricas sobre su concreción en el pasado y con pronósticos de su concreción en el futuro. Esta confrontación entre el riesgo que se intenta traspasar y el estándar con que ha trabajado la ciencia estadística supone una operación técnica y datos reales, elementos que están en los fundamentos del negocio asegurativo, mismo que como sabemos está construido en base a las leyes de los grandes números. Como se verá, los datos reales del supuesto no provienen ni pueden provenir de la diligencia desplegada del asegurador; dicha actividad

---

<sup>1</sup> Cfr. Picard y Besson: *Les Assurances terrestres en droit français*, Deuxième Édition, Tome Premier, *Le contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1964., p. 112.

sería antieconómica e irrealizable<sup>2</sup>, pues él no está en condiciones de establecer por sus propios medios, por grande que sea su esfuerzo, los elementos de hecho que le permitirían apreciar el riesgo. Dicha información vital sólo podrá provenir de quien parece tenerla, es decir, quien tiene el control material o jurídico del bien afecto a un riesgo o quien se encuentra expuesto a sufrir un perjuicio por los dichos riesgos en sus intereses legítimos.

Consciente de esta realidad de hecho, nuestro legislador comercial estableció a quién correspondía aportar esa información, además de cuándo y cómo debía ser hecha.

## II. LA CARGA DE LA INFORMACIÓN

Antes de perfeccionarse el contrato de seguros, como en el curso de su vigencia, el tomador del seguro o el asegurado, o el tomador-asegurado, como es lo más habitual, tienen sobre sí un conjunto de obligaciones que el contrato ha configurado como "cargas"<sup>3</sup> que tienen por propósito general dar un marco legal y contractual al actuar de éste frente a su asegurador, de tal manera que a este último se le garantice y preserve el equilibrio de la relación asegurativa que ha celebrado.

Como es de esperar, la transgresión de dichos deberes trae aparejadas en las distintas legislaciones sanciones contractuales o legales que se dirigen precisamente a restablecer dicho equilibrio: la rescisión, que invalida retroactivamente el contrato, la reducción de la prestación asegurada al sobrevenir el siniestro, la terminación del contrato con efectos *ex nunc*, o la caducidad, que despoja al titular de sus derechos como beneficiario del seguro.

Estas "cargas" o denominadas también "deberes" suelen clasificarse en *deberes* o *cargas de información* y *cargas* o *deberes de conducta*, según si se trate de hechos o circunstancias que el asegurado debe poner en conocimiento del asegurador, o bien en hacer o no hacer algo, o ambos simultáneamente. Entre las primeras reviste trascendental importancia el deber de declaración.

La declaración del riesgo o más precisamente del estado del riesgo es el medio a través del cual el asegurador mide la probabilidad

<sup>2</sup> Halperin, Isaac, *Seguros*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1991, p. 268.

<sup>3</sup> Se dice que una obligación está estructurada como carga cuando los deberes impuestos son en el propio beneficio del asegurado para que sea ejercitable el derecho a reclamar la indemnización del seguro y no pueda sostenerse la caducidad o decaimiento del mismo.

jurídico-técnica de asumir las consecuencias de carácter financiero derivadas de un potencial siniestro; de una eventual realización del riesgo que se pretende trasladar, del cual nada conoce. Por ello es que la legislación de seguros fija, a quien se supone tiene estrecho contacto con el riesgo, o a quien lo conoce o debe conocer, una obligación de entregar información a quien se le trasladarán dichos riesgos y unos parámetros concretos a los que dicha información debe ceñirse, so pena de las sanciones legales ya expresadas. El asegurador —dirá Carlos Ignacio Jaramillo<sup>4</sup>— se encuentra prácticamente a merced del futuro asegurado. Su asentimiento está indisolublemente ligado al contenido de la declaración que de él emane —de conocimiento, no de voluntad—. De su buena fe, de su pulquérrima conducta precontractual, pende, además, el venidero equilibrio negocial.

### III. ORÍGENES Y FUNDAMENTO: LA BUENA FE *IN CONTRAHENDO*

El origen directo de las disposiciones que sobre el deber de información establece nuestro Código se encuentra en el Art. 251 del Código de Comercio Holandés de 1838<sup>5</sup>, en tanto que el fundamento doctrinario quiere encontrar sus causas como una de las más importantes manifestaciones de la Buena Fe objetiva.

Como se recordará, al tratar el principio de la Buena Fe, la mayoría<sup>6</sup> de los autores distinguen entre buena fe subjetiva y objetiva: la subjetiva dice relación con la psicología individual del sujeto, ya que consiste en una creencia, nacida de un error o de una ignorancia excusables, de que se encuentra en una situación jurídica regular, de que la propia conducta es conforme a derecho.

La Buena Fe objetiva, en tanto, se refiere en términos generales a la honradez moral de una conducta, “de acuerdo con el tipo de negocio de que se trate y de lo que resulte de las características sociales, económicas y jurídicas en las que se inserta aquello”<sup>7</sup>. Podemos decir

<sup>4</sup> “El contrato de seguros en la legislación colombiana”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* N° 1. Ed. Temis, Bogotá, 1992, p. 58.

<sup>5</sup> *José Gabriel Ocampo y la Codificación Comercial Chilena: Los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio*, Tomo I. Editor: E. Brahm G. Santiago, Universidad de los Andes, 2000, p. 262.

<sup>6</sup> En contra de la distinción antes dicha ver “Los elementos subjetivos en las instituciones y conceptos del Derecho Civil y su establecimiento”, Daniel Peñailillo A., p. 40, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil, Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri*, Ed. Conosur, Santiago, 1996.

<sup>7</sup> Cfr. Joseph Llobet I Aguado, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 13.

que se comporta de buena fe aquella persona que procede en la forma acostumbrada, según el negocio de que se trate y los parámetros usados por los usos negociales. Intentando un concepto diremos que Buena Fe objetiva es un principio general del derecho que impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, como en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, con corrección, rectitud, honradez y lealtad.

Esta, como "módulo" que es, tiene un valor normativo flexible, que se va precisando caso a caso, de tal modo que hace imposible inventariar la totalidad de sus manifestaciones concretas en el íter contractual. Con todo, la doctrina precisamente a propósito del desarrollo de los tratos preliminares ha analizado las más importantes obligaciones que surgen en esta etapa:

a. *La obligación de secreto*, que obliga a guardar silencio respecto de hechos o circunstancias relativos a la esfera personal o patrimonial de la otra parte cuando han sido conocidos a causa de los tratos preliminares.

b. *La obligación de custodia y conservación* que afecta a las partes de observar la diligencia necesaria en la guarda de las cosas que le han sido confiadas por la otra a propósito de las dichas tratativas, a fin de examinarlas, probarlas, estudiarlas, etc.

c. La obligación de iniciar los tratos con *intención seria* de contratar y de *interrumpirlos* tan pronto se advierta que no se está en condiciones de concluir un contrato válido.

d. *El deber de información*: Sin perjuicio de que dicho estándar<sup>8</sup> no lo recoge expresamente como tal nuestra legislación en esa fase precontractual, sino sólo en la de cumplimiento del contrato<sup>9</sup>, la doctrina no ha dudado en estimar la buena fe como principio general del derecho<sup>10</sup> y como tal lo ha proyectado no sólo a dicha etapa, sino al

---

<sup>8</sup> Don Jorge López Santa María dirá que es una regla que en lugar de formular una solución rígida, recurre a un parámetro flexible, cuyo manejo y concreción, en cada caso, queda entregado al criterio, prudencia y sabiduría del juez. Son, en suma, conceptos susceptibles de asumir un contenido empíricamente variable pero que, no obstante, tienen una unidad de significado básica e inamovible, la cual debe ser acatada por el sentenciador. *Los Contratos, Parte General*, Tomo II; Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 395.

<sup>9</sup> Artículo 1546 del Código Civil.

<sup>10</sup> *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, F. Fueyo L., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 144.

íter contractual completo<sup>11</sup>: "En sentido muy general, puede decirse que tanto antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo, cada uno de los que en él intervienen está obligado a conducirse con aquella diligencia y consideración a la otra parte que es de esperar según la buena fe de su futuro compañero en el contrato. Esta idea jurídica, que en la ley ha hallado solamente defectuosa expresión en algunas disposiciones particulares, ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia en un instituto de Derecho vigente que actualmente tiene fuerza de norma consuetudinaria a consecuencia de su ejercicio durante muchos años y de su acogida en la conciencia jurídica general"<sup>12</sup>.

La información, dirá Llobet, es un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio<sup>13</sup>.

En los tratos preliminares, la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de "hablar claro"<sup>14</sup>, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra. Durante esta fase, dirá López Santa María<sup>15</sup>, "cada negociador procura representarse de manera exacta al sujeto con quien se va a vincular y las prestaciones que el contrato proyectado haría nacer. Los actos e informaciones encaminados a ilustrar al interlocutor deben enmarcarse en una línea de corrección y lealtad".

Así las cosas, la buena fe objetiva impone a las partes el cumplimiento acabado del deber de información, tanto respecto de los sujetos como del objeto del contrato; su conocimiento lo exige, dirán los autores<sup>16</sup>, el declarado propósito de preservar la relación de equiva-

<sup>11</sup> Ver "El Principio de la Buena Fe", F.J. Saavedra, en *Instituciones Modernas...*, ob. cit. p. 367; y *Los Contratos, Parte General*, ob. cit., p. 399.

<sup>12</sup> Larenz, *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Traducción al español; Madrid, 1958, p. 108, citado por J.L. De Los Mozos, *El Principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch, Barcelona 1965.

<sup>13</sup> Cfr. Joseph Llobet I Aguado, *El deber de información*, ob. cit., p. 33.

<sup>14</sup> Hedemann, J. W., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones*, Vol. III, R.D.P., Madrid, 1958, p. 51, citado por R. S. Stiglitz en *Derecho de Seguros*, Tomo I, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 9 y 262.

<sup>15</sup> *Los Contratos*, ob. cit., p. 399.

<sup>16</sup> R. S. Stiglitz, en ob. cit., p. 262.



lencia que debe existir entre las partes sobre el conocimiento de circunstancias relevantes de la materia que será objeto del contrato.

Ahora bien, para la contratación en general —dirá Picod<sup>17</sup>— el deber de informar como máximo se detiene y, como mínimo, debe armonizarse con el deber de informarse, y ello según la aptitud e idoneidad y en el marco de las posibilidades de quien alega la desinformación.

En efecto, para la contratación en general, como para algunas legislaciones que regulan el contrato de seguros, el deber de información tiene límites: el primer límite consiste en que quien está obligado a informar disponga de la dicha información, además de conocer o deber conocer la influencia que ella ejercerá sobre la voluntad de consentir de la otra parte. De esta manera, no disponer de la información, ni tener la posibilidad de obtenerla comporta un claro límite a dicho deber. El segundo límite consiste en el llamado “deber de informarse” a cargo del acreedor a la información; así, se señala que no puede alegar desinformación quien debía conocerla o se hallaba en condiciones de conocerla, toda vez que precisamente la responsabilidad asumida por una parte sólo es factible edificarla sobre la base de la ignorancia excusable o legítima de la otra<sup>18-19</sup>. Ya analizaremos más adelante cómo aquellos límites pierden fuerza en nuestra legislación.

#### IV. CONTENIDO DEL DEBER DE DECLARACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO

El contenido específico de la declaración consiste en la comunicación de todas las circunstancias conocidas y trascendentes que influyan en la apreciación del riesgo.

<sup>17</sup> Picod, Y., *Le Devoir de Loyauté dans l'exécution du Contrat*, L.G.D.J., Paris, 1989. n° 106, p. 125, citado por R. S. Stiglitz en ob. cit., p. 263.

<sup>18</sup> Cfr. R.S. Stiglitz, ob. cit., p. 265.

<sup>19</sup> La Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, en su N° 200, p. 187 y sgtes., ha comentado en forma notablemente documentada el fallo que dictó la I. C. de Apelaciones de Concepción en el Recurso de Protección Rol 269-96, donde el comentarista comparte el criterio de dicho tribunal, a nuestro entender equivocado, de estimar equivalentes en el Derecho de Seguros, a efectos de formarse la cabal idea del riesgo que la institución requiere, el “deber de informar” que pesa sobre el tomador, con aquel de “informarse” que le compete al asegurador como todo contratante diligente. El citado fallo llega al extremo de concluir que no habría reticencia de quien no declara una enfermedad preexistente, por el solo hecho de que el asegurador pudo haber llegado a la misma información si hubiese revisado un contrato anterior entre las mismas partes donde sí constaba. Esta conclusión es contraria a nuestra legislación, tanto por la mala fe de la que puede ser indicativa la dicha reticencia, tanto porque el deber de declaración es objetivo y obliga a su cumplimiento ante cada contrato que se celebre, aunque sea entre las mismas partes —salvo pacto expreso en contrario—, entre otras razones porque lo impone la variabilidad que es connatural a los riesgos.

Así, la información debe ser completa para que facilite la representación del mismo, por lo que se hace menester incluir todas las circunstancias que influyan sobre el riesgo. Al decir de Halperin<sup>20</sup>, la declaración debe reunir a lo menos tres características:

a. Debe contener todas las circunstancias que según el uso no se reputan conocidas por el asegurador, exigencia que hace que las declaraciones deban ser rigurosamente conformes con la verdad. Dirá el tratadista argentino, citando la famosa expresión de Vivante, que: "El asegurado debe decir exactamente cuanto declara y declarar cuanto sabe".

b. Las circunstancias declaradas deben ser importantes para la asunción del riesgo, o para que el asegurador juzgue el riesgo a asumir; Stiglitz<sup>21</sup> dirá que la medida de dicha relevancia será la ruptura del equilibrio de las prestaciones, de manera que la determinación de la existencia de reticencias, inexactitudes o declaraciones falsas se encuentra a su vez condicionada por la relación de equivalencia entre la prima que paga el asegurado y el resarcimiento o la prestación prometida por el asegurador. Por ello se dirá que la carga de información ha sido observada, aun con reticencias o inexactitudes, si ellas no son "relevantes", o no han influido con adecuada causalidad en la decisión del asegurador, o no han desnaturalizado la relación de equivalencia.

Al respecto, debe aclararse en este punto que los autores estiman que los cuestionarios suministrados habitualmente por el asegurador para los efectos anteriores no agotan el deber del asegurado, sobre quien persiste dicha obligación declarativa, si sabía o debía saber la información con las características antes señaladas.

c. Deberá además informar sólo las circunstancias particulares del riesgo, no aquellas que afectan a la generalidad de ellos, pues se presume que éstos son conocidos por el asegurador.

Aunque ya lo revisaremos más adelante, debemos tener presente que el juego de las disposiciones que sobre el deber de declaración dispone nuestro Código de Comercio establece que la declaración a la que está obligado el asegurado debe ser completa y sincera tanto en relación con la identidad de la cosa asegurada tanto en cuanto a la

---

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 274.

<sup>21</sup> Cfr. R.S. Stiglitz, ob. cit., p. 270.

extensión de sus riesgos; es decir, aquella que le permita al asegurador una visión acabada de los riesgos objetivos y subjetivos<sup>22</sup> que puedan incidir sobre un bien determinado, sobre derechos específicos, sobre el patrimonio de una persona, o sobre la vida, salud o integridad física de una persona.

#### V. LA CARGA PRECONTRACTUAL DE INFORMAR QUE RECAE SOBRE EL ASEGURADO SEGÚN NUESTRO CÓDIGO DE COMERCIO

Nuestro Código de Comercio de 1865, "Uno de los más meditados y notables trabajos legislativos", al decir de Goldschmidt en su *Handbuch, Des Handelsrecht*<sup>23</sup>, considerado por la doctrina de la época como un trabajo original y novedoso en muchas de las materias reguladas, y no menos elogiado por haber sabido también recoger de otras codificaciones normas que le parecieron apropiadas a nuestra realidad, instauró en nuestro derecho de seguros el postulado informador de la buena fe, mismo que, no sin razón, le ha merecido a dicho contrato de *uberrimae bonae fidei*, en consideración al rol que la legislación supone de la conducta del candidato asegurado, que es a su vez la causa de la aceptación del asegurador y posterior permanencia contractual. Como ya apuntábamos, el empresario de seguros por las características del negocio tiene que hacer fe en la declaración que se le presta. La revisión de la información aportada, a más de entorpecer la velocidad del negocio, nunca puede ser significativa, o siquiera ser comparable a la que presumiblemente cuente quien tiene el control del bien asegurado, además y eso sí que con toda certidumbre aumentaría a niveles insostenibles las primas necesarias para ser viable el negocio.

De esta manera nuestro código del ramo reguló el dicho deber declarativo del siguiente modo: El Art. 556 del Código de Comercio señala que "*El asegurado está obligado: 1° A declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos;*" Por su parte, el Art. 516 del mismo cuerpo legal establece que "*Toda póliza deberá contener: 9° La enunciación de todas las circunstancias que puedan suministrar al asegurador un conocimiento exacto y completo de los riesgos, y de todas las demás estipulaciones que hicieren las partes.*" Por último, el Art. 557 del código ya citado sanciona: "*El seguro se rescinde: 1° Por*

<sup>22</sup> S. Baeza Pinto, *El Seguro*, Ed. Jurídica de Chile; 2001, p. 73.

<sup>23</sup> Citado por Konrad Ch. Firgau Y., en "El contrato de seguros en la legislación venezolana", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Ed. Temis, Bogotá 1992, p. 86.

*las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieren retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones;*". Estas son las disposiciones en que nuestra doctrina entiende se configura la llamada "carga de la declaración" o "carga de la información".

Aunque no es materia de este trabajo, también forman el deber de información que requiere el asegurador para la evaluación de su negocio, aunque sin las sanciones anulatorias ya descritas, aquella obligación legal contemplada en el Inciso 5º del Art. 57 del DFL. 251 que establece que los corredores de seguros deben también asesorar a la compañía aseguradora verificando la identidad de los contratantes, la existencia de los bienes asegurables y entregándole toda la información que posea del riesgo propuesto. Lo propio hace en términos semejantes el reglamento de los auxiliares del comercio de seguros (D.S. 863), en el Nº 5 del Art. 10. La infracción de estas normas reglamentarias y legales acarreará la responsabilidad civil del corredor de seguros, pero no afectará en nada la eficacia del contrato celebrado.

Además de lo anterior, nuestro Código de Comercio reglamenta el contenido de la información que deberá manejar el asegurador en distintos contratos, por la vía de ampliar en forma imperativa el contenido de las enunciaciones obligatorias de la póliza más allá de lo que exigía el Art. 516. Así, el Art. 579 sobre el seguro de incendio y el Art. 573 sobre el seguro de vida, ambos con regulación en dicho cuerpo legal desde su origen. No obstante lo expresado, debemos destacar que las principales obligaciones estructuradas como cargas a que deberá sujetarse un asegurado estarán contenidas casi siempre en los contratos de seguros respectivos, con las exigencias de detalle que sean del caso para cada riesgo.

Ahora bien, de las normas legales citadas podemos destacar los siguientes aspectos:

1. Nuestro legislador ha impuesto el deber al asegurado de declarar con sinceridad, objetividad y sin error, las circunstancias necesarias para una descripción completa de la persona, cosa o patrimonio que se intenta asegurar, de tal manera que el asegurador tome una idea cabal de ella, como de la extensión de los riesgos que ella pueda sufrir<sup>24</sup>. Es por esto que hemos señalado la necesidad de que la

<sup>24</sup> Isidore Alauzet, cuyo texto *Traité Général de Assurances* (Ed. Cosse, París, 1844) fue fuente directa de don Gabriel Ocampo en estas materias, según puede apreciarse en el primer borrador que sobre el capítulo de "seguros" preparó, dice en la página 412:

declaración guarde íntima relación con la realidad objetiva de los hechos sobre que versa y en los cuales ha de fundarse el consentimiento del empresario asegurador. De no ser así, la declaración deforma el concepto del riesgo, induce al asegurador a formarse un juicio equivocado acerca de la extensión y alcance de los peligros que ha de asumir.

2. En cuanto a si la declaración o información debe ser "dirigida" por el asegurador o la autoridad o es de carácter "espontánea", debemos señalar que aunque nuestro Código de Comercio no exige —y ni siquiera menciona— la necesidad de cuestionarios preparados por el asegurador como medio de cumplir la carga de información antes referida, como sucede hoy en Argentina y Colombia y en las codificaciones que han sido sus fuentes, la práctica comercial, desde la misma época de su dictación, ha pedido que la declaración de asegurabilidad que realiza el asegurado se haga mediante el citado cuestionario que ha sido preparado con antelación. No hay dudas eso sí entre nuestros autores que, si por distintas causas dichos cuestionarios o formularios no son ofrecidos o no se entregan, el deber de informar en los términos aludidos persiste en toda su integridad. Para uno o para otro caso, debemos indicar que el asegurado no tiene normalmente por qué conocer todos los factores que determinan la peligrosidad de un riesgo, ni siquiera —como dirá don J. Efrén Ossa G.<sup>25</sup>— los puramente objetivos, que inciden sobre el riesgo físico. Menos aún los subjetivos que inciden sobre el llamado riesgo moral. Tampoco podrán esperarse de la dicha declaración manifestaciones espontáneas que desdigan de su dignidad, de su honestidad, de su diligencia o de su hombría de bien, haciendo excepción obviamente sobre aquellos factores objetivos y relevantes como origen de eventuales peligros. Con todo, la contestación del cuestionario referido deberá ser siempre hecha con la mayor minuciosidad intelectual y moral posible<sup>26</sup>.

---

(traducción nuestra) "489. Al presentar una cosa ante la aseguradora, el propietario está obligado a hacer declaraciones exactas y precisas para dar a conocer de una manera completa al asegurador el objeto del contrato, su valor, y los riesgos a los cuales está expuesto. En el contrato de seguros, la especialidad es la regla general, es por lo tanto necesario designar el objeto sobre el cual recae."

<sup>25</sup> Cfr. *Teoría general del seguro*, Ed. Temis, Bogotá 1991, p. 326.

<sup>26</sup> Así, nos parece que el deber de información pesa sobre el tomador, cada vez que solicite la contratación de un seguro, aunque se trate de una misma persona, patrimonio o cosa y ante un mismo asegurador, tanto por la variabilidad de los riesgos objetivos y subjetivos, como por las variaciones de prima que estas alteraciones arrastran o pueden arrastrar. Ciertamente que persiste allí la legítima pasividad del asegurador, pues será él quien decida, con los antecedentes entregados cada vez, si la variación se produjo o no.

No puede olvidarse que la fuente natural del conocimiento de la "extensión" de los riesgos, es decir, el grado de peligrosidad que ellos encierran, es el tomador mismo, ya que a él se le supone —de ordinario— en contacto directo con la relación asegurable. "Teóricamente, el seguro bien puede agotar en la "estricta buena fe" del tomador, la génesis de su operación jurídico-comercial"<sup>27</sup>.

3. Las conductas sancionadas por el Código del ramo, en cuanto a perturbación orgánica a la voluntad del asegurador, son la reticencia y en general la inexactitud, es decir, la disconformidad entre lo relatado y la realidad fáctica, sea que se produzca ella por informaciones falsas, por informaciones erróneas o por reticencias.

En cuanto a la falsedad de las declaraciones, este hecho por sí mismo nos estaría indicando dolo, pero un dolo que vicia la voluntad sin que medie la severidad que pide nuestro ordenamiento civil. En efecto, como recordaremos, para el Art. 1458 de nuestro Código Civil el dolo que vicia el consentimiento, sólo es el dolo principal, es decir, aquel que, siendo obra de una de las partes, ha inducido a celebrar un contrato que no se habría celebrado de no mediar el arbitrio malicioso, en tanto que, si el dicho dolo sólo habría producido que el contrato se celebrara en otras condiciones, ese contrato es válido, sólo habría nacido para el contratante engañado el derecho a ser resarcido de los perjuicios. Esta solución sancionatoria no se aviene con el derecho de seguros, para quien el dolo incidental, contenido en el inciso 2º del artículo ya mencionado, es constitutivo *per se* de desequilibrios en las prestaciones, incompatibles con el negocio de seguro activo. De esta manera para el Art. 557 Nº 1, tanto para el dolo principal como para el incidental, la sanción es la nulidad relativa.

La inexactitud, nos dirá J. Efrén Ossa G.<sup>28</sup> presupone una conducta activa del tomador del seguro e implica discordancia objetiva entre la declaración expresa (la absolucón afirmativa o negativa de una pregunta, la afirmación o negación espontánea de un hecho) y la realidad del hecho o circunstancias sobre que ella recae. La reticencia, en cambio, entraña, por definición, una conducta pasiva: es el silencio, es la omisión, el encubrimiento de un hecho o circunstancia sobre las cuales se ha reclamado la atención del tomador o cuya importancia ha debido motivar su declaración espontánea<sup>29</sup>. Citando a Morandi, nos

<sup>27</sup> *Teoría general del seguro*, ob. cit., p. 325.

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 330.

<sup>29</sup> Véase también el capítulo "La reticencia en el contrato de seguros", en "Algunas reflexiones sobre la reticencia en el contrato de seguro", *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, Año 2 Nº 2, Santiago, 2000.

dirá que la declaración es reticente cuando la circunstancia influyente sobre el riesgo es omitida, declarada en forma incompleta o de manera confusa, usando palabras de equívoco significado.

Para nuestra legislación civil, por regla general la mera reticencia no importa dolo, en tanto que en nuestra legislación de seguros, en tanto revista la trascendencia que el Art. 557 N° 1 exige, vicia el consentimiento y debe ser considerada una forma de dolo<sup>30</sup>.

En cuanto al error, nuestra legislación comercial, por las razones tantas veces expuestas, es más severa que la civil. Así, sea de buena o de mala fe, sea un error sobre las cosas o sobre las personas, el error producido en el asegurado, de la gravedad prevista en la norma antes citada, acarrea la nulidad del contrato. Especial comentario merece el Art. 1455 del Código Civil, en donde el error en la persona necesariamente estará constituido, no sólo por la información equivocada sobre la identidad física, sino sobre todas aquellas circunstancias personales susceptibles de configurar el riesgo subjetivo inherente a cada individuo.

4. En cuanto a la entidad que deben revestir la reticencia y la inexactitud para anular el contrato, podemos decir, siguiendo a J. Efrén Ossa G., que la inexactitud y la reticencia para nuestro Código pueden ser relevantes o irrelevantes, según si éstas reúnen o no las características que la ley predica para sancionar la anulabilidad del contrato. Serán hechos relevantes, si los hechos o circunstancias omitidos o inexactamente declarados:

- (i) Eran o debían ser conocidos por el asegurado o su representante con una diligencia mediana. Podremos concluir lo anterior, al integrar la exigencia del Art. 556 citado con el Art. 1547 del Código Civil, pero teniendo siempre presente que la apreciación *in concreto* que se deberá hacer de aquel estándar legal supondrá un "buen padre de familia" con plena conciencia de lo que traspassa es un riesgo, es decir, no una cosa del mundo sensible, sino una concepción del orden lógico que descansa en la exactitud de los datos.
- (ii) Si los hechos o circunstancias encubiertos, por acción u omisión, eran de tal naturaleza que si el asegurador hubiese tenido

<sup>30</sup> Cfr. S. Baeza P., *El seguro*, ob. cit., pág. 79; O. Contreras S., *Derecho de Seguros*, Santiago 1982, p. 84; S. Espinoza C., *Derecho de los seguros*, apuntes de clases U. de Chile 1991, p. 29.

conocimiento de esa declaración inexacta o reticente, pudiese haberle retraído de la celebración del contrato o haber producido en éste una modificación substancial en sus condiciones. Como sabemos, la fidelidad exigida tiene un propósito declarado: conocer la naturaleza y extensión de los riesgos, como todas aquellas circunstancias que lo hacen más o menos azaroso y por tanto con una siniestralidad más o menos probable y más o menos cuantiosa; por otra parte, tiene también la finalidad de relevar al asegurado de "acuciosas investigaciones, laboriosas inspecciones y análisis cuyo efecto no sería otro que entorpecer la explotación masiva del seguro, hacer más onerosos los costos de explotación y por tanto menos accesible a la comunidad"<sup>31</sup> y, podríamos agregar, con un resultado muy incierto en lo que hace al conocimiento del riesgo que se traspasa.

Serán hechos irrelevantes, por contraste, aquellos que no reúnen las condiciones expuestas, tal como si se afirman, niegan u ocultan hechos que no trascienden la identificación y evaluación del riesgo y que, por lo mismo, no determinan la voluntad del asegurador.

Stiglitz y J. Efrén Ossa, citando a Morandi<sup>32-33</sup>, dan ejemplos de las categorías citadas; así, son constitutivas de reticencia o inexactitud:

- a) Incurre en reticencia el asegurado que calla su examen en el Instituto de Medicina Experimental (Instituto del Cáncer) aunque ignorara su resultado.
- b) Incurre en reticencia el solicitante del seguro que al contestar el interrogatorio del asegurador manifiesta no haber padecido de enfermedades gastrointestinales, no obstante padecer de úlcera y otros trastornos gástricos que expuso detalladamente en el hospital en que estuvo internado.
- c) Importa reticencia que puede autorizar la anulación del contrato, la ocultación de una propuesta anterior de seguro que fuera rechazada, o la denegación maliciosa de haber sufrido determinada enfermedad.

<sup>31</sup> J. Efrén Ossa G., ob. cit., p. 331.

<sup>32</sup> Morandi, Juan Carlos Félix; *Estudios de derecho de seguros*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 207 y sgtes.

<sup>33</sup> Además de las sentencias indicadas por esos autores, es posible encontrar otras 18 sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Español sobre estos mismos tópicos en los cuadernillos *Colección Jurisprudencia Práctica* N° 128 denominado "El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro"; Editorial Tecnos, Madrid, 1997.



- d) Existe reticencia que anula el contrato de seguro contra robo que cubre en bloque un negocio de joyería, cuando el asegurado contesta negativamente la pregunta que se le formula para la celebración del contrato, acerca de si le habían sido rechazadas o canceladas por cualquier entidad aseguradora, pólizas similares a la que solicitaba no obstante que, con anterioridad, otra empresa de seguros, que había aceptado una operación análoga, "dejó sin efecto el seguro antes de suscribir la póliza".
- e) La ocultación de su enfermedad por el asegurado es suficiente para declarar la nulidad del contrato, si la pericia aprecia que tal ocultación ha sido trascendente para la celebración del contrato.
- f) Existe reticencia, si el asegurado contesta falsamente la pregunta del asegurador, de haberle sido cancelada o rechazada por cualquier aseguradora una propuesta de contrato de seguro o renovación de póliza similares a la que se trata de contratar.
- g) Existe reticencia por ocultamiento de la calidad de propietarios del automóvil asegurado, y de la condición de permanencia precaria con que el mismo fue introducido al país, donde se sostuvo que existe reticencia por ocultación de la calidad de residente permanente del propietario del automóvil asegurado, simulando ser turista. En la especie se concluyó que el automóvil había ingresado al país ilícitamente y que de haber sido ello del conocimiento del asegurador, el contrato no se habría perfeccionado, "no sólo por la importancia que asume en el contrato de seguro la personalidad moral del asegurado, sino también frente a la eventual producción del riesgo, es decir del robo o del hurto, ya que introducido ilícitamente, la Aduana tendría preferencia respecto del automóvil introducido en infracción, que dificultaría a la compañía resarcirse de la indemnización a abonar".
- h) Configura conducta reticente la omisión del tomador de informar al asegurador la enfermedad que padecía el equino asegurado, con anterioridad a la celebración del contrato.
- i) Existe reticencia o declaración falsa de parte del asegurado si la póliza se ha emitido para cubrir los riesgos de un vehículo 0 km., y posteriormente se comprueba que se trataba de un automóvil usado, modelo 1980.
- j) Incurrió en reticencia el asegurado que afirmó la propia buena salud, silenciando recientes consultas médicas, aunque ignorase la gravedad de su tumor cerebral protegido psicológicamente por una "mentira piadosa".
- k) Si el seguro entra nuevamente en vigencia por su rehabilitación, esta última circunstancia tiene, en el caso, decisiva importancia

porque la rehabilitación fue pedida después que su empleado había sido internado por la enfermedad de la que luego falleció y, sin embargo, no hizo saber esto a su aseguradora en aquella solicitud. La rehabilitación se equipara, en gran medida, a la entrada en vigencia de un seguro, y aparece sin justificativo razonable que, al solicitarla, la actora silencie la situación en que se encuentra su empleado.

- l) La asegurada incurre en reticencia dolosa y de mala fe cuando contesta escuetamente el cuestionario entregado si el tumor cerebral, causa eficiente del fallecimiento, se tradujo en hechos y padecimientos que el extinto no pudo ignorar, tales circunstancias debieron ser puestas en conocimiento de la aseguradora, aunque no se tuviera conocimiento científico de la índole diagnóstica y pronóstica de la enfermedad.
- m) Omitió declarar una enfermedad crónica que afectaba su columna vertebral, con mucha anterioridad a la suscripción de su contrato de salud con la Isapre, además de la falsedad en su declaración de salud al afirmar no haber sido tratado de enfermedad crónica alguna (I. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Protección Rol N° 798 de 2001 de 12 noviembre de 2001).
- n) La no información de la existencia de un club privado en el edificio, como el no informar de ser dueño en comunidad del citado inmueble, constituyen una reticencia que acarrea la nulidad del contrato de seguros (Considerando 10° de la sentencia dictada en el juicio arbitral "Lagomarsino con Compañía de Seguros La Italia S.A., confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°272-98).

No son constitutivas de reticencia o inexactitud:

- a) La falsa manifestación del domicilio no constituye reticencia si es un elemento accesorio del contrato.
- b) No importa reticencia la omisión del asegurado, consistente en no declarar el valor del interés asegurable.
- c) Si de las especificaciones que contiene la póliza surge que los obreros jubilados que dejaron de prestar servicios pueden optar por continuar con el seguro, no se incurre en reticencia si no se dejó de prestar servicios y se continuó pagando las primas por medio del principal, ya que no surge en qué radica el perjuicio que tal actitud acarrea a la compañía o hizo más oneroso el seguro.
- d) Si del dictamen del perito surge que por la enfermedad que el asegurado omitió mencionar existe muy bajo porcentaje de mortan-

dad, de haber existido, no fue la causa determinante del contrato. De allí que no quepa sancionar el incumplimiento del deber de informar aquello que la aseguradora no considera un elemento alterante del estado del riesgo.

- e) Si se contrató un seguro combinado sobre tres inmuebles diferentes de propiedad de la asegurada, el asegurador no puede argüir luego de producido el siniestro que el contrato sólo comprendía viviendas de tipo permanente, pues un razonamiento elemental permite concluir que ninguna persona puede contar con tres domicilios permanentes, por lo que mal puede alegar la reticencia de la damnificada.
- f) Si los actos preparatorios para la habilitación como taxímetro de un automóvil asegurado como vehículo particular fueron posteriores a la contratación, no es posible hablar de reticencia, sino más bien de agravación del riesgo.
- g) Cuando versa sobre el valor del interés asegurable, salvo obviamente que se trate del presupuesto del inciso tercero del Art. 534 del Código de Comercio, es decir de dolo, caso en el cual cesará la obligación indemnizatoria del asegurador.

5. En nuestro país, como en la generalidad de las legislaciones, no se acoge la teoría de la causalidad siniestral, es decir, la relación que hipotéticamente debería existir entre el vicio de la declaración y el resultado, es decir, el siniestro, de tal modo que si no mediara el vínculo causal no procedería aplicar la nulidad relativa. Para nuestra legislación, como se indicó, basta que las circunstancias que se ocultaron, se falsearon o cuyos datos se entregaron en forma errónea hayan revestido la relevancia exigida por la ley para que anule el contrato, sin necesidad de indagar si lo ocultado o distorsionado efectivamente tuvo o no relación directa con la realización del riesgo, fase ulterior e indiferente como tal para la citada sanción que sólo mira la etapa de configuración del negocio asegurativo.

6. Siguiendo las reglas comunes, la carga de la prueba de la inexactitud o de la reticencia corresponde al asegurador, quien deberá probar:

- (i) Que la declaración es inexacta o reticente, para lo cual deberá probar tanto los hechos y circunstancias encubiertos, disfrazados o disimulados por el asegurado como la disconformidad de éstos con la declaración.

- (ii) Que los señalados hechos eran conocidos o debían ser conocidos por el asegurado o tomador mediando una diligencia mediana, en el momento de celebrarse el contrato. Es decir, probar la insinceridad de la declaración de los primeros, mediante un hecho positivo: el conocimiento real o presunto.
- (iii) Probar que de haber conocido la realidad del riesgo, o no habría celebrado el contrato, o lo habría hecho con alguna modificación sustancial de sus condiciones. A pesar de lo compleja y técnica que pueda resultar dicha probanza, nuestra normativa, a diferencia de otras legislaciones, no exige una prueba calificada, como podría ser la pericial<sup>34</sup>. Ella deberá producirse por cualquiera de los medios de prueba que admite nuestro ordenamiento.

7. Cumplidas las condiciones antes expuestas, el juez declarará la nulidad relativa del contrato con efectos *ex tunc*. Dicha declaración de nulidad producirá efectos diferentes que en materia civil. Conforme el Art. 1687 del Código Civil, luego de la sentencia, las cosas vuelven a su estado original, debiendo las partes hacerse las restituciones mutuas que conforme las reglas generales les correspondan. Para el Art. 558 del Código de Comercio, en cambio, pronunciada la nulidad por *dolo* o *fraude* del asegurado, el asegurador, a pesar de que el contrato se ha quedado sin objeto ni causa, podrá demandar el pago de la prima o retenerla, sin perjuicio de la acción criminal, *aunque no haya corrido riesgo alguno*. Se trata —como dirá Espinoza<sup>35</sup>— de una indemnización de perjuicios regulada por ley.

No hay regla especial sobre la retención o demanda de la prima tras la declaración de nulidad por “error”.

8. Por último, debemos señalar que las citadas normas sobre nulidad relativa no han sido elevadas como en otras latitudes<sup>36</sup> a la categoría de normas de orden público, es decir, aquellas que, entre otras características, está impedida su renuncia. Por el contrario y aunque resulte impensable que un pequeño mercado como el nuestro pudiese “imponer” la renuncia al ejercicio de dichas normas a un asegurador o a un reasegurador, como sucedió en su momento en otros países con cláusulas de incontestabilidad en el seguro de vida, no hay que olvi-

<sup>34</sup> El Art. 5 de la Ley de Seguros Argentina (N°17.418) impone a dicho medio probatorio el carácter de prueba tasada, impidiéndole al juez apartarse de las conclusiones periciales.

<sup>35</sup> Ob. cit., p. 30.

<sup>36</sup> Art. 1162 del Código de Comercio Colombiano.

dar que ninguna renuncia, ni norma legal que establezca plazos y condiciones especiales para el ejercicio de ellas<sup>37</sup>, podrá llegar a tanto que haga peligrar el concepto de "eventualidad" o incertidumbre en el riesgo, sin el cual el contrato no podrá nacer a la vida jurídica por falta de objeto.

---

<sup>37</sup> Art. 5 inciso segundo de la Ley de Seguros Argentina (Nº17.418).

## **EL CONTRATO USADO EN CHILE PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE FRUTA EN EL EXTRANJERO. SU VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA**

**JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY**  
*Profesor de Derecho Civil  
y de Filosofía del Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile*

### **I. LOS CONTRATOS USUALES EN CHILE PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE FRUTA EN EL EXTRANJERO**

#### **1. TIPO BÁSICO**

Desde hace bastantes años se acostumbra entre nosotros celebrar para la comercialización de fruta de exportación en el extranjero, un contrato cuyo tipo fundamental o básico es el siguiente, según aparece de la calificación y estipulaciones de las partes: 1º) El productor nacional vende su cosecha al exportador, que generalmente es una sociedad; siendo usual que se complemente esta venta con una llamada "tradición ficta" anticipada de la fruta incluida en el mismo contrato; 2º) El exportador vende a su vez en el extranjero esa fruta en su propio nombre; 3º) Hay en consecuencia dos ventas; 4º) El precio de la primera venta, es decir la del productor al exportador, se establece en forma provisoria y queda sujeto a ajustes, pues depende en definitiva del precio de la segunda venta, es decir, de la que haga el exportador en el extranjero, viniendo a ser, en general, el precio de la segunda venta, rétoros FOB puerto de embarque, menos costos posteriores a la entrega real de la fruta a que dé lugar la exportación —de envase, materiales, procesos y servicios tales como fletes, frigoríficos, fumigación, gasto de embarque, productos químicos, etc.—, y menos un porcentaje que es del exportador, el cual es usual fijar en un ocho por ciento, que por lo menos desde el punto de vista financiero corresponde al concepto de comisión.

La razón de ser de este tipo básico es la siguiente: se busca: 1º) Que el exportador al figurar como dueño de la fruta: a) pueda vender la cosa como propia; b) quede a cubierto del peligro de revocación del encargo, que existiría si el negocio jurídico se mirase como una simple comisión; c) quede a cubierto del peligro que le significaría una eventual quiebra del productor en orden a la recuperación de los anticipos de dinero que le haya hecho; d) quede eximido de la obligación de rendir cuenta, en el sentido-técnico jurídico de la expresión, al productor, obligación que tendría si hubiera mandato y no venta, apareciendo obligado sólo a informar del precio de reventa —lo que es muy distinto de rendir cuenta—; 2º) Que el exportador no pueda perder dinero si el precio de la segunda venta no cubre el de la primera más los costos de la exportación y la diferencia que espera el exportador, lo que se logra haciendo depender el precio de la primera venta del que se obtenga en la segunda; 3º) Que el productor pueda ganar dinero según el precio de la segunda venta, o sea, la venta definitiva en el exterior, lo que no se lograría si el precio de la venta de él al exportador no se estableciese en función del de la venta definitiva en el exterior, y 4º) Evitar un doble pago de impuesto al valor agregado.

La verdad es que semejante figura híbrida tiene para el exportador las ventajas de la venta y de la comisión: las de venta, porque le da la propiedad de la cosa, lo exime de la rendición de cuentas y evita que el fraude basado en la ocultación del verdadero precio de reventa pueda ser sancionado criminalmente a título de apropiación indebida, como sería si hubiera comisión; y las ventajas de la comisión, porque el exportador no deberá un precio firme al productor, y queda libre del consiguiente riesgo de pérdida, desde que los resultados de la segunda venta se proyectan a la primera, traspasándose así al productor. La figura híbrida en examen tiene, en cambio, para el productor, y en perfecta reciprocidad, las desventajas de ambos contratos; del de comisión y del de venta: las desventajas de la comisión, porque no tiene precio firme; y las desventajas de la venta, porque no se le rinde cuenta y no puede ejercer en su caso la acción criminal de apropiación indebida.

## 2. TIPOS AGREGADOS O MODALIDADES DEL TIPO BÁSICO

Al tipo básico descrito se suelen agregar diversas estipulaciones, como la de un precio mínimo garantizado, que corrientemente es algo simbólico, y una fracción del costo, y algo ajeno al consentimiento y a las expectativas reales del negocio. Otras veces falta este precio mínimo garantizado.

También se pacta a veces que la venta del productor al exportador quede condicionada a la certificación oficial de calidad que suele existir en el lugar de destino, de lo que se sigue en la práctica frecuentemente que quede en el extranjero un saldo de fruta fuera del rango de calidad requerido que se supone el exportador no vende o vende a un precio ínfimo.

### 3. NO RENDICIÓN DE CUENTA SINO SIMPLE INFORME DE LIQUIDACIÓN

Como la rendición de cuenta es una institución propia de la administración de bienes ajenos, y como se supone que el productor ha transferido el dominio de su fruta al exportador, éste, al final de la operación, no le rinde cuenta a aquél —lo que importaría hacer relación de los negocios de reventa con expresión del comprador extranjero, precio y fecha y condiciones del contrato, entregar documentos de respaldo, y, además, hacer una liquidación aritmética para determinar un saldo a favor o en contra del productor—, sino que se limita a una simple liquidación, de modo que el productor ni sabe ni queda en condiciones de saber qué precio percibió realmente el exportador por su fruta.

Los exportadores suelen alegar que sería imposible relatar el destino de la fruta de cada productor, porque de hecho se venden en conjunto partidas de varios productores. Pero esto es falso, pues hay compañías exportadoras que asignando un número a cada productor, que ponen a cada caja o partida de su fruta, siguen y registran exactamente el destino de todo lo que se vende, quien quiera sea el productor (esto consta al autor por su actuación como abogado en pleitos relativos a contratos de exportación de fruta).

### 4. VENTA EN EL EXTRANJERO A EMPRESA RELACIONADA CON EL EXPORTADOR

Algo que es frecuente es que la empresa exportadora venda la fruta a otra empresa de los mismos dueños, a un precio que se fija precisamente para defraudar al productor, y que esa otra empresa relacionada haga luego las ventas reales.

### 5. INDEFENSIÓN DEL PRODUCTOR

El resultado práctico de todo lo anterior suele ser que el productor quede jurídicamente atado de pies y manos en poder del exportador,



lo que aquél consiente ante la necesidad del financiamiento que éste le otorga.

## II. LA CUESTIÓN QUE SE SUSCITA

Con estos antecedentes, surge la cuestión de si los contratos descritos son realmente de compraventa, o tienen una naturaleza jurídica distinta, y cuál sería ella.

La duda surge porque se fija un precio sujeto a ajustes que no guarda ninguna relación, ni en la realidad ni en la intención de las partes, con el que se espera sea el definitivo; porque el precio definitivo ha de ser el que obtenga el exportador, menos un porcentaje que corresponde a lo que se suele estipular como comisión; porque el precio queda en la práctica librado en gran medida a la voluntad del comprador, viniendo a depender de ventas en el extranjero respecto de las cuales el comprador no rinde cuenta documentada sino que hace siempre una liquidación aritmética final; y por último porque no parece lógico que el comprador, que se hace dueño, esté obligado a revender, desprendiéndose de lo que ha adquirido, en interés del vendedor, al cual le debe el precio de reventa menos un porcentaje, que tiene todo el aspecto de la retribución de un intermediario.

## III. LA VERDADERA NATURALEZA DEL CONTRATO DE EXPORTACIÓN EN EXAMEN

### 1. EL CONTRATO NO ES DE COMPRAVENTA

- a) El contrato descrito no puede ser de compraventa porque no tiene precio determinado ni determinable

Hay, como se ha visto, un tipo de contrato calificado de venta con un precio que debe ajustarse según la venta que haga a su vez el comprador, en la siguiente forma: el precio será en definitiva el valor FOB puerto de embarque de la venta final en el extranjero, menos los costos de la exportación posteriores a la entrega real de la fruta, y menos un porcentaje —alrededor de un ocho por ciento— que queda para el exportador. O sea, el precio provisorio no tiene ninguna vigencia, e igual sería no ponerlo, pues puede aumentar o disminuir según aumente o disminuya el precio de la venta final, segunda venta o venta en el extranjero. Además, el precio provisorio no es serio sino irrisorio, pues corresponde, según se ha dicho antes, a una fracción,

por ejemplo una séptima parte, del costo que tiene para el productor la uva puesta en el extranjero, y ninguna de las partes vincula su consentimiento a ese precio, sino al precio final.

De esta manera, el verdadero precio es el precio en que el comprador venda a su vez la cosa, menos los costos de exportación posteriores a la entrega por el productor y el porcentaje que queda para el exportador.

Ahora bien, no vale la estipulación del precio según la cual éste ha de ser aquél en que el comprador venda a su vez la cosa.

En efecto, es un principio básico en materia de determinación del precio de una compraventa, el de que éste no puede quedar librado a la voluntad de una sola de las partes. Es lo que expresa el artículo 1809 inciso segundo de nuestro Código Civil, en las siguientes palabras: "No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes".

De este principio, deducen los autores clásicos que no vale la venta en que el precio ha de ser lo que otro ofrezca por la cosa.

"Yo no creo —dice Pothier— que una convención semejante deba ser admitida como contrato de venta en los tribunales; ella daría lugar a demasiados fraudes. El comprador podría interponer una persona que ofreciese un precio muy bajo, para tener la cosa a vil precio, y el vendedor podría interponer una persona que ofreciese un precio muy alto, para venderla muy cara..."<sup>1</sup>. En el mismo sentido se pronuncian Troplong<sup>2</sup>, y Pardessus<sup>3</sup>. Entre nosotros enseña lo mismo Alessandri<sup>4</sup>: "Tampoco hay venta cuando se vende por el precio que se ofrezca al vendedor. Aquí el precio es indeterminado, pues depende, en cierta manera, de la voluntad de una de las partes, ya que será el que se ofrezca al vendedor. La oferta que se haga a éste será la que determine el precio que debe pagar el comprador que no ha intervenido en su estimación. Resulta, pues, que está obligado a aceptar el que aquél fija. Esto es contrario a la naturaleza del contrato de venta".

Si es nula la venta en que el precio se determine como aquél que otro ofrezca por la cosa, es también evidentemente nula, y por la misma razón, la venta cuyo precio sea aquel en que el comprador revenda la cosa; pues también en este caso el precio vendrá a ser el que otro ofrezca, y también serán posibles los "demasiados fraudes" de que habla Pothier, por la interposición de una persona que pueda hacer el comprador para que le compre a él a su vez.

<sup>1</sup> Pothier, Venta, n° 27.

<sup>2</sup> Troplong, Venta, n° 153.

<sup>3</sup> Pardessus, t. II, p. 284.

<sup>4</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Compraventa...*, t. I, n° 348.

De hecho en los contratos de exportación de fruta, ocurre con frecuencia que el exportador es una sociedad que vende en el extranjero a otra sociedad sujeta al mismo control que ella.

Es pues nula la venta cuyo precio sea aquél en que el comprador venda a su vez, y sobre este punto yerra Alessandri cuando la declara válida<sup>5</sup>, siendo de advertir que los grandes autores clásicos no contemplan esta forma de determinación del precio.

Si es nula la venta cuyo precio haya de ser el que a su vez obtenga el vendedor vendiendo la cosa, obviamente ha de serlo aquélla en que, como en el caso en examen, el precio sea el de reventa menos ciertos descuentos.

No ha de mover a confusión sobre este punto la doctrina contenida en el Digesto y seguida por los grandes expositores, según la cual es válida la venta cuando hay un precio determinado que puede aumentar con una parte o el total del exceso en que sobre ese precio venda el comprador la cosa. En el Digesto, se lee en efecto:

“Si alguno comprase de este modo: “tengo comprado un fundo por cien mil sestercios y en cuanto de más lo vendiere”, vale la venta y se integra al momento, pues tiene un precio cierto: cien; pero se aumentará este precio si el comprador hubiere vendido el fundo en mayor cantidad”<sup>6</sup>.

En verdad, esta hipótesis es muy distinta de la que se da cuando se señala como precio el que obtenga el comprador por revender; y es muy distinta, porque en el último caso el precio está lisa y llanamente al arbitrio del comprador —lo que no es admisible—; en cambio en el primer caso, el que resuelve Ulpiano, hay un precio fijo e inamovible convenido por ambas partes, que es la base, y a él puede añadirse un suplemento, que es el exceso en que venda el comprador, o una parte de ese exceso<sup>7</sup>.

Por eso los civilistas clásicos han entendido siempre que, en este caso, lo que se estipula como precio en forma determinada, es el grueso del valor que se va a pagar y en que se estima la cosa, y el suplemento es cuantitativamente un accesorio, por lo menos en la previsión de las partes. Así puede verse en Troplong, quien dice a este propósito en el sumario de sus glosas a los artículos 1591 y 1592 del Código francés: “Nº 152. No es incierto, tampoco, cuando siendo

<sup>5</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., t. I, nº 325, p. 347 *in fine*.

<sup>6</sup> *Digesto*. Libro XVIII, título 1º, ley 7ª, párrafo 2º (Ulpiano, 28 Sab.).

<sup>7</sup> De paso, conviene aclarar que el comprador no está obligado a vender para tratar de obtener un suplemento de precio al comprador. Su contrato no sería entonces de compra. Si de hecho vende, deberá ese suplemento, lo que es muy distinto.

determinado en la mayor parte, no es indeterminado sino por el excedente". Después, en el texto mismo del párrafo 152, expresa Troplong: "El precio no es tampoco incierto, cuando, siendo cierto en parte, no tiene de eventual sino el exceso. Por ejemplo, yo le vendo este inmueble por quince mil francos, y el resto quedará a su criterio. Hay aquí un precio cierto, quince mil francos. El resto no es sino un acrecimiento del precio, cuya incertidumbre no podría viciar la venta". En la nota "4" cita Troplong la referida ley del Digesto, y dice que éste es su argumento. También Duranton expresa que el exceso ha de ser un accesorio y no lo principal: "y con tal —dice— de que el precio principal sea determinado entre las partes desde el principio, al menos de una de las maneras de las cuales hemos dado algunos ejemplos, eso basta, aun cuando algo accesorio al precio no esté fijado entre ellas sino de una manera eventual, y estuviera, por así decirlo, a la voluntad de una de las partes. Tal sería el caso en que yo comprase de Ud. tal objeto mediante la suma de cien francos, y, además, la mitad de lo que yo sacara revendiéndolo. La venta es perfecta de inmediato". Luego cita Duranton la aludida ley del Digesto<sup>8</sup>.

Por su parte, Pothier había dicho en sus Pandectas, glosando la ley en referencia:

"En verdad el precio que se pacta como principal debe ser cierto: además a este precio puede agregarse algo incierto como accesorio".

"Por donde: Si alguien ha comprado así: "compro este fundo en cien, y en cuanto de más lo hubiere vendido", vale la venta, y al instante es perfecta. Porque tiene precio cierto, ciento. Mas se aumentará el precio si el comprador hubiere vendido el fundo en más"<sup>9</sup>.

Es sobremañera importante destacar que Ulpiano en la ley citada y los autores que la glosan consideran que la parte del precio que se establece por referencia al precio en que a su vez venda el comprador es incierta: indeterminada; pero que por haber una parte principal determinada, la venta vale.

El precio provisorio que se suele pactar no es la parte principal cierta o determinada que permite un resto incierto en carácter de accesorio, porque: I<sup>o</sup>) puede disminuir en virtud del ajuste posterior, ya que no es un mínimo garantizado sino un falso precio señalado con fines de facturación y para el cobro del impuesto al valor agregado, y II<sup>o</sup>) a mayor abundamiento, es un precio que en la intención de

<sup>8</sup> Duranton, Venta, n<sup>o</sup> 107.

<sup>9</sup> L. 18, t. I, ley 7<sup>a</sup>, párrafo 2<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 29.

las partes no guarda relación alguna con el valor objetivo, equivaliendo comúnmente a una fracción, a un séptimo o menos del costo de producción; que por tanto no es serio, y que menos podría ser la parte principal en el precio definitivo, carácter que en la realidad quedaría reservado casi siempre para el "suplemento" o "accesorio". Este último argumento sirve para descartar la figura de la venta en la hipótesis en que el precio indicado en el contrato sea provisorio por poder aumentar, pero no pueda disminuir, teniendo el carácter de mínimo garantizado, que es la otra hipótesis que dijimos se da en la práctica de la exportación, pues este mínimo garantizado es siempre una fracción del costo, y no están ligados realmente a él ni el consentimiento ni la expectativa de las partes.

b) El contrato descrito no es de compraventa, porque si lo fuera no podría exigirse la entrega de la cosa antes de la segunda venta o venta final o venta en el extranjero

Si fuese dable determinar el precio por referencia al de la venta que hiciese a su vez el comprador, o reventa, es claro que la primera venta, la del productor al exportador, sería condicional, pues llevaría implícita la condición suspensiva de celebrarse la segunda venta, sin lo cual quedaría sin precio y por tanto no perfeccionada. Es lo que ocurre con las ventas en que el precio se deja entregado a la estimación de un tercero.

"Hemos decidido —dice Justiniano— por nuestra Constitución, que siempre que la venta fuese concebida en estos términos: al precio que tal persona estime; el contrato existe bajo esta condición: que si la persona nombrada determina el precio en absoluta conformidad a su estimación, el precio deberá ser pagado, la cosa entregada y la venta llevada a efecto, teniendo el comprador la acción de compra y el vendedor la acción de venta. Si al contrario, el que ha sido nombrado no quiere o no puede determinar el precio, la venta será nula por faltar la constitución del precio"<sup>10</sup>.

Las opiniones de los autores son uniformes, dice Alessandri, para considerar esta venta como condicional<sup>11</sup>.

Ahora bien, si la venta primera, la del productor al exportador, fuese condicional mientras no se efectuase la segunda venta, es evidente que el exportador no podría exigir la entrega o tradición de la fruta antes de celebrarse la segunda venta, y que hecha la entrega por

<sup>10</sup> Instituciones, Libro III, tít. XXIII.

<sup>11</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., t. I, n° 329, pp. 353-354.

el productor, éste podría repetir lo entregado, conforme al principio del artículo 1485 de nuestro Código Civil que es del siguiente tenor:

“No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente”.

“Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

Pero es evidente que la fruta debe entregarse al exportador antes de la venta en el extranjero, para su comercialización. Luego la convención en virtud de la cual el productor entrega la fruta al exportador no es una compraventa.

- c) El contrato descrito no puede ser de compraventa porque no es jurídicamente posible que el comprador adquiriera la cosa con la obligación de desprenderse de ella en interés del vendedor

Evidentemente si la manera de determinar el precio por referencia al de la venta fuera admisible, el comprador compraría con la obligación de revender en interés de su vendedor. Pero aquí topáramos con otra dificultad insalvable, pues si la compra es un título de adquisición del dominio, y el dominio es la facultad de usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, resulta a todas luces contradictoria una compra con obligación de revender para satisfacer al vendedor, obligación emanada de la propia compra.

Este inconveniente no se presenta cuando hay un precio cierto con carácter de principal, y un accesorio incierto: el exceso que obtenga el comprador en la reventa, figura que daba por buena el derecho romano, según vimos anteriormente, porque según ella el comprador no está obligado a revender, ya que hay un precio cierto y una venta perfecta, y el exceso se deberá sólo si de hecho revende.

## 2. EL CONTRATO DESCRITO NO ES DE COMISIÓN O MANDATO AUNQUE SÍ CONTIENE UN MANDATO PARA VENDER

- a) El mandato es esencialmente revocable a menos que interese al mandatario o a un tercero, interés que no puede estar constituido por retribución para el mandatario

Es un principio de derecho que el mandato es esencialmente revocable, cuando lo que se hace por el mandatario se hace en el solo interés del mandante. Es obvio, porque sin interés actual nadie puede impedir la revocación.

“El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio”, dice el art. 2165 del Código Civil. “El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”, dispone el Código de Comercio, art. 241.

El artículo 2120 del Código Civil establece que el mandato puede interesar al que lo confiere y al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos, o a ambos, y a un tercero, o a un tercero exclusivamente.

El interés del mandatario que le autorice a oponerse a la revocación ha de consistir en algo intrínseco a la negociación encomendada, y no en la retribución, que en el mandato no es contraprestación ni precio de los servicios, y que siempre tiene un fin indemnizatorio y una naturaleza accidental.

Por eso el artículo 277 del Código de Comercio nos dice que “revocada la comisión antes de evacuar el encargo, el comitente abonará al comisionista una retribución proporcional a la parte en que éste hubiere ejecutado el encargo recibido”, con lo cual queda en claro que el mandato asalariado es revocable, y que, por tanto, la retribución no constituye para el mandatario un interés en el mandato<sup>12</sup>.

Casos de mandatos que interesan al mandatario son los que forman parte de una convención, y tienen por objeto la ejecución de la misma, y el del administrador social estatutario en una sociedad de personas, dice Troplong<sup>13</sup>; el de la cláusula por la cual un deudor, en defecto de pago, autoriza a su acreedor para hacer vender un determinado inmueble, constituyéndolo mandatario *in rem suam*, dice Dalloz<sup>14</sup>; autores ambos citados por Ocampo en su Proyecto de Código de Comercio<sup>15</sup>.

b) En la hipótesis en examen la intención de las partes es que el encargo de vender conferido al exportador no pueda revocarse

Es evidente que en la hipótesis en estudio, y en todos los casos de contratos semejantes de comercialización de la fruta mediante exportación que se celebran en Chile, el productor no podría revocar el encargo de vender en el exterior que ha conferido al exportador; porque éste no actúa sólo en interés del productor: el productor hace común su negocio de venta y el exportador su actividad profesional

<sup>12</sup> Stitchkin Branover, David, *El Mandato Civil*, 4ª ed., Editorial Jurídica, Santiago, 1975, n° 222.

<sup>13</sup> Troplong, *Mandato*, n° 718.

<sup>14</sup> Rep. 30, p. 750, n° 425.

<sup>15</sup> Cuaderno de Fuentes, t. VII, folio 73. Manuscrito que se guarda en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Santiago.

de comercialización que supone conocimientos complejos y especializados, posesión de grandes medios económicos, capacidad de proporcionar crédito al productor y de contratar en condiciones ventajosas fletes, servicios y seguros, etc.

El mandato del productor —que no vende en realidad la fruta y permanece dueño de ella— no es una relación jurídica independiente sino que se inserta en una figura jurídica principal, según se verá en el acápite siguiente.

### 3. EL CONTRATO QUE MEDIA ENTRE EL PRODUCTOR Y EL EXPORTADOR ES DE ASOCIACIÓN O CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y HAY INSERTO EN ÉL UN MANDATO PARA VENDER OTORGADO POR EL PRODUCTOR AL EXPORTADOR

#### a) La asociación o cuentas en participación en nuestro caso

En definitiva estimamos que hay un elemento societario en el contrato en examen: el productor aporta su fruta y el exportador su actividad comercializadora, y ambos tienen la mira de una común utilidad. Pero no se trata de una sociedad propiamente tal, pues no se forma una entidad distinta de las partes, y el exportador se hace, frente a terceros, dueño de la fruta. El suscrito cree que se trata de una asociación o cuentas en participación de tipo civil. El Código de Comercio define esta figura así:

Art. 507: "La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida." (Puede celebrarse entre no comerciantes, según se indica más abajo en este mismo acápite).

El siguiente artículo dispone: "La participación no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades. El convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación."

El artículo 509 añade:

"La participación es esencialmente privada, no constituye una persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio.

Su formación, modificación, disolución y liquidación pueden ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos y cualquiera otra prueba legal."



El artículo 510 establece:

“El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación”.

“Los terceros sólo tienen acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecen de ella contra los terceros”.

“Unos y otros, sin embargo, podrán usar de las acciones del gerente en virtud de una cesión en forma”.

Por último, el art. 511 dice:

“Salvas las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación, ella produce entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que confieren e imponen a los socios entre sí las sociedades mercantiles”.

Troplong, el autor clásico que mejor y más orgánicamente ha estudiado la asociación o cuentas en participación, nos dice: a) que el primer rasgo distintivo de esta figura es que ella es esencialmente oculta: “si es manifiesta al público, no es una participación”: frente a terceros solo existe el participante que actúa<sup>16</sup>; b) que el segundo rasgo distintivo es que la participación no confunde la propiedad de los aportes: “Las partes no se han asociado para formar un capital social, un fondo perteneciente a la sociedad”... “Al reunirse retienen la propiedad de sus aportes”... “Su asociación no les da derechos a los unos respecto de los otros sino para entrar en cuenta de ganancias y pérdidas... antes de ese tiempo no hay fusión de intereses, vida común, acción simultánea: todo es individual, propiedad, industria”<sup>17</sup>; c) que si el dueño de una cosa conviene con otra persona en darle una participación en los beneficios y pérdidas que produzca su explotación, y le cede parte de la propiedad de esa cosa, como se ve todos los días en el comercio marítimo, respecto de las naves y sus cargamentos, la convención da lugar a una copropiedad y no a una propiedad social<sup>18</sup>; d) que el participante que actúa no es necesariamente mandatario del que no actúa, siendo casi siempre el negocio del que aparece o actúa, el cual obra por su propio derecho<sup>19</sup>; y e) que, sin embargo, puede suceder, y los negocios de comercio ofrecen ejemplos a diario, que el partícipe activo sea mandatario del oculto para llevar a cabo el negocio cuyos resultados han de compartirse; como si

---

<sup>16</sup> Troplong, Sociedad, n° 499.

<sup>17</sup> Ibid., n° 500.

<sup>18</sup> Ibid., n° 501.

<sup>19</sup> Ibid., n° 502.

el participante oculto encarga al activo la venta de ciertas mercaderías que le ha confiado<sup>20</sup>.

Entre nosotros, don Raúl Varela Varela enseña lo mismo que Troplong: a) no hay patrimonio social; b) "los bienes aportados entran al patrimonio del partícipe gestor el cual actúa frente a terceros como si fuera su dueño"; c) "Los negocios son hechos a nombre del gestor"; y d) la sociedad no aparece frente a terceros, por lo cual el artículo 509 del Código dice que es "esencialmente privada"; lo que significa que no puede actuar frente a terceros, aunque es irrelevante que los terceros sepan que existe, pues ello "no vulnera el carácter 'oculto' del contrato", por lo cual puede pactarse incluso por escritura pública.

Añade Varela algo que por lo demás es indiscutible: aunque esté regulada en el Código de Comercio, la asociación será un contrato civil si las operaciones que se trata de realizar no son actos de comercio<sup>21</sup>. Esto es importante dejarlo en claro, porque la venta de la fruta de un agricultor en el exterior —fruta que como veremos permanece en el dominio del agricultor y sólo frente a terceros aparece como de propiedad del agente de exportación— no es un acto de comercio.

En cuanto a la posibilidad de que personas no comerciantes pacten asociación o cuentas en participación, la que resulta de la libertad contractual que reconoce el Código Civil, la acepta, al igual que Varela, don Gabriel Palma, quien expresa: "Ningún inconveniente hay para que dos personas no comerciantes celebren dicho contrato"<sup>22</sup>.

b) Cuando el partícipe oculto entrega mercaderías al gestor conserva el dominio de las mismas y el gestor es mandatario para obrar en nombre propio

Troplong examina, después de establecer los rasgos generales de la asociación o cuentas en participación, la hipótesis en que los partícipes ocultos entregan mercaderías para vender al partícipe activo. Dice nuestro autor:

"En esta posición de los asociados incógnitos con relación al asociado conocido, hay esto de notable: que los primeros hacen total y plena confianza en este último. El asociado al cual ha sido confiada la mercadería para venderla está investido del derecho de tratar acerca de ella con los terceros, como si él

<sup>20</sup> Ibid., n° 504.

<sup>21</sup> Varela Varela, Raúl, *Derecho Comercial*, Editorial Universitaria, Santiago, 1966, t. II, n°s 346 bis, 347 y 347 bis, pp. 85 a 87.

<sup>22</sup> Palma Rogers, Gabriel, *Derecho Comercial* 2ª ed., Santiago, 1941, t. II, p. 283.

fuera el dueño exclusivo; no que en la cuenta de ganancias y pérdidas no sea él responsable de su culpa o de sus malversaciones en la gestión del interés que le ha sido confiado. Pero, en cuanto a los terceros de buena fe, todo lo que él ha hecho, ha sido bien hecho.— Si no fuera así, no habría ninguna seguridad en el comercio”<sup>23</sup>.

Enseña también Troplong que para los efectos de las relaciones internas, es decir, las que van de asociado a asociado, el partícipe inactivo y oculto que ha dado mercaderías para que las negocie al partícipe activo, sigue siendo el dueño de ellas, lo cual guarda congruencia con lo que antes ha dicho el mismo autor en el sentido de que, en tal hipótesis, el partícipe activo es mandatario del oculto. Éste es el texto:

“... En fin yo pondré un último caso, para mostrar que en la participación no hay copropiedad de los aportes. Pedro, comerciante de Tolosa, envía trigo a Francisco, comerciante de Marsella, para que éste lo venda, con una participación en cuenta de la mitad. Antes de la venta, Francisco caé en quiebra; sus acreedores personales quieren pagarse sobre el trigo; pero Pedro lo reivindica como suyo. ¿Será oído? Sin duda. En vano se dirá que la cosa es social; ella sigue siendo de propiedad de Pedro, quien podrá reclamarla si se encuentra en las condiciones de todo reivindicador”<sup>24</sup>.

Nuestro Código de comercio siguió la doctrina de Troplong y de los grandes clásicos franceses de la época en materia de asociación o cuentas en participación, doctrina cuyos puntos más salientes son: a) la no existencia de fondo social ni de comunidad, y conservación de la propiedad de sus aportes por los asociados, y b) la existencia de un mandato para obrar en nombre propio conferido al gestor por los asociados ocultos para negociar con las especies aportadas por ellos.

En el Repertorio Dalloz se lee, acerca de estos puntos, lo siguiente:

“No pudiendo la asociación en participación tener fondo social, los bienes aportados quedan en principio de propiedad del aportante...”<sup>25</sup>. “Así, se ha fallado que aquél de los copartícipes que ha expedido al otro mercaderías compradas con su dinero para ser vendidas por su cuenta, salvo pacto entre ellos, conserva la propiedad de dichas mercaderías, no sólo respecto de su copartícipe, sino también de los acreedores de éste, que no podrían tener más derechos que su deudor...”<sup>26</sup>. “Este derecho de propiedad subsiste sobre los bienes muebles, incluso cuando han sido remitidos al gestor para permitirle

<sup>23</sup> Ob. cit., n° 505.

<sup>24</sup> Casación, 7-VIII-1838, Dalloz, 38, 1, 102 (ob. cit., n° 513).

<sup>25</sup> n° 78.

<sup>26</sup> n° 84.

que los utilice. El gerente puede ser reputado propietario a los ojos de los terceros en virtud de la regla 'en materia de muebles la posesión hace título', y no deja de valer por ello que el partícipe sigue siendo el verdadero propietario"<sup>27</sup>.

En el sistema alemán, seguido por Italia, y según algunos por España, la propiedad del aporte en especie del partícipe oculto se transfiere absolutamente al gestor, pasando a tener contra él un crédito el aportante<sup>28</sup>. Solá Cañizares adscribe a Chile erradamente al sistema alemán, invocando también erradamente la autoridad de Olavarría Avila, quien es tajante en decir que los partícipes conservan la propiedad de sus aportes, y cita al respecto al autor francés Paul Pic<sup>29</sup>.

Por otra parte, como lógica consecuencia del traspaso absoluto de la propiedad al gestor, en el Derecho alemán y en el italiano, etc., no hay mandato para obrar en nombre propio otorgado por el partícipe aportante de especies al gestor.

La inspiración de nuestro Código en el Derecho francés y especialmente en la doctrina de Troplong consta, en primer lugar, por las claras disposiciones de aquél: a) la participación carece de patrimonio colectivo (art. 509), y b) "El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación" (art. 510), de cuyas palabras se desprende, *a contrario sensu*, que si es reputado dueño no es dueño en realidad, y que si esto es para las relaciones externas, no lo es para las internas, que son las que en definitiva hay que considerar. Que el gestor sea reputado solamente único dueño no significa que en verdad sea copropietario, pues el adjetivo único se pone sólo para reforzar la idea de que él es quien figura frente a terceros. Así resulta de que los aportantes conserven la propiedad de sus aportes, al no haber patrimonio colectivo, y de la nota puesta por el redactor de nuestro Código, Doctor Ocampo, en el folio ochenta y seis vuelta del tomo primero del manuscrito de su proyecto<sup>30</sup> donde se lee, en la columna izquierda, frente a la disposición tercera, según la cual no hay patrimonio colectivo (actual art. 509): "No hay copropiedad, Troplong, N° 503."

La inspiración de nuestro Código en el Derecho francés consta, además, de las notas de Ocampo: de la transcrita, y de una general

<sup>27</sup> Repertorio Dalloz, Derecho Comercial y Sociedades, ed. 1958, t. III, n° 83, voz "*Association en participation*".

<sup>28</sup> Solá Cañizares, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Montaner y Simón, Barcelona, 1963, t. III, p. 198.

<sup>29</sup> Olavarría Avila, Julio, *Manual de Derecho Comercial*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, t. II, n° 302, p. 228.

<sup>30</sup> Manuscrito que se conserva en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Santiago.

puesta en el mismo lugar, al inicio del párrafo, que dice: "fuentes de esta sección: Código francés y español – Delangle, Troplong, Gauguet..."

En Francia, no obstante que prevalece la doctrina del mandato para la hipótesis del aporte de especies por el partícipe inactivo, Paul Pic la ha negado, fundándose en que el gestor actúa en nombre propio<sup>31</sup>. Este error de Pic se debe, sin duda, a que el Código Civil francés no contempla –por un evidente defecto– en forma expresa el mandato para obrar en nombre propio. La referida opinión, que ya está mal en Francia, no puede tener ningún asidero en Chile, pues nuestro Código Civil contempla explícitamente aquel tipo de mandato. Yerra, pues, Olavarría al adherir a la doctrina en referencia<sup>32</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo redactado por el Ministro don Rubén Galecio, resolvió que el partícipe oculto conservaba el dominio de las especies suministradas al gestor para que las usase en el negocio objeto de la asociación, y fuese reputado dueño de ellas frente a terceros, y que, por tanto, producida la quiebra del gestor, podía el partícipe oculto solicitar la exclusión de esas especies del inventario de la quiebra, y la entrega de las mismas.

Los considerandos fundamentales dicen así: "Teniendo presente:"

"1° Que, declarada la quiebra de la Sociedad 'Jaime Domínguez y Cía. Ltda.' y practicado el inventario de bienes a que se refiere el artículo 98 de la Ley de Quiebras, se ha presentado el liquidador de la Sociedad 'Renato Almarza y Cía. Ltda.', solicitando que se excluyan del inventario determinados bienes y que se entreguen por la Sindicatura al liquidador de dicha sociedad;"

"2° Que la sociedad fallida había celebrado el 22 de Mayo de 1958 un contrato de asociación o cuentas en participación con la Sociedad 'Renato Almarza y Cía. Ltda.' y Don Augusto Fuentes Soto, en que la primera aportó dinero y la segunda maquinarias y vehículos, estipulándose que los bienes aportados como cuerpo cierto continuarían 'como apareciendo' del dominio del asociado o participante que los aportó, sin embargo de que el gestor –que lo sería la 'Sociedad Domínguez Duhalde y Cía. Ltda.'– en sus relaciones con terceros sería reputado único dueño. Se estipuló también que entre los socios se respondería frente a todos los compromisos y obligaciones en relación con los aportes que cada uno hubiera efectuado;"

"11° Que pronunciada la declaración de la quiebra de la 'Sociedad Domínguez y Duhalde y Cía. Ltda.', ésta ha quedado inhibida del derecho a la administración de sus bienes, la cual ha pasado al Síndico, pudiendo los acreedores disponer de dichos bienes y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos".

"El principal problema que cabe dilucidar es, en consecuencia, determinar si los bienes aportados en la forma ya señalada por los participantes en la

<sup>31</sup> Sociedades, t. III, n° 2.021, citado por Olavarría, Julio, ob. cit., t. II, n° 306.

<sup>32</sup> Loc. cit.

asociación o cuentas en participación deben ser afectados por el desasimiento en la quiebra del socio gestor y ser colacionados en el activo de ella;"

"12° Que la asociación pactada no ha poseído un fondo social distinto del patrimonio de sus miembros individualmente considerados, puesto que los aportes en especie no han salido del dominio de éstos, aportes que han conservado los asociados como bienes propios hasta la repartición final de los beneficios y pérdidas mediante la liquidación que se haga de la asociación;"

"13° Que aunque la quiebra del gestor acarrea la disolución de la asociación, no opera la quiebra de los asociados, porque siendo el contrato oculto y fundándose la quiebra en un hecho externo, los asociados no quedan ligados a los acreedores del gestor por vínculos personales...;"

"14° Que es así como los efectos que se operan con la quiebra del socio gestor en relación con los partícipes, consisten en que, producida como consecuencia la disolución de la asociación, los créditos que resultan a favor de los segundos en contra del primero, deben ser colacionados en la quiebra, debiendo el Síndico representar al gestor fallido en la liquidación del contrato y en su representación podrá cobrar a su vez los créditos que se adeuden al fallido que reconozcan como fuente algún acto o contrato celebrado por el gestor en nombre de la asociación".

"Pero esta situación es muy diversa a la de dejar el patrimonio de los asociados respondiendo de las deudas contraídas con terceros por el gestor. Por lo menos en la quiebra del gestor, sólo el patrimonio de éste puede ser afectado..."<sup>33</sup>.

- c) Si hubiera precio mínimo garantizado, ello no obstaría a la calificación del contrato como asociación o cuentas en participación

Hemos dicho que el precio provisorio no es serio sino irrisorio, y que puede no sólo subir sino también bajar con el ajuste. Pero suponemos que se interpreta que sólo puede aumentarse, y que no es irrisorio sino simplemente muy bajo o vil. De ningún modo habría venta por no ser la mayor parte del valor al celebrarse el contrato, y porque no se puede comprar con obligación de revender en interés del vendedor. Pero, si se ha pactado un mínimo garantizado: ¿Podría haber asociación o cuentas en participación? La respuesta es que sí:

En primer lugar, Pothier enseña que en el contrato de sociedad puede convenirse que un socio tome menor parte en las ganancias que la correspondiente a su aporte, a trueque de poder retirar una suma determinada al final aunque haya cualquier pérdida<sup>34</sup>. Ahora bien, la asociación o cuentas en participación se rige supletoriamente

<sup>33</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 62, Sec. 2ª, p. 156.

<sup>34</sup> Pothier, *Sociedad*, n° 76.

por las reglas del contrato de sociedad, del cual es una especie<sup>35</sup>. Habría que pensar, entonces, que en la hipótesis en examen las partes han estimado que al aporte de la fruta hubieran debido corresponder más utilidades que su precio de venta menos el ocho por ciento de utilidad del comercializador, y que, por tanto, cabía garantizar al dueño de la fruta una suma mínima aun en caso de pérdida.

En segundo lugar, bien puede mirarse la estipulación de un mínimo a todo evento para el productor o propietario de la fruta, como una cláusula de resguardo para el partícipe inactivo que en un contrato de esta naturaleza nunca podrá cautelar con entera seguridad sus intereses. El artículo 2152 del Código Civil, según el cual el mandatario puede por un pacto especial tomar bajo su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro constituyéndose entonces principal deudor para con el mandante, y siendo de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor, nos ofrece un ejemplo de una cláusula de resguardo semejante.

En tercer lugar, la Corte Suprema ha dicho que el pacto que garantiza una utilidad fija, no desnaturaliza el contrato de asociación o cuentas en participación, teniendo efectos sólo para los asociados, quienes dentro del principio de la autonomía de la voluntad para contratar y de acuerdo con el inciso final del artículo 508 del Código de Comercio, son libres para convenir las condiciones y cláusulas que estimen convenientes con la sola limitación de no referirse a una cuestión inmoral o prohibida<sup>36</sup>.

Análogamente, tampoco desnaturaliza el contrato el que el exportador pueda retirar un porcentaje del precio de venta en el exterior aunque haya pérdida, y cualquiera que ésta sea.

#### d) El exportador debe rendir cuenta al productor

Al ser el contrato en examen de asociación o cuentas en participación, y al haber sido el exportador, además de gestor, mandatario del productor para enajenar su fruta, tiene éste un doble título para que aquél le rinda cuenta, a saber:

1º) El contrato de asociación, que obliga al gestor a "rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida"<sup>37</sup>, y

<sup>35</sup> Código de Comercio, art. 511.

<sup>36</sup> Corte Suprema, 19 de octubre de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 61, Sec. 1ª, p. 314.

<sup>37</sup> Código de Comercio, art. 507.

IIº) El contrato de mandato que interviene entre el partícipe oculto que aporta mercaderías para que las negocie el gestor en nombre propio, y dicho gestor<sup>38</sup>.

Es importantísimo tener presente cuál es el contenido de la obligación de rendir cuenta, porque, en la práctica, los exportadores se limitan a entregar una liquidación. En verdad, jurídicamente la rendición de cuentas consiste en decirle a aquel por quien se ha actuado qué se ha actuado por él, y con qué resultado económico, y en acreditarle, en la forma posible, la verdad de esta información.

La rendición de cuenta supone, en consecuencia, tres elementos, a saber: a) una relación de lo obrado, b) un balance o liquidación aritmética del resultado económico de lo actuado, que es la liquidación, elemento que sólo se da cuando hay entradas y gastos, o una de estas dos cosas, y c) una justificación documentada de lo que se ha hecho, percibido y gastado.

"Se observa que con frecuencia, se suele confundir la expresión rendición de cuentas con liquidación" —dice el autor español Mariano Espinosa<sup>39</sup>; y añade: "La liquidación es la traducción a números de los datos que componen una rendición de cuentas"<sup>40</sup>. Citando a Scotti, dice el expresado autor: "Scotti califica la rendición de cuentas como operación que se concreta en la exposición, por parte del que ha cuidado de la administración de los bienes de otro, de cómo se ha desenvuelto ésta en el hacer, de lo cobrado y de lo gastado, a quien tenga derecho a ella"<sup>41</sup>.

En el mismo sentido enseña el profesor Morales Casas, colombiano:

"Es imperioso —dice— tener en cuenta esto: en el juicio de rendición de cuentas básicamente se busca eso, que se rindan cuentas. ¿Pero cuentas de qué? Pues cuentas de la administración. Sería incoherente examinar unas cuentas sin examinar también la misma gestión administradora. Por ello, desde antaño y con suma lógica estableció nuestro máximo tribunal: 'Rendir cuentas equivale a presentar una relación pormemorizada del giro de la administración, acompañando a ella los documentos que se creen necesarios para la comprobación de las respectivas partidas del Debe y del Haber'<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Troplong, Sociedad, nº 504.

<sup>39</sup> Espinosa, Mariano, *La Rendición de Cuentas*, Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 12.

<sup>40</sup> Loc. cit.

<sup>41</sup> Espinosa, Mariano, ob. cit., p. 9.

<sup>42</sup> (Casación, 21 de abril de 1923, t. XXX, I 30, 1ª); Morales Casas, Francisco, *La Rendición de Cuentas*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 101.



Entre nosotros, Casarino expone lo mismo con estas palabras:

“Las cuentas, en el fondo, consisten en la prueba de la forma como dicha gestión se ha realizado; la cual, fundamentalmente, se concreta en la presentación de todos los documentos que justifican las diversas partidas de que aquellas consten.

La obligación de rendir cuentas se cumple, pues, haciendo una exposición detallada de todos los hechos ejecutados por el gestor a nombre de su mandante o representado y una declaración que señale el resultado de esos hechos, debiendo ambos elementos ir acompañados de sus correspondientes justificativos o probanzas”<sup>43</sup>.

Pothier enseña: “La obligación de rendir cuenta a que están sujetos todos los que han administrado el bien de otro consiste no sólo en rendir cuenta de su ingreso y egreso, sino también en pagar el saldo y en entregar todas las piezas justificativas de su cuenta: hasta que no hayan satisfecho todo esto, son siempre reputados pasibles de la acción de cuentas”<sup>44</sup>.

La relación de lo que se ha actuado se exige para que el cuenta-habiente sepa cómo se ha desarrollado el encargo, pueda exigir las responsabilidades eventuales del administrador por mala ejecución y pueda verificar la efectividad de los resultados económicos.

En el caso de los contratos de exportación de fruta, la rendición de cuenta debe incluir la relación de a quién se le vendió la fruta en definitiva, y en cuánto, y la comprobación documental de dicho relato mediante las facturas emitidas al comprador final, las que han de indicar de qué productor es la fruta, conforme a la norma que para el comisionista da el artículo 314 del Código de Comercio, que dice: “Comprendiendo en una misma negociación mercaderías de distintos comitentes, será obligado a distinguirlas en las facturas con sus respectivas marcas y contramarcas, y a anotar en sus libros las que correspondan a cada propietario.”

Los exportadores alegan que no es posible aplicar esta norma en los contratos en referencia porque lo impedirían el gran volumen, la rapidez y la complejidad de las operaciones propias de este negocio en el cual se forman unidades de venta con frutas de varios productores agrupadas según calidad y características.

La verdad es que la norma puede aplicarse y ha sido aplicada por algunas empresas exportadoras en Chile (así se acreditó en el arbitraje

<sup>43</sup> Casarino Viterbo, Mario, *Derecho Procesal*, t. VI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, n° 926, p. 99.

<sup>44</sup> *Procedimiento Civil*, edición de Thomine et Fortic, 1821, Parte 2ª. C.II, párrafo I, p. 163.

“Godoy, Domingo con Fisher South America” que se cita más adelante) mediante el sistema de poner a cada bulto de cajas de un productor (“*pallet*”) un número que individualice a ese productor, el que se pone después en la factura emitida al comprador final.

- e) El mandato inserto en el contrato de asociación o cuentas en participación es apto para generar en su caso la responsabilidad penal por apropiación indebida

El título de mandato tiene particular importancia en un contrato como el que se estudia, porque el mandato puede servir para configurar, en su caso, la responsabilidad criminal por apropiación indebida, delito que puede tener lugar aunque el mandatario actúe en nombre propio<sup>45</sup>.

De todo lo expuesto se deduce que yerra Politoff cuando opina, en su monografía sobre el delito de apropiación indebida, que en la asociación o cuentas en participación el gestor no puede cometerlo respecto de los aportes de los partícipes o asociados ocultos<sup>46</sup>.

El error de Politoff se origina en que él cree que existe una comunidad de dominio entre el gestor y los partícipes sobre los bienes aportados por éstos, y en que no se pone en el caso de que los partícipes en vez de dinero aporten mercaderías.

Como enseña Troplong, en la asociación cada asociado conserva el dominio exclusivo de las cosas que destina al negocio común<sup>47</sup>. Ello es sin perjuicio de que el partícipe que aporta algo pueda, en un caso particular, ceder una cuota del dominio de la respectiva especie al gestor o viceversa. Pero esto ocurrirá por un pacto aparte, anexo<sup>48</sup>.

Para decidir que hay comunidad en la asociación o cuentas en participación, se funda Politoff en el artículo 511 del Código de Comercio, según el cual “Salvas las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación, ella produce entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que confieren e imponen a los socios entre sí las sociedades mercantiles”; y en el art. 2305 del Código Civil, según el cual “El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social”. Así, razona Politoff, porque los partícipes son socios –al regirse suple-

<sup>45</sup> Politoff L., Sergio, *El delito de apropiación indebida*, Nascimento, Santiago, 1957, pp. 177-178.

<sup>46</sup> Politoff L., Sergio, ob. cit., pp. 190-192.

<sup>47</sup> Troplong, *Sociedad*, n° 500.

<sup>48</sup> Troplong, ob. cit., n° 501.

toriamente por las reglas del contrato de sociedad— se les aplica el artículo 2305 —que asimila los derechos del comunero a los del socio—; luego son comuneros, y hay comunidad sobre los aportes.

Pero este razonamiento tiene un error fundamental, basado en la mala inteligencia que da Politoff al artículo 2305 del Código Civil. En efecto, cuando dicha norma expresa que el derecho del comunero en la cosa común es el mismo que el del socio en el haber social, no se refiere al dominio, que en la sociedad pertenece a la persona jurídica distinta de los socios que se forma, sino que se refiere al uso que *de facto* pueden hacer los socios de la cosa común según la regla del número 2° del art. 2081, que dice:

“Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros”.

Esta interpretación resulta de la cita que hace Bello a propósito del art. 2460 del Proyecto de 1853, que es el 2305 del Código; allí Bello se remite al Tratado de la Sociedad de Pothier, n° 185. En el Tratado de la Sociedad tiene Pothier un apéndice sobre el cuasicontrato de comunidad, al cual pertenece el párrafo 185 referido. Allí se lee: “El derecho [debe leerse “los derechos”] de cada uno de los cuasi asociados en las cosas que les son comunes son los mismos que los de los asociados en las cosas de las cuales se compone una sociedad. Ved lo que hemos dicho al respecto en el capítulo 5”.

Pues bien, en el capítulo 5 Pothier señala que “cada uno de los asociados puede servirse de las cosas que pertenecen a la sociedad, con tal de que las haga servir a los usos a los cuales están destinadas, y que no las use de manera que impida a sus asociados usarlas a su vez de manera semejante”<sup>49</sup>.

Además señala Pothier en el mismo capítulo que cada asociado puede obligar a los otros a hacer las expensas ordinarias de conservación<sup>50</sup>; que un socio no puede hacer ningún cambio ni innovación en los inmuebles dependientes de la sociedad<sup>51</sup>; que no puede enajenar las cosas sociales si no es por su cuota —sentencia que se entiende si se considera que Pothier no atribuía personalidad jurídica a la sociedad—<sup>52</sup>.

Como puede apreciarse, el art. 2305 se refiere al uso y a la contribución a las expensas; pero no al dominio de la cosa común que es

<sup>49</sup> Pothier, Tratado de la Sociedad, n° 84.

<sup>50</sup> Ibid., n° 86.

<sup>51</sup> Ibid., n° 87.

<sup>52</sup> Ibid., n° 89.

distinto del de la cosa social. No cabe entonces aplicar este artículo a la asociación o cuentas en participación porque supletoriamente se rija por las normas de las sociedades, para concluir que en ella hay comunidad de bienes entre los partícipes, pues tal comunidad en el Código Civil Chileno —que siguió la doctrina de Troplong, cien años posterior a Pothier, sobre la personalidad jurídica de las sociedades—, no es posible en el patrimonio social.

También argumenta Politoff, para decidir que hay comunidad, con el artículo 510 del Código de Comercio, según el cual “El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación”. A *contrario sensu*, dice Politoff, en las relaciones internas, el gestor no es único dueño, por tanto, hay comunidad.

Este argumento es errado porque:

Iº) Se trata en el precepto citado de la propiedad del negocio y no de la de los bienes o especies aportados por los partícipes, por lo cual, a continuación, en el mismo artículo, y como sacando una consecuencia, se dispone que los terceros sólo tengan acción contra el administrador, y que los partícipes inactivos carezcan de acción contra los terceros; al paso que en el artículo 509 inciso primero donde se trata de la propiedad de los bienes aportados, se dice, lisa y llanamente, que la participación carece de patrimonio colectivo;

IIº) En caso de duda debe seguirse la interpretación que cuadre con la naturaleza de la institución, que es la expuesta por Troplong, a quien por lo demás siguió Ocampo.

En todo caso, y sin declarar que hay mandato de una manera explícita, el Tribunal Supremo de España ha decidido que el gestor de la asociación por ser tal, ha recibido los aportes por título que le obliga a restituir, y que no satisfaciendo su parte a los asociados inactivos o cuenta partícipes ocultos, comete el delito de apropiación indebida. He aquí el resumen del fallo contenido en la conocida obra “Doctrina Penal del Tribunal Supremo”, de Rodríguez Navarro:

“Dada la naturaleza jurídica de las cuentas en participación, al comerciante que interviene en las negociaciones y las dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual, le incumbe como gestor de la liquidación, así como, una vez terminadas las operaciones, la rendición de cuenta justificada de sus resultados: y si precisamente por la forma anómala e irregular de llevar la contabilidad no ha podido el procesado, gestor del negocio en este caso, rendir las cuentas justificadas de su gestión, no puede escudarse en la falta de una liquidación previa que fijase el saldo activo o pasivo y de la que se

dedujera la existencia o inexistencia de una transgresión de orden penal, porque es extraño e inaplicable que el que haya dado lugar a que esas cuentas no se hayan rendido y esa liquidación no se pueda practicar invoque la omisión de esos requisitos, que juzga substanciales para que el delito imputado se considere cometido, y mucho más cuando en reiteradas ocasiones ha proclamado la jurisprudencia de esa Sala que las relaciones contractuales de índole civil o mercantil que medien entre las partes en el proceso penal no priva a la jurisdicción de este orden de sus privativas facultades para perseguir y sancionar los actos u omisiones de los contratantes que revistan los caracteres de alguna de las figuras delictivas incluidas en el catálogo del C.P. o en leyes especiales, sin que quepa argumentar que por ser las cuentas en participación un contrato de sociedad los bienes aportados por los cuenta-partícipes salen del dominio de éstos y pasan a ser propiedad de la entidad mercantil constituida, pues cuando, como en el caso que se contempla, el gestor no da ni puede dar los elementos necesarios para que se conozca la marcha y desenvolvimiento del negocio, no cumple las obligaciones que la dirección del mismo le imponía, señala como propia toda la aportación del capital efectivo, comete irregularidades contables, que los peritos especifican, no formaliza inventario, deja de contabilizar partidas y repite otras, pone bien de manifiesto que lejos de haber desempeñado la misión que tenía a su cargo con el celo y diligencia requeridos hizo suyos bienes de su cuenta-partícipes que éstos le habían confiado en su calidad de administrador del negocio, con el consiguiente detrimento patrimonial, y esta conducta encaja en el tipo penal de este artículo”<sup>53</sup>.

En Francia, los autores estiman que el gestor de una asociación en participación comete el delito de apropiación indebida —“abuso de confianza”— si se queda con los bienes que recibe por razón de su encargo o dispone de ellos a favor de terceros:

“En las sociedades” —dicen Marcel Rousselet y Maurice Patin— “los gerentes son mandatarios de los asociados. Cometan en consecuencia abuso de confianza si distraen de su destinación, sea en provecho propio, sea en provecho de terceros, las cosas que les son confiadas”<sup>54</sup>. “De la misma manera, en las sociedades en participación, los asociados tratan ciertamente en su propio nombre con los terceros; pero en sus relaciones con sus asociados, cada uno de ellos es un mandatario que actúa por cuenta de los otros”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> S. 26-11-951, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2.433; obra de Rodríguez Navarro Aguilar, Madrid, 1960, t. III, p. 4503.

<sup>54</sup> Rousselet, Marcel y Patin, Maurice, *Précis de Droit Penal Spécial*, 6ª ed., Librairie du Recueil Sirey, París, 1950, nº 672, p. 455.

<sup>55</sup> Casación 6 de julio de 1849, S. 49.I.688; 12 de enero de 1866, S. 66.I.82; 2 de agosto de 1937, S. I.941,116; 27 de mayo de 1942, I.C.P. 1943.II.2259; 26 de noviembre de 1943, B.130, loc. cit.

## 4. JURISPRUDENCIA

## a) Comisión Preventiva Central Antimonopolios

La Comisión Preventiva Central de Defensa de la Libre Competencia dedicó el dictamen n° 546/440, de 15 de mayo de 1986, a los contratos celebrados por las empresas exportadoras de fruta con los productores de la misma, ante algunos reclamos aparecidos en la prensa sobre la forma de operar de las exportadoras. Analizó la Comisión contratos celebrados por ocho empresas escogidas de una nómina de exportadores que le envió la Asociación de Exportadores de Chile, distinguiendo dos tipos o modalidades, a saber, un contrato de compraventa de fruta para la exportación y un contrato de comercialización de fruta de exportación.

La Comisión determinó que todos los contratos de venta tenían un precio o un resultado final para el productor que era un porcentaje del valor de exportación, y todos tenían también un mínimo garantizado. En los contratos de comercialización el productor recibía el valor de venta en el extranjero menos una comisión.

La Comisión sólo estimó opuesto a las normas de libre competencia un contrato de los que examinó, calificado como de venta, en que se pactaba un precio determinado, pero se añadía: "las partes reconvenirán el precio una vez que se conozca el resultado de la exportación considerando la calidad y condiciones del mercado". La Comisión reprochó a este contrato la verdadera indeterminación en que quedaba el precio, no obstante tener una determinación aparente, que podía llevar a los productores a contratar con la exportadora respectiva al hallar ventajoso el precio señalado, sin perjuicio de la eventual nulidad del contrato desde la perspectiva del Derecho Civil.

También objetó la Comisión en ese contrato la cláusula según la cual podía la exportadora cargar al productor gastos posteriores a la entrega, de fletes internos, producción, refrigeración, materiales, embarque, estiba y otros, en circunstancias de que la fruta se entregaba embalada, en el lugar designado en el contrato, y de que el precio se estipulaba en función de esa entrega, por lo cual todos los gastos posteriores debían "ser de cargo del comprador exportador".

"Es de considerarse también" —dijo la Comisión— "que, en general, el productor frutícola no puede acceder directamente a los mercados internacionales y no conoce completamente cómo funciona este mercado. Esto lo puede llevar a ofrecer su producción a una empresa, a un precio determinado, trasladando a ésta el riesgo de la exportación.

La exportadora, por su parte, acepta, en apariencia, esos precios y riesgo, pero, mediante una cláusula de repactación, o mediante el cargo de diversos gastos en la cuenta corriente del vendedor, puede rebajar substancialmente el precio estipulado, devolviendo, de esta forma, el riesgo al productor".

La parte final del dictamen se dirige a todos los exportadores de fruta, y les hace presente "que tanto en los contratos que celebren con los productores como en las relaciones que mantengan con estos últimos, deben estipularse y observarse, respectivamente, todas las normas y conductas que garanticen una verdadera transparencia de las operaciones que realicen, tanto en la estipulación y pago del precio como especialmente en las liquidaciones correspondientes".

Poco después de emitir el dictamen anterior la Comisión Preventiva Central en el dictamen 564/790, de 7 de agosto de 1986, dijo:

"Cree la Comisión que las empresas exportadores de fruta, en el hecho, actúan siempre como comisionistas, ya que todos los riesgos y gastos del negocio son de cargo del productor. Ello explicaría los equívocos a que se prestan las cláusulas propias de los contratos de compraventa". (punto 5.5).

La misma Comisión, en el dictamen 770/490, de 20 de junio de 1991, estableció la siguiente doctrina: "Cualquiera que sea la modalidad o el nombre con que se designe el contrato que liga al exportador y al productor, las condiciones que permitan llegar al precio del bien sobre el cual recae el contrato, deben ser absolutamente transparentes y objetivas... Liquidación: respecto de este tema, la Comisión estima que deben darse al proveedor los elementos necesarios que le permitan verificar que en la determinación del precio final se cumplieron las condiciones preestablecidas en el contrato; en particular cada deducción del precio que se haya estipulado debe ser fundada y documentada no sólo con liquidaciones que efectúe *ad hoc* el exportador, sino que con fundamentos que den razón del motivo de la deducción." (punto 9.2).— En la presentación del Fiscal Nacional Económico, que sirvió de base a esta última resolución, se lee: "punto 5.3: Liquidación: ... Muy importante es, a este respecto, la certificación del comprador final respecto del precio que ha pagado al exportador"<sup>56</sup>.

Este dictamen recayó en una denuncia de la Confederación de Productores Agrícolas sobre la existencia de cláusulas contractuales contrarias a la libre competencia en los contratos celebrados por los exportadores y los productores. El dictamen es del mayor interés y se

<sup>56</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 88, Sec. 6a, p. 88.

refiere a otros muchos puntos que no hemos mencionado aquí por salir de los límites del presente estudio.

Conviene consignar, en todo caso, que fue oída la Asociación de Exportadores de Chile, y que ella alegó, en cuanto a las liquidaciones: a) que "si bien los contratos establecen una relación particular o individual entre un productor y un exportador... los mercados obligan a comercializar la fruta por categorías", lo que obliga a juntar en una misma unidad de venta, fruta de varios productores; y b) que "la complejidad de este negocio hace muchas veces impracticable la entrega de documentación que refleje la situación particular de un productor porque el proceso, tanto de operación en Chile como de comercialización, está asociado a un producto determinado y no a un productor determinado". (Punto 7.2 del dictamen).

Conocidas estas alegaciones, adquiere particular relieve la parte del dictamen, antes transcrito, según la cual "las condiciones que permitan llegar al precio del bien deben ser absolutamente transparentes y objetivas", y "deben darse al productor los elementos necesarios que le permitan verificar que en la determinación del precio final se cumplieron las condiciones preestablecidas en el contrato".

El 23 de marzo de 1995 la Comisión Preventiva Central emitió el dictamen n° 930/109 a raíz de una denuncia de doña Berta Campos France contra Exportadora Aconcagua Limitada (Aconex).

La denunciante expuso que había celebrado contrato con Aconex para exportar la fruta de su producción de las temporadas 1988-1989, 1989-1990 y 1990-1991; que sólo había exportado con Aconex la producción de la primera de dichas temporadas, porque esa empresa le presentó una liquidación en que la denunciante y productora aparecía con saldo deudor, la cual carecía de todo respaldo; que ella exigió a Aconex que le rindiera cuenta, a lo que Aconex se negó, exigiéndole, para alzarle las prendas constituidas sobre cosechas futuras, a fin de que pudiese comercializar por intermedio de otra exportadora, que le reconociese el saldo deudor y le firmase un pagaré en blanco para asegurar la cobranza. La denunciante concluía, sobre la base de esta exposición de hechos, que había habido de parte de Aconex un evidente abuso de posición monopólica, no siendo el contrato de compraventa, sino una comisión encubierta. Añadió la denunciante que se había visto en definitiva forzada a aceptar por escritura pública la liquidación presentada por Aconex, a reconocer en ella el saldo de deuda, y a firmar el correspondiente pagaré como único medio para poder seguir trabajando y exportar su fruta con otra empresa.

La denunciada alegó en su descargo, entre otras cosas, que la señora Campos había reconocido el saldo deudor, el que se había



generado por el financiamiento que ella había solicitado a Aconex para trabajar su predio; que la denunciante no había pagado, había sido demandada ante el Décimo Tercer Juzgado Civil de Santiago, y sus excepciones, fundadas en el hecho de haber firmado el pagaré en blanco, habían sido desestimadas.

Alegó también la denunciada que la naturaleza jurídica del contrato era la de una compraventa; que era prácticamente imposible determinar el precio de venta de la fruta de cada productor, cuando se vendían partidas de varios productores que formaban parte "del mismo cargamento o barco", por lo que se determinaba sólo un precio promedio.

Posteriormente acompañó Aconex copia del fallo de primera instancia del Sexto Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago que había desestimado la demanda entablada por la denunciante para que se declarase que Aconex tenía la obligación de rendirle cuenta con motivo del contrato materia de la denuncia.

La Comisión Preventiva Central estimó: a) que carecía de competencia para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del contrato; b) que cualquiera que fuera dicha naturaleza del contrato de exportación de frutas, las liquidaciones habían de tener "la debida transparencia", citándose al Dictamen 770 citado más arriba, por lo que debían dar al productor los elementos necesarios para verificar que en la determinación del precio final se habían cumplido las condiciones preestablecidas en el contrato; y que, en particular, cada deducción del precio estipulado debía ser fundada y en su caso documentada; siendo un hecho, en todo caso, que el contrato y la liquidación examinada eran anteriores al Dictamen 770 mencionado; c) que era posible, y así lo había constatado la Fiscalía Nacional Económica en estudios que había realizado, determinar el precio de la venta en el exterior de la fruta de cada productor, individualmente y no sólo mediante el cálculo de un promedio; y que había empresas exportadoras que así lo hacían en sus liquidaciones; siendo lo anterior válido a lo menos para las exportaciones a los Estados Unidos de Norte América, donde por disposición de su ley *Perishable Agricultural Commodities Act* ("P.A.C.A."), 1930, los comerciantes a comisión, minoristas y corredores debían mantener por dos años, los documentos que indicaba dicha ley, entre los cuales se encontraban las guías de despacho, facturas de compra, fletes pagados y otros recibos relativos a la comercialización de productos agrícolas perecibles; d) que era pública y notoria la falta de transparencia en las liquidaciones de las empresas exportadoras; y e) que no se había acreditado que Aconex hubiera ejercido presión sobre la denunciante para que aceptara la liquidación materia de la denuncia, antes con su

carta y su escritura pública de reconocimiento del saldo se acreditaba que la aceptación había sido voluntaria.

Después de estas consideraciones, el dictamen previno a Aconex "bajo los apercebimientos legales correspondientes", que: a) Debía dar a los productores no sólo liquidaciones *ad hoc* del exportador o receptor, sino los elementos necesarios para verificar que el precio final había sido bien determinado, en la forma indicada en el Dictamen 770; y b) No podía determinar los precios de venta finales en mercado de destino, "promediando los precios de las distintas variedades que forman parte de un mismo cargamento, cuando en el contrato se haya pactado un precio base, que se ajusta una vez conocido el resultado de la operación de exportación de frutas"<sup>57</sup>.

Como síntesis de la jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central que se ha citado, pueden señalarse estos puntos: I°) la naturaleza del contrato es dudosa; II°) el sistema de determinación del precio establecido en el contrato debe ser "transparente" y objetivo; III°) es posible y debe hacerse, el cálculo del precio obtenido por el productor sobre la base del precio de la venta final en el extranjero de su propia fruta individualmente considerada, y no sobre la base de calcular un promedio de los precios de venta final de las partidas de varios productores incluidas en un mismo cargamento, cuando en el contrato entre el productor y el exportador se haya pactado un precio base que haya de ajustarse una vez conocido el resultado de la operación de exportación de frutas; y IV) al productor deben dársele los antecedentes necesarios para verificar, esto es, comprobar, que el precio que se le paga se ha determinado según el contrato; punto que sin nombrarla alude evidentemente a una rendición de cuentas, y a una rendición de cuentas individual y documentada, porque sin documentos no cabe verificación o comprobación, siendo de notar que la exigencia de documentos está expresamente contenida en los dictámenes.

Debe advertirse, empero, que la Comisión Resolutiva, conociendo de un requerimiento del Fiscal decidió por resolución 466-1996, a propósito de una denuncia de abuso de posición dominante formulada por Agroelite Limitada contra la Exportadora United Trading Company Desarrollo y Comercio S.A., U.T.C. S.A., que el dictamen 770/490 de la Comisión Preventiva Central no obligaba a la denunciada por no haber sido ella parte en la causa que había originado ese dictamen, dado que sólo la Comisión Resolutiva tendría competencia para dictar instrucciones obligatorias de carácter general para evitar atentados

<sup>57</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 92, Sec. 6a, p. 85.

contra la libre competencia, según el art. 17 letra b) del D.L. 211 de 1973. Este fallo fue confirmado por la Corte Suprema, que rechazó el recurso de reclamación interpuesto por el Fiscal Nacional Económico, por sentencia de 24 de octubre de 1996<sup>58</sup>.

Pero antes, en proceso iniciado por denuncia de don Waldo Tornel Quijada en contra de la empresa exportadora de frutas Unifrutti Traders Limitada por actos atentatorios contra la libre competencia, rol n° 457-94, la Comisión Resolutiva, que por resolución n° 449 de 24 de octubre de 1995, declaró prescrita la acción ejercida por don Waldo Tornel, acogiendo la excepción opuesta por la denunciada, ordenó sin embargo, por la misma resolución, considerando "que el mercado de exportación de frutas presenta características que hacen procedente que esta Comisión intervenga en él", "a fin de instar por la transparencia del mercado, y la protección de la libre competencia", proseguir la tramitación de la causa. Luego, por resolución de 11 de junio 1996, la Comisión, teniendo como antecedente la resolución 449 citada, y otros, se abocó de oficio al conocimiento e investigación del mercado de exportación de la fruta, con el propósito de dictar instrucciones de carácter general para la celebración de actos y contratos relacionados con dicha exportación. Esta resolución originó el expediente rol n° 510-96. Posteriormente, por resolución 501 de 25 de noviembre de 1997, la Comisión Resolutiva ordenó acumular el proceso incoado por don Waldo Tornel, y que se continuaba de oficio, al proceso rol 510-96, caratulado "Abocación de oficio de la Comisión sobre instrucciones generales en el mercado de exportación de frutas". También el 25 de noviembre de 1997, la Comisión Resolutiva dictó la resolución 502, ordenando acumular al citado expediente "Abocación de oficio...", rol 510-96, el proceso rol n° 491-95 caratulado "Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Exportadora de frutas Agrofrío S.A.".- Hasta ahora, según nuestras informaciones, no se ha resuelto en el proceso destinado a dictar instrucciones generales ya citado-.

## b) Fallos arbitrales

En el juicio arbitral "Domingo Godoy con Fisher South America", el actor pidió se declarase la obligación de la demandada, exportadora de su fruta, de rendir cuenta documentada de su gestión, alegando que el contrato era de asociación o cuentas en participación, y el Árbitro, don Francisco Bulnes Sanfuentes, en fallo de veintiséis de

<sup>58</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 93, Sec. 6a, p. 159.

septiembre de 1993 acogió la expresada petición, rehusando pronunciarse sobre la calificación jurídica del contrato por estimarlo impropio de un arbitrador e innecesario, porque, cualquiera fuese la calificación que el contrato mereciese, éste obligaba a la parte llamada "comprador" a rendir cuenta, a la contraparte, del proceso de comercialización de la uva que fue objeto del contrato.

En el considerando 5°, letra c) de este importante fallo, se lee:

"Si el comprador no estuviese obligado a rendir cuenta del proceso de comercialización, quedaría en libertad para fijar el precio a su arbitrio, y si quienes resuelven por él procedieran con error o dolo, el vendedor no tendría manera de reclamar lo que en verdad le correspondiera. No es posible suponer que personas que están en sus cabales y que tienen un grado mediano o alto de cultura, como es el caso de los productores de fruta de exportación... acepten colocar su producción en semejantes condiciones, quedando al arbitrio de una firma que tiene en el extranjero sus dueños y sus máximos dirigentes, los que pueden cambiar en cualquier momento, y ni siquiera es concebible que una empresa constituida y que debe cuidar su reputación, como es el caso de la demandada, pueda atreverse a proponer condiciones de esa clase. Por lo demás un contrato de compraventa celebrado en condiciones tales sería indudablemente nulo, por razones que no es necesario exponer en este fallo"<sup>59</sup>.

En el caso "Waldo Tornel Quijada con Exportadora Unifrutti Traders Limitada", iniciado en 1989, el árbitro don Jorge Carey Tagle decretó que Unifrutti of America, recibidor encargado de hacer la comercialización de la fruta del actor en Estados Unidos, exhibiese los documentos respectivos. La Corte de Filadelfia ordenó la exhibición de documentos en Estados Unidos<sup>60</sup>.

Este fallo norteamericano reconoce el derecho del productor chileno a conocer los documentos de la venta final.

Posteriormente el productor, señor Waldo Tornel Quijada demandó a Unifrutti, la exportadora, ante el árbitro don Juan Colombo Campbell, alegando que dos contratos celebrados entre las partes para la comercialización de fruta y que se habían denominado de compraventa, eran en realidad de mandato o comisión de venta; y para que se condenase a Unifrutti a pagar al productor una indemnización por incumplimiento del contrato, el que se había producido al hacersele la liquidación sobre la base de precios menores que los obtenidos por su fruta en el extranjero.

<sup>59</sup> Este importantísimo fallo está sin publicar y lo conoció el autor del presente estudio por haber sido el abogado del actor en el juicio.

<sup>60</sup> La sentencia, de fecha 17 de mayo de 1991, está publicada en *The Philadelphia County Reporter*, vol. 22, p. 339.

Unifrutti pidió el rechazo de la demanda alegando: 1°) que los contratos eran de compraventa con precio determinado; 2°) que no podía determinarse el precio individual para cada productor, de la venta de la uva contenida en cada embarque al extranjero; y 3°) que sus liquidaciones reflejaban exactamente los valores de las ventas<sup>61</sup>.

El actor, para acreditar su aserto de que no se le había pagado según el precio real obtenido por su uva en el exterior acompañó "un juego de treinta y ocho copias no objetadas por la contraria, obtenidas por la familia Tornel, en las oficinas de Unifrutti of America Inc., empresa consignataria de la demandada, encargada de vender la fruta exportada por productores chilenos, entre otros el demandante, y que corresponden a facturas por venta de uva a distintos compradores norteamericanos. Junto a cada factura (*'invoice'*) se acompaña el respectivo (*'bill of lading'*), y que correspondería a una guía de despacho en nuestro medio nacional, en la cual se deja constancia del nombre del productor de la uva vendida, esto es don Waldo Tornel... En dicha factura se deja la constancia del valor unitario cancelado por cada caja." (considerando décimo octavo).

La demandada alegó que faltaba descontar a esos precios que figuraban en las facturas; los gastos, pero no se probó el monto y naturaleza de esos descuentos que afirmaba debían hacerse (considerando vigésimo).

Con estos antecedentes, el tribunal arbitral acogió la demanda en cuanto ordenó pagar la diferencia de precio acreditada; considerando, eso sí, que los contratos eran de compraventa y no de comisión.

Para decidir que los contratos eran de compraventa, el árbitro argumentó que la obligación del comprador de revender en el extranjero no estaba reñida con su calidad de dueño a que debía conducir la compraventa, sino que era una modalidad de ella. Pero cabe observar que un contrato no puede tener modalidades incompatibles con su esencia: quien compra debe quedar en situación, en virtud de la compraventa, de hacer con la cosa —al menos en lo substancial— lo que le plazca. Por lo demás, y contra lo que se suele sostener, el modo —que sería la modalidad aplicable— no cabe conceptualmente en los contratos onerosos<sup>62</sup>. En todo caso el fallo para arribar a su parte decisoria no necesitaba en absoluto decidir si se trataba de compra-

<sup>61</sup> Considerando décimo letra F) del fallo, del que el autor del presente estudio tiene copia a la vista.

<sup>62</sup> Vicente Torrealba, Orencio, *El modo en el Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1967, pp. 55-56; 113-115 y 143-146; Albaladejo, Manuel, *El Negocio Jurídico*, n° 173, p. 278; n° 176, pp. 281-284; Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, UTEHA, México, 1938, n° 141, pp. 484-485; Ferrara, Cariota, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1956, p. 187, citado por Torrealba, ob. cit., p. 145, nota 254; Puig Brutau, José, t. V, p. 471.

venta o contrato de comisión, pues la diferencia de precio debía abonarse en cualquier caso al actor, como es obvio. En la demanda no se había pedido rendición de cuentas, lo que habría sido procedente con ese nombre a título de comisión, que era el invocado.

Es de destacar que este fallo llegó a considerar que podía determinarse el precio de su fruta para cada productor individualmente, y que estableció el precio de venta de la fruta del actor en el extranjero, basando en ello su condena<sup>63</sup>.

### c) Fallos de la justicia ordinaria

En el caso referido precedentemente, de Doña Berta Campos Francke con Exportadora Aconcagua Limitada<sup>64</sup>, la productora señora Campos demandó ante el Sexto Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago a

La razón es que la carga que aparezca como modo en un contrato oneroso no será nunca conceptualmente otra cosa que una parte de la compensación debida a la contraparte por su prestación. "Por esto es evidente —dice Coviello— que lógicamente no puede hablarse de *modus* sino con respecto a los actos a título gratuito, donaciones y liberalidades testamentarias, porque son actos que por su naturaleza no producen la obligación de hacer algo por parte del que recibe. El *modus*, como lo dice la misma palabra latina, no es más que una medida, o mejor, una limitación de la liberalidad" (loc. cit.).

Entre los clásicos, los más antiguos ni siquiera se ponen en el caso de que pueda surgir la duda. Así Pothier, en el n° 139 del Tratado de las Obligaciones, cuando dice que la carga o prestación no apreciable en dinero sí puede ser materia de un modo, pone el ejemplo de una liberalidad. Los grandes maestros franceses tratan del modo sólo a propósito de las liberalidades. Savigny, que se plantea el problema, y que es quien elabora una teoría unitaria de las modalidades de los actos jurídicos, incluyendo bajo tal denominación la condición, el plazo y el modo, concluye que este último sólo procede en las liberalidades (*Sistema de Derecho Romano Actual*, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, t. II, pp. 299-302, n° CXXVIII).

A la luz de estos antecedentes nos parece que el art. 1493 del Código Civil, según el cual rigen para las convenciones las disposiciones sobre asignaciones testamentarias condicionales o modales, no puede referirse sino a las donaciones, o, en todo caso, a los contratos gratuitos excluidos de su concepto, como el comodato y el mutuo sin interés (art. 1395), y la prestación de servicios personales gratuitos (art. 1396), etc.; o que el precepto se refiere a actos mixtos, como la venta a menor precio que el justo con intención positiva de donar el exceso. Creemos pues que yerran al respecto —cuando afirman la posibilidad del modo en los contratos bilaterales— nuestros tratadistas Claro Solar (t. X, n° 225, pp. 258-259), Alessandri (*De la Compraventa...*, ob. cit., t. I, n° 591, p. 600), Meza Barros (Obligaciones, n° 192); Abeliuk, (*Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, t. I, n° 569, pp. 446-447), etc.

Terminamos citando a Messineo: "... no sirve poner el *modus* al contrato oneroso (y si se pusiera sería ineficaz o nulo), porque en el contrato oneroso, existe la contraprestación a cargo de la contraparte, la cual constituye el correlativo de la prestación; por lo tanto el *modus* en el contrato oneroso constituiría una verdadera superfetación" (concepción de un segundo feto durante el embarazo). (Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 214).

<sup>63</sup> Hacemos constar que el árbitro señor Juan Colombo nos proporcionó gentilmente copia de este importantísimo fallo.

<sup>64</sup> Acápite 4, letra a), de este trabajo.

la firma exportadora, para que se declarase su obligación de rendir cuenta como comisionista, en los autos 840-1993 de ese tribunal. La demandada pidió el rechazo de la demanda, alegando: 1º) que el contrato era de compraventa y no de comisión, y 2º) que de haber existido la obligación de rendir una cuenta, ella ya había sido cumplida, pues se habían exhibido a la actora y explicado oportunamente los antecedentes que justificaban la determinación del precio final. Aunque el fallo, que es deficiente, no lo dice, se desprende de él que tales antecedentes eran sólo la liquidación no documentada y sin relación de las ventas en el exterior que es usual en estos casos, pues de lo contrario toda la discusión habría carecido de sentido.

La sentencia rechazó la demanda considerando, sin análisis alguno, que se trataba de una compraventa, porque lo decía así el contrato, lo decía la actora en una carta, y lo afirmaban los testigos —no deja de ser original delegar en los testigos la calificación de un contrato!—, y así aparecía de la emisión de las facturas por la actora; y además, porque el precio era determinable.

El considerando 10º dice:

“Que por lo tanto, no estamos en presencia de un comisionista, cuya obligación, una vez evacuado el encargo, es la de presentarle a su comitente a la brevedad posible una cuenta detallada y justificada de su administración, concordante con sus libros; sino que por el contrario, nos encontramos con el adquirente de una mercadería cuyo precio al celebrarse el contrato es incierto, porque las normas que permitirán determinarlo son aplicables una vez comercializado el producto en el extranjero, quedando entonces por ello sólo obligado a la entrega de los datos que permitan calcular su precio final”.

Luego el tribunal consideró que esa cuenta propia de la compraventa de la especie, consistente en suministro de los datos que permitían calcular el precio, había sido entregada a la actora, quien la había aceptado según se desprendía de la escritura pública de reconocimiento otorgada por la actora-escritura que mencionó la actora en la Comisión Preventiva Central Antimonopolios, según se dice en el acápite 4 letra a) precedente<sup>65</sup>.

## 5. DOCTRINA NACIONAL

En Chile existen ya algunos estudios sobre la naturaleza del contrato usual de comercialización de fruta en el exterior que ha sido objeto de nuestra reflexión.

<sup>65</sup> Este fallo —que no está publicado— nos fue proporcionado por el abogado don Jorge Cruz Campos. El juicio no siguió adelante.

En primer lugar, está el libro del profesor Fernando Fueyo denominado "Los contratos de Colaboración Empresaria y su modalidad complementaria de contratos de dominación"<sup>66</sup>. Este libro tiene una segunda parte, que es en realidad el núcleo del trabajo, intitulada "Comercialización Internacional de fruta fresca chilena. Un tipo contractual no estructurado, ni calificado, ni aplicado correctamente en Chile".

Fueyo concluye<sup>67</sup>: I°) que es errada y debe descartarse absolutamente la calificación de compraventa, porque si la cosa se pierde o deteriora después de la entrega, los efectos negativos son para el productor; II°) que no hay venta en consignación porque no existe la posibilidad de que la cosa vuelva al dueño que encargó la venta; III°) que no hay comisión para vender, porque se trata de un contrato complejo y no simple como la comisión y porque falta la dependencia absoluta del comisionista respecto del dueño; IV°) que si bien hay un mandato para la realización de una venta en el exterior, él no es sino una parte de un todo; V°) que hay un contrato de colaboración empresaria, libre, consensual, y que se da también la calidad de un contrato de dominación y contrato de confianza; VI°) que después de la entrega de la fruta, el exportador aparece como dueño exclusivo de ella, y obra por cuenta propia y sin control; VII°) que la "posición dominante" del agente comercializador lo obliga a la rendición de cuentas; VIII°) que el comercializador debe exhibir las facturas de venta y toda la documentación del negocio; IX°) que debe poder hacer el productor, una libre investigación de las operaciones del comercializador que hayan influido o puedan influir en el negocio; X°) que el contrato entre el productor y el comercializador, por no ser venta, no está afecto al impuesto al valor agregado; y, XI°) que el productor es dueño exclusivo de la fruta y su embalaje hasta su primera transferencia en puerto de destino.

No concordamos con la caracterización o tipificación que hace el profesor Fueyo; pero sí con varias de sus conclusiones: que no hay venta; que no hay comisión; que el productor es siempre el dueño de la fruta; que el exportador aparece como dueño para llevar a cabo el negocio en el exterior; que el exportador debe rendir cuenta al productor y exhibir las facturas de venta de la fruta en el exterior. No está de más anotar que el jurista argentino Le Pera sostiene que los acuerdos de colaboración empresaria antes de la ley 22.903 que les dio un

<sup>66</sup> Fueyo Laneri, Fernando, *Los Contratos de Colaboración Empresaria y su modalidad complementaria de contratos de dominación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 60-62; 91-95.



régimen peculiar, “podrían calificarse como sociedades en participación, o bien, si no encuadran en alguno de los tipos ‘regulares’, como sociedades de hecho o irregulares”<sup>68</sup>.

Además de Fueyo, se ha preocupado del tema el profesor Álvaro Puelma quien en su obra “Contratación Comercial Moderna”<sup>69</sup> sostiene que el contrato puede ser una comisión disfrazada de compraventa, en que se encarga al exportador una venta en libre consignación.

Explicando los motivos del disfraz, dice el profesor Puelma:

“Diversas características del mercado financiero y de las franquicias que favorecen a la exportación hicieron poco conveniente para las *tradings* operar con los productores mediante comisión o mandato. En efecto, los créditos para la exportación de pre y post embarque, refinanciados por el Banco Central, se otorgan a los ‘exportadores’, que son los vendedores al exterior. Las franquicias a la exportación, de devolución de impuesto al valor agregado e incentivo a las exportaciones no tradicionales también favorecen a éstos. Las ‘*tradings*’ actuaban como comisionistas a nombre propio del productor; y, además, recurrían a los créditos de pre y post embarque y a las franquicias a la exportación. Por ello se encontraban en una situación delicada, pues siendo la ‘*trading*’ mandataria, aunque actúe en nombre propio, es discutible que tenga derecho a las franquicias relatadas que se otorgan al ‘exportador’, que lo sería realmente el mandante o productor”<sup>70</sup>.

Yendo a la calificación del contrato, Puelma dice que si el precio mínimo convenido no es real y serio, y propio de un contrato conmutativo, y si además el riesgo de la cosa vendida es del vendedor, quien también debe hacer los gastos de conservación, “podría el contrato calificarse de mera comisión, encubierta o simulada en una compraventa.”<sup>71</sup>

Por último, el eminente jurista don Manuel Vargas ha publicado sobre el tema el libro intitulado “Contratos de exportación entre productores y exportadores de fruta”<sup>72</sup>. En él sostiene la tesis de la venta y refuta la nuestra de la asociación o cuentas en participación –conocida

<sup>68</sup> “Joint Venture y otras formas de cooperación sobre empresas independientes”, *La Ley*, t. 1977-D, pp. 908 y sgts., p. 916, citado por Cabanella Guillermo y Kelly, Julio Alberto, en *Contratos de Colaboración Empresarial*, Editorial Heliasta, 1987, Buenos Aires, p. 53.

<sup>69</sup> Puelma Accorsi, Alvaro, *Contratación comercial moderna*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

<sup>70</sup> Puelma Accorsi, Alvaro, ob. cit., n° 37, pp. 52-53.

<sup>71</sup> *Ibid.*, n° 38, pp. 53-54.

<sup>72</sup> Vargas, Manuel, *Contratos de exportación entre productores y exportadores de fruta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

por él a través de un informe en derecho del autor del presente estudio—, diciendo que la asociación o cuentas en participación no es posible sino entre comerciantes, no lo siendo el productor en nuestro caso; argumento que no zanja los problemas de calificación implicados en esta cuestión, y que se basa en una afirmación que estimamos, con todo respeto, difícil de defender, pues no parece dable discutir que la asociación o cuentas en participación pueda celebrarse entre no comerciantes, desde que no hay inconveniente conceptual alguno por una parte, y existe la libertad contractual por otra<sup>73</sup>.

## 6. OBSERVACIONES SOBRE TEMAS ANEXOS

En relación con el contrato en examen, que por tener encubierta su verdadera naturaleza ha ocasionado gravísimos abusos por parte de los exportadores o agentes de comercialización —abusos que de hecho se ven a diario—, es útil formular algunas observaciones adicionales.

### a) Tradición ficta de la fruta al celebrarse el contrato

Carecen de todo valor las cláusulas que se suelen incluir en estos contratos según las cuales se conviene en ellos mismos que en ese acto quede hecha tradición simbólica o ficta de la fruta al exportador —que aparece como comprador—, pasando a ser el productor depositario de su fruta. Tal convención se basa en un grave error jurídico, pues, en virtud del principio de accesoriedad, la tradición de frutos pendientes sólo puede hacerse mediante la separación. Así resulta de los artículos 568 y 685 del Código Civil, y de lo que enseña Pothier<sup>74</sup> citado por Bello como fuente del art. 685, en el Proyecto de 1853 (art. 824). Así lo decide también Alessandri<sup>75</sup>. Así lo ha resuelto, además, la Corte Suprema en el fallo que cita Alessandri.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Vargas Vargas, Manuel, ob. cit., pp. 74 y siguientes. Don Manuel Vargas sostiene que el carácter de comerciante de todos los partícipes es esencial a la asociación o cuentas en participación, por mencionarlo la definición del contrato contenida en el art. 507 del Código de Comercio; pero no vemos cómo eso pueda sostenerse, desde que no hay razón alguna para que la esencia del contrato esté ligada a aquel carácter, pudiendo entenderse que él se exige sólo en relación con la calidad de mercantil del contrato.

<sup>74</sup> Pothier, Propiedad, n° 195.

<sup>75</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., t. I, n° 873, p. 887.

<sup>76</sup> Ibid.: "La tradición de las yerbas del campo, de las maderas y frutas de los árboles o del suelo, etc., no puede efectuarse por ningún otro medio que no sea el que señala el artículo 685, esto es, por su separación del predio a que adhiere, ha dicho la Corte Suprema; de manera que aun cuando se entregue al comprador el bosque, el campo o la viña para que corte los árboles y coseche el trigo y la uva, aquél no adquiere su

b) Prenda sobre fruta de años venideros

También suele constituirse en estos contratos por el productor a favor del exportador, para garantizar eventuales saldos deudores por anticipos de dinero o por costos sufragados por este último, una prenda agraria sobre la fruta de las temporadas venideras. Esta estipulación carece de todo efecto pues no cabe convenir prenda sobre cosa futura, y la ley de Prenda Agraria sólo permite hacer objeto de ese contrato frutos pendientes o recolectados (art. 2º, letra d). Ello se debe a que la prenda agraria es un contrato real, que tiene una tradición simbólica por inscripción, y no cabe tradición con constitución de un derecho real sobre cosa que aun no existe, pues los derechos reales sólo pueden recaer sobre cosas actualmente existentes. Los Conservadores que inscriben dichas prendas sobre fruta futura cometen una grave falta, que debe ser enmendada por la vía de la queja.

Tampoco cabe pactar prenda sin desplazamiento sobre cosa futura, porque el contrato previsto en la ley 18.112 es también real, como aparece de su artículo 8º, que indica cómo se hace la tradición del derecho de prenda, y porque la necesidad de que la materia del contrato sea una cosa actualmente existente aparece de los arts. 3º letra c) de la citada ley, que habla de individualizar las cosas empeñadas, y 5º, que permite empeñar cosas que no han llegado al país sólo si el constituyente de la prenda es el titular del documento de embarque o expedición o de recepción para el embarque o expedición de ellas.

c) Vulneración de las normas que protegen la libre competencia

A la luz de lo expuesto en este trabajo queda claro —creemos— que los contratos de comercialización en referencia vulneran las reglas de protección de la libre competencia, como lo ha visto, aunque sin la suficiente claridad por no haber dado con la naturaleza jurídica de aquéllos, la Comisión Preventiva Central, lo que se puede apreciar en sus dictámenes citados en la letra a) del acápite 4 de este capítulo; y como lo ha visto la Comisión Resolutiva, según aparece de la formación del expediente destinado a dictar instrucciones generales rol 510-1996, citado en el mismo acápite, desgraciadamente no resuelto hasta ahora.

---

dominio en tanto no los corte o coseche, es decir, mientras no los separe del suelo (Sentencia 2.608, p. 1083, Gaceta, 1878). Consideramos acertada esta doctrina, porque si el propósito de la ley hubiera sido permitir que la tradición de estos bienes se hubiera efectuado en cualquiera otra forma, no habría señalado un medio especial de tradición para ellos y le habría bastado incluirlos en la disposición del artículo 684."

## IV. CONCLUSIONES

Todo lo razonado precedentemente nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

- 1°) Los contratos a que se refiere este estudio no son de venta;
- 2°) Los contratos a que se refiere este estudio no son mandatos o comisiones;
- 3°) Los contratos aludidos son de asociación o cuentas en participación;
- 4°) En estos contratos el productor es el partícipe oculto y aporta la fruta, y el exportador es el gestor; y el productor conserva la propiedad de su fruta hasta la venta en el extranjero y la subsiguiente tradición;
- 5°) El exportador recibe un mandato del productor para obrar en nombre propio, por lo cual, en las relaciones con terceros es considerado dueño de la fruta; pero en las relaciones internas es mero tenedor a título de mandato;
- 6°) Estos contratos, en la forma en que actualmente se pactan, por el encubrimiento de su verdadera naturaleza, que importa una auténtica mistificación jurídica impuesta por los exportadores gracias a su mayor poder económico, mistificación tendiente a excluir la rendición de cuentas y la configuración del delito de apropiación indebida en su caso, y a echar sobre el productor todas las desventajas de la venta y las de la comisión, dando al exportador todas las ventajas de ambas figuras, estos contratos, decimos, son grave y evidentemente lesivos de la libre competencia.