

17. GENERALIDADES

Luego de definir el contrato en el artículo 1438, el Código Civil chileno clasifica los contratos en unilaterales y bilaterales; en gratuitos y onerosos, y estos últimos en conmutativos y aleatorios; en principales y accesorios; en reales, solemnes y consensuales. En el primer capítulo de esta Segunda Parte se estudiarán tales clasificaciones.

Algunos autores piensan que es impropio de un código o de una ley emitir definiciones y formular clasificaciones, ya que semejante tarea correspondería exclusivamente a la doctrina y no al legislador. Este último debería limitarse a dictar normas o preceptos que manden, prohíban o permitan. Discrepamos de semejante purismo técnico. Un código es un mecanismo fundamental en la organización del Derecho de una nación, y si de organizar se trata, no se divisa el motivo en cuya virtud el legislador tendría que abstenerse de establecer criterios rectores o conceptos y categorías fundamentales. Pero es obvio que las clasificaciones legales rara vez serán exhaustivas, pues la realidad socioeconómica y cultural es mucho más dinámica y compleja que las fijaciones efectuadas por el legislador. De este modo, fuera de las clasificaciones de los contratos antes mencionadas, hay otras bastante relevantes, que la doctrina ha ido decantando y a varias de las cuales pasaremos revista en el segundo capítulo: contratos típicos y atípicos; contratos de ejecución instantánea, de ejecución diferida y de tracto sucesivo; contratos individuales y

colectivos; contratos libremente discutidos y contratos por adhesión; contratos preparatorios y definitivos.

Por otra parte existen numerosas y heterogéneas categorías contractuales, que no corresponden necesariamente a clasificaciones (caracterizadas éstas por dicotomías, bifurcaciones, oposiciones). El análisis de las principales categorías contractuales se efectuará en el tercer capítulo de esta Segunda Parte, distinguiendo: el contrato dirigido; el contrato forzoso o impuesto; el contrato tipo; el contrato ley; el subcontrato; el autocontrato; el contrato por persona a nombrar, y el contrato por cuenta de quien corresponda.

La formulación de clasificaciones y de categorías contractuales responde al deseo de sistematizar la realidad, agrupando los fenómenos empíricos según criterios de uniformidad, todo lo cual es natural en cualquier actividad científica, lo mismo que en las disciplinas que, sin aspirar a un rango propiamente científico, presuponen en sus cultores una cierta metodología y el trabajo riguroso.

El interés de reunir las figuras de la práctica, en clasificaciones y categorías contractuales, reside en la posibilidad de aplicar exigencias, principios o reglas particulares a cada grupo, con exclusión de los restantes. Así, por ejemplo, las instituciones denominadas condición resolutoria tácita y excepción de contrato no cumplido son características de los contratos bilaterales, sin que, por lo tanto, operen respecto de los contratos unilaterales.

Pero un mismo contrato determinado puede ubicarse en distintas clasificaciones, ya que éstas no son excluyentes. Así, por ejemplo, tomando los grupos contractuales de los artículos 1439 a 1443 del Código Civil, el contrato de arrendamiento o locación simultáneamente es bilateral, oneroso, conmutativo, principal y consensual.

CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS FORMULADAS POR EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

18. CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

Según el artículo 1439, "*el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente*". De manera que los contratos reciben la denominación de unilaterales o bilaterales según que impongan obligación(es) a una sola de las partes o a ambas partes. Lo que no debe confundirse con la principal clasificación de los actos jurídicos, según la cual éstos son unilaterales o bilaterales en atención al número de manifestaciones de voluntad que concurren a la formación del acto: si basta la voluntad de una persona, el acto jurídico es unilateral (v. gr., el testamento, las renunciaciones, etc.); si por lo menos dos voluntades opuestas son necesarias, el acto jurídico es bilateral, también denominado convención por la doctrina nacional (v. gr., cualquier contrato, la novación, el pago, la tradición).

En otras palabras, todo contrato, desde el momento que es un acuerdo de voluntades, constituye un acto jurídico bilateral; pero desde otro punto de vista (no ya el de las voluntades necesarias, sino que el de las obligaciones resultantes) el contrato puede ser unilateral o bilateral. Al contrato bilateral también se le llama contrato sinalagmático.¹¹³

¹¹³ Al parecer para evitar confusiones, por el doble empleo de la misma terminología ("unilateral" y "bilateral" aplicados, por un lado, a los actos jurídicos en general y, por el otro, a los contratos en particular), el Código Civil italiano de 1942 evita hablar de contratos uni y bilaterales, clasificándolos, en cambio, como

En el contrato unilateral, no obstante requerirse del consentimiento o voluntad de ambas partes, una sola de ellas resulta obligada. Esa parte asume el rol de deudora, y la otra, el de acreedora. Ejemplos de esta figura son el depósito, el comodato, el mutuo y la prenda (contratos que al mismo tiempo son contratos reales); también la donación sin cargas y la fianza.

En el contrato bilateral o sinalagmático, ambas partes resultan recíprocamente obligadas. El contrato genera obligaciones contrapuestas, de tal modo que cada parte es deudora y acreedora de la otra. Ejemplos: la compraventa, el arrendamiento, el mandato.

En el contrato propiamente bilateral o *sinalagmático perfecto*, todas las obligaciones surgen en el mismo instante, a saber: en el perfeccionamiento del contrato por la formación del consentimiento (o en el cumplimiento de las solemnidades *ad solemnitatem*, si éstas son exigidas por el legislador). Dichas obligaciones no se limitan a yuxtaponerse una(s) a la otra(s), sino que son *interdependientes*. Esta peculiaridad reviste enorme importancia, sirviendo de fundamento a los llamados efectos particulares de los contratos bilaterales: los sucesos que afectan las obligaciones de una de las partes repercuten, lógicamente, sobre el destino de las obligaciones correlativas de la otra. La interdependencia de las obligaciones, por lo tanto, no se agota en la génesis del contrato; por el contrario, opera durante la fase de cumplimiento hasta la total extinción del contrato.

Son, justamente, los efectos particulares de los contratos bilaterales los que confieren trascendencia a esta clasificación. Entre ellos deben destacarse, sin perjuicio del análisis ulterior que se hará de cada uno, *la excepción de contrato no cumplido*, cuya base legal se halla en el artículo 1552 del Código Civil, en virtud del cual el demandado puede negarse a cumplir la prestación que le corresponde, mientras el demandante no cumpla o no dé principio a la ejecución de la obligación que, a su turno, el contrato ha puesto a su cargo; *la resolución por inejecución*, que, sobre la base de la condición resolutoria tácita establecida por

contratos con prestación a cargo de una de las partes y contratos con prestaciones recíprocas.

el artículo 1489, permite al acreedor solicitar la resolución del contrato con indemnización de los perjuicios, si el deudor se encuentra en mora de cumplir; *la teoría de los riesgos*, respecto a la cual los textos fundamentales son los artículos 1550 y 1820, que determinan la suerte que corre la obligación de uno de los contratantes cuando la obligación correlativa de la contraparte se extingue por imposibilidad de ejecución, en razón de un caso fortuito o fuerza mayor.¹¹⁴

Deben, además, mencionarse entre los efectos particulares de los contratos bilaterales: *la cesión del contrato* o transferencia entre vivos que uno de los contratantes hace a un tercero del conjunto de sus créditos y débitos derivados de un contrato determinado; y *la revisión y la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida*, remedios judiciales al problema que corrientemente se designa bajo el nombre de teoría de la imprevisión. Esta teoría, aunque genuinamente debería identificarse como una vicisitud de los contratos onerosos, de ordinario opera respecto de los contratos onerosos bilaterales.¹¹⁵

19. CONTRATOS SINALAGMÁTICOS IMPERFECTOS

Se ha denominado contratos sinalagmáticos imperfectos a aquellos que nacen como contratos unilaterales; o sea, poniendo obligaciones a cargo de una sola de las partes, pero a propósito de los cuales ulteriormente emerge obligación para la parte que originalmente estaba dispensada. Así ocurre, por ejemplo, en el depósito y en el comodato, que siendo al momento de su nacimiento unilaterales, pues sólo resulta obligado el depositario o el comodatario, quien debe restituir o devolver la cosa recibida, pueden *a posteriori* dar lugar a una obligación para el depositan-

¹¹⁴ En la quinta parte de este libro, N°s 90 y s., se tratará sobre los efectos particulares de los contratos bilaterales.

¹¹⁵ En el Derecho comparado, el contrato bilateral suele implicar una exigencia formal *ad probationem*: la extensión de tantos ejemplares de la convención cuantas sean las partes con intereses distintos. Tal es el caso de los artículos 1021 y s., del Código Civil argentino. Sobre *la cesión de contrato*, *infra* N° 36. Sobre la revisión y resolución, *infra* N°s 48 y 49.

te o para el comodante, obligación que consistirá en reembolsar a la contraparte los gastos de conservación de la cosa en que pudiere haber incurrido, o en indemnizarle los perjuicios que la mala calidad del objeto le hubiera irrogado (arts. 2235, 2191 y 2192. En cuanto al contrato de mutuo, artículo 2203, todos del Código Civil).

La terminología "sinagmático o bilateral imperfecto" nos parece inconveniente para referirse a estos contratos. Tal expresión da la idea de que estaríamos, al fin de cuentas, frente a contratos bilaterales, lo que es inexacto. En efecto, es en el momento de su nacimiento o formación cuando un contrato pasa a revestir el carácter de unilateral o bilateral. Tratándose del contrato unilateral, éste no pierde tal calificativo si por eventos sobrevinientes llega a quedar obligada la parte que inicialmente no lo estaba. *La nueva obligación no deriva* del contrato, sino que *de la ley*, siendo independiente (y no interdependiente como acontece en el contrato bilateral) de la otra obligación. De consiguiente, el contrato sinagmático imperfecto es un contrato unilateral, en el que en principio no tienen lugar los efectos particulares de los contratos bilaterales señalados en el número precedente. Se ha pretendido, invocando el buen sentido, que al menos sería aplicable por analogía la excepción de contrato no cumplido al contrato sinagmático imperfecto. Lo que no es convincente, máxime si se considera que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones sobrevenidas, el Código Civil ha concedido al acreedor un instrumento muy eficaz: el derecho legal de retención (artículos 2193 y 2234), que, aunque parecido a la *exceptio non adimpleti contractus*, específicamente configura una regla o institución autónoma. Factible sería, sin embargo, aplicar la teoría de los riesgos o la cesión de contrato a una figura sinagmática imperfecta.

20. CONTRATOS PLURILATERALES O ASOCIATIVOS

Aunque no estemos aquí en presencia de una clasificación de los contratos formulada por el Código Civil chileno, éste parece el lugar más adecuado para referirnos al contrato plurilateral, sobre todo en razón de que es posible asimilarlo al contrato bilateral.

Denominanse contratos plurilaterales, asociativos o de organización, aquellos que provienen de la manifestación de voluntad de más de dos partes, todas las cuales resultan obligadas en vistas de un objetivo común. Este concepto se ha colegido del artículo 1420 del Código Civil italiano: son plurilaterales los contratos con más de dos partes, en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común.

La multiplicidad subjetiva es respecto al contrato plurilateral específico de que se trate –por ejemplo, el contrato de sociedad, sobre el cual se razona habitualmente cuando se toca este tema– un elemento *accidental*, ya que el contrato se concibe, sin problemas, vinculando exclusivamente a dos partes que se obligan; es decir, como contrato bilateral. Dicho de otra manera, no habría diferencia cualitativa, sino que meramente cuantitativa, entre contrato bilateral y contrato plurilateral, por lo que, en definitiva, sin perjuicio de ciertos rasgos distintivos, el contrato plurilateral sería una especie de contrato bilateral. Este parecería ser el esquema más conveniente en nuestro país, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para el análisis de la sociedad, considerada por la legislación como un contrato (artículos 2053 del Código Civil y 349 del Código de Comercio).^{115 bis}

En cuanto a los rasgos distintivos, siguiendo en parte a Tullio Ascarelli,¹¹⁶ se indican a continuación algunas diferencias doctrinarias entre contratos bilaterales y plurilaterales:

- a) En los primeros surgen obligaciones correlativas para las partes; en los segundos, cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto a todos los demás.
- b) En los bilaterales, los vicios del consentimiento acarrear la nulidad del acto jurídico; en los plurilaterales, el error, la fuerza o el dolo que sufre un contratante se traduce en la ineficacia de su concurso al acto jurídico, pero el contrato mantiene validez en la medida que las otras partes puedan lograr la finalidad en vista de la cual se ha contratado. En general, conforme a la

^{115 bis} Desde la Ley N° 19.857, de 2003, en Chile están permitidas las empresas individuales de responsabilidad limitada.

¹¹⁶ Mencionado por Mosset Iturraspe, en ob. cit. en nota 2, pp. 60 y 61.

legislación italiana (artículos 1420, 1446, 1459 y 1466 del Código Civil), las causales de nulidad absoluta, de nulidad relativa o anulabilidad, de resolución o de imposibilidad de ejecución que generan la invalidez o ineficacia de los contratos bilaterales, en principio sólo acarrearían, en materia de contratos plurilaterales, la desvinculación al acto de aquella parte en la cual incidan las respectivas vicisitudes, subsistiendo el contrato entre las partes restantes.

c) Los bilaterales están limitados a las partes originarias; los plurilaterales admiten el ingreso de nuevas partes o el retiro de las iniciales.

d) Los bilaterales pueden extinguirse tan pronto nacen, por el cumplimiento de las prestaciones, o ser de ejecución diferida a una fecha relativamente vecina a la de su celebración; los plurilaterales generan, en cambio, una situación económica y jurídica estable, destinada a perdurar durante mucho tiempo. Esto mismo exige especial preocupación por la administración, disolución y liquidación de los contratos asociativos.

Hasta la fecha, la ley chilena no se ha referido al grupo de los contratos plurilaterales y la doctrina nacional ha soslayado, casi por completo, la figura en examen. Ante tales antecedentes, no es fácil adoptar una posición clara sobre el particular. En defecto de un mayor análisis, dejaremos al menos señalada la tesis de Francisco Messineo que pasamos a sintetizar.

Messineo, repudiando los nuevos textos del Código Civil de su país, rechaza el carácter contractual del negocio jurídico plurilateral en general, y de la sociedad, en particular. Según él, el negocio jurídico plurilateral es parte de la categoría denominada "*acto colectivo*", en el cual las voluntades corren de modo paralelo, son de idéntico contenido y, usando una metáfora, deben *sumarse*, puesto que tienden a satisfacer intereses coincidentes. Lejos de tal homogeneidad, el contrato, en cambio, se caracteriza por su heterogeneidad: las voluntades, destinadas a satisfacer intereses contrapuestos o, al menos, no coincidentes, se *cruzan* produciendo efectos distintos para cada parte. Agrega el maestro italiano, ejemplificando con la sociedad, que como en esta figura todas las partes se obligan a realizar aportes con un fin común, cual es el de repartirse las utilidades (o las pérdidas)

que deriven, las voluntades concurrentes tienen cualitativamente idéntico contenido, por lo que no puede calificársela como un contrato, del momento que éste se caracteriza por la diversidad del contenido de las voluntades: cada parte quiere en el contrato algo diverso de lo que quiere la otra. Desde el punto de vista funcional, Messineo opina que el contrato está destinado a la composición o armonización de intereses particulares, inicialmente no coincidentes; el contrato es el instrumento que permite la combinación de tales intereses, de manera que cada cual pueda encontrar su satisfacción. Nada de esto ocurre en los negocios asociativos.¹¹⁷⁻¹¹⁸

21. CONTRATOS GRATUITOS Y ONEROSOS

En conformidad al artículo 1440 del Código Civil chileno, "*el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*".

Lo que permite clasificar a los contratos en gratuitos y en onerosos es un *criterio económico*. Esta sencilla afirmación, con poca frecuencia ha sido olvidada por los autores, quienes han generado malentendidos, en especial al superponer la clasificación del artículo 1440 con la del artículo anterior, que distingue entre contratos unilaterales y bilaterales. De lo cual ha derivado el error consistente en asimilar el contrato gratuito al unilateral, y el contrato oneroso al bilateral.¹¹⁹

¹¹⁷ Messineo, *Doctrina general del contrato*, traducción al castellano, Buenos Aires, 1948, tomo I, pp. 34, 64, 76 y 77.

¹¹⁸ En sentido diverso, el autor chileno Julio Olavarría, en su *Manual de Derecho Comercial*, tomo 2, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1956, N° 174, expresa: Las partes que forman el contrato plurilateral o de organización "están animadas por intereses contrapuestos, como ocurre con los socios que deben llegar a un acuerdo para definir su posición recíproca dentro de la sociedad, pues cada socio no se encuentra frente a otro socio, sino frente a todos los demás, pero al mismo tiempo están animadas por una finalidad común, que permite la conjunción de sus voluntades".

¹¹⁹ En Chile, don Ramón Meza Barros equivocadamente afirma que *los contratos bilaterales son siempre onerosos* ("Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de la

El criterio para discernir si un contrato es unilateral o bilateral es eminentemente técnico-jurídico: si una o ambas partes resultan obligadas en el instante del nacimiento del contrato. En cambio, la calificación de un contrato como gratuito u oneroso no depende de una consideración de la dogmática del Derecho Civil, sino que exclusivamente de la particularidad económica de que el contrato resulte útil o provechoso para uno solo de los contratantes o para ambos. El profesor Pablo Rodríguez Grez ha aceptado este planteamiento, en uno de sus recientes libros.¹²⁰⁻¹²¹ Dichos criterios clasificatorios son, por cierto, harto diferentes.

Aunque habitualmente los contratos revistan a la vez los caracteres de gratuito y de unilateral, o los caracteres de oneroso y de bilateral, no es difícil encontrar hipótesis concretas de contratos unilaterales-onerosos y de contratos bilaterales-gratuitos.

En el ámbito de los contratos *unilaterales-onerosos* puede indicarse, como un primer ejemplo, el préstamo de dinero. Por naturaleza este contrato tiene tal fisonomía, pues si bien sólo el prestatario resulta obligado, es provechoso para ambas partes, ya que el mutuario debe restituir el capital al prestamista, más los intereses corrientes o convencionales. Así resulta de la Ley N° 18.010, publicada en el Diario Oficial del 27 de junio de 1981; en especial de su artículo 12, según el cual la gratuidad no se

Obligaciones, tomo I, N° 9, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1960). En igual sentido, entre otros, René Abeliuk (*Las Obligaciones*, N° 62, Edit. López-Viancos, 1971) y Rafael Mery (*Derecho Hipotecario*, N° 63, Editorial Jurídica de Chile, 1958). Este último sostiene, citando a Messineo y a Beaudant, que cuando el contrato es con prestaciones recíprocas es también necesariamente oneroso. Don Manuel Somarriva dice que "no se concibe que un contrato sea bilateral y gratuito a la vez" (*Tratado de las Cauciones*, N° 371, Edit. Nascimento, 1943).

¹²⁰ *La Obligación como Deber de Conducta Típica*, Santiago de Chile, 1992, p. 115.

¹²¹ Sería preferible que el artículo 1440 del Código Civil se limitare a señalar que el contrato es gratuito u oneroso exclusivamente en función de la *utilidad*, sin mencionar el factor *gravamen* de una o de ambas partes. A veces hay utilidad para ambos contratantes y sin embargo el gravamen es para sólo uno de ellos. Tal es el caso de la hipoteca, contrato en que hay utilidad clarísima para el acreedor hipotecario, pero también la hay para el constituyente, quien logra, por ejemplo, el crédito de dinero que precisa gracias a que hipoteca un bien raíz. Empero, exclusivamente el último sufre un gravamen.

presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo que se estipule el carácter gratuito del mutuo, o que se devengarán los intereses convencionales que las partes especifiquen dentro de los límites tolerados por la ley, el mutuario debe devolver la suma de dinero que él recibiera con más los intereses corrientes.

También son unilaterales-onerosos el contrato de depósito cuando se faculta al depositario para usar la cosa en su provecho (artículos 2220 y 2222 N° 2 del Código Civil) y el contrato de comodato celebrado en pro de ambas partes (artículo 2179 del mismo Código). Don Ramón Meza Barros proporciona a sus lectores una graciosa hipótesis de comodato en provecho de ambas partes, al referirse al préstamo de un perro de caza con obligación del comodatario de amaestrarlo.¹²²

Las cauciones otorgadas por terceros a fin de garantizar obligaciones ajenas suministran nuevas posibilidades de inventariar casos de contratos unilaterales-onerosos. Si el tercero se obliga frente al acreedor de la obligación principal en virtud de una prestación (generalmente una remuneración) realizada o prometida en su favor por el deudor principal, el contrato accesorio de hipoteca, prenda o fianza tendrá carácter oneroso, pues tiene por objeto la utilidad de ambas partes, es decir, redundará en provecho tanto del acreedor de la obligación principal, cuanto del garante. Sin embargo, tal hipoteca, prenda o fianza es contrato unilateral, ya que la obligación de retribuir o de efectuar otra prestación por el deudor principal en beneficio del fiador o del constituyente de la prenda o de la hipoteca, es una obligación ajena al contrato de garantía, totalmente independiente de los efectos de este último.¹²³

Otro ejemplo, más problemático, lo ofrece el contrato de corretaje o de mediación. Calificado como una especie de mandato por el artículo 234, inciso final del Código de Comercio,

¹²² Ob. cit. en nota 119, tomo 2, N° 614 *in fine*.

¹²³ Incluso cuando se celebran los contratos de prenda o de hipoteca entre las mismas personas vinculadas por la obligación principal, dichos contratos unilaterales habitualmente son, además, onerosos. Cfr., en este sentido, Manuel Somarriva Undurraga, ob. cit. en nota 119, N°s 216, 217, 369 y 371. El artículo 2468 N° 1 del Código Civil asimila la prenda y la hipoteca a los contratos onerosos. También los artículos 2394, en relación al 1547-1, demuestran que el contrato unilaterale de prenda civil es un contrato oneroso.

profesores de Derecho Mercantil le niegan tal carácter.¹²⁴ Los artículos 76 y 106 del mismo Código de Comercio tampoco se compadecen con la presentación del corredor intermediario como un mandatario de los interesados. Es incierto, por otro lado, el carácter del corretaje como contrato preparatorio¹²⁵ o como contrato definitivo.

En lo que aquí interesa es evidente que la correduría es un contrato oneroso, pues desde un punto de vista económico tiene por objeto tanto la utilidad del cliente, cuanto la del corredor intermediario, quien recibirá el honorario prometido si en virtud de sus servicios se llega a celebrar el contrato proyectado. Aunque algunos, como es el caso del profesor Fueyo Laneri,¹²⁶ se pronuncian por el carácter bilateral del corretaje, parecería más acertado rotular este contrato como unilateral, ya que el único que resulta técnicamente obligado es el cliente o comitente, quien deberá pagar la retribución estipulada o usual al corredor, si se concluye la operación deseada. Es cierto que el corredor ofrece desplegar su actividad, pero queda a su arbitrio actuar o abstenerse de hacerlo, siendo inconcebible demandar una indemnización de perjuicios a un corredor, fundada en que él permaneció inactivo, sin haberse esmerado en la búsqueda del cocontratante que hace falta al cliente.¹²⁷

Dos casos de contratos *bilaterales-gratuitos* son el mandato no remunerado y la donación con cargas.

Si bien en nuestro país el mandato civil es por naturaleza remunerado,¹²⁸ en la práctica muchas veces tiene carácter gra-

¹²⁴ Cfr. Raúl Varela (*Derecho Comercial*, tomo I, Edit. Universitaria, 1956, p. 87) y Julio Olavarria (*El Mandato Comercial*, Memoria de Prueba, Talleres Gráficos Gutenberg, 1936, pp. 251 y s.). Este último autor entiende que el contrato de correduría es un arrendamiento de servicios.

¹²⁵ Para Fernando Fueyo es contrato preparatorio. Cfr. *Derecho Civil*, tomo 5, vol. II, 1-2, 1964, N°s 230 y s.

¹²⁶ Ob. cit. en nota anterior, N° 240.

¹²⁷ Julio Olavarria Ávila define acertadamente la mediación como "el contrato *unilateral* a virtud del cual una parte promete a la otra el pago de una comisión, participación u honorario para el caso de que ésta consiga hacerle celebrar un determinado negocio con un tercero" (ob. cit. en nota 118, tomo I, N° 118).

¹²⁸ En conformidad al artículo 1986 del Código de Napoleón, en Francia el mandato civil por naturaleza es gratuito. Etimológicamente la voz mandato deriva de *manus* y de *dare*: dar la mano.

tuito. Lo que es fácil explicar empíricamente, pues, siendo un contrato de confianza, lo normal es que el mandatario civil sea un familiar o un amigo íntimo del poderdante. Cuando no se remunera al mandatario, el contrato es gratuito y sólo cede en beneficio del mandante. Sin embargo, incluso en este caso, el contrato es bilateral, ya que siempre impone al mandatario la obligación de hacerse cargo de los negocios cuya gestión le encomienda el mandante y a éste la obligación de proporcionar a la contraparte lo necesario para que ejecute su cometido. Todo ello sin perjuicio de otras obligaciones no esenciales que puedan incumbir a una o a ambas partes.

La donación irrevocable o entre vivos, en la que se impone al donatario una carga o modo en beneficio de un tercero, es un contrato bilateral, pues genera obligaciones para el donante y para el donatario, y al mismo tiempo es un contrato gratuito, ya que no engendra utilidad económica al donante sino que exclusivamente a la parte donataria y al tercero beneficiario del modo.

Al margen de los dos casos específicos recién señalados, la figura genérica de la estipulación en favor de un tercero, cuya base legal se halla en el artículo 1449 del Código Civil, es susceptible, a través de sus aplicaciones concretas, de desembocar en otras hipótesis de contratos en que ambas partes, el estipulante y el prometiente, resultan obligadas, sin que el estipulante reciba provecho económico alguno. En efecto, a la luz de la doctrina de la creación directa del derecho, que hoy predomina en las explicaciones sobre la naturaleza jurídica de la estipulación por otro, el provecho o utilidad será en principio para el prometiente y para el beneficiario. Este último es tercero absoluto o *penitus extranei* en el contrato entre estipulante y prometiente. De modo que el estipulante puede estar obligado a cumplir una prestación a favor de su cocontratante (el prometiente) y sin embargo no recibir provecho de la operación.¹²⁹

La clasificación de los contratos en gratuitos y onerosos tiene trascendencia jurídica desde numerosos puntos de vista, entre los cuales se pueden destacar:

¹²⁹ Sobre estipulación por otro, *infra* N° 55.

1. En el silencio de las partes, la norma sobre prestación de la culpa formulada en el artículo 1547-1 del Código Civil, reiterada después por el legislador a propósito de varios contratos nominados, conduce a que el deudor responda de la culpa leve tratándose de contratos onerosos. En cambio, en los contratos gratuitos, el deudor es responsable hasta de la culpa levisima (si sólo él reporta utilidad, como acontece, por ejemplo, por regla general con el comodatario), o bien el deudor es únicamente responsable de culpa grave (si quien recibe la utilidad o provecho es la contraparte, lo que ocurre, por ejemplo, por regla general con el depositario).

2. La obligación de garantía es característica de los contratos onerosos, imponiendo la necesidad de sanear la evicción. Reglamentada por el Código Civil chileno a propósito de unos pocos contratos, como la compraventa (1838 y s.), el arrendamiento (1928 y s.) y la sociedad (2085), la obligación de saneamiento de la evicción en el Derecho Comparado aparece como cosa de la naturaleza de todos los contratos onerosos. Incluso en algunos países se establece que tanto el saneamiento por evicción, cuanto el saneamiento por vicios redhibitorios, se aplican a los contratos onerosos en general. Es el caso de los Códigos Civiles peruano y argentino.¹³⁰ Así, al parecer, lo ha también entendido nuestra Corte Suprema.¹³¹

3. A diferencia de los onerosos, los contratos gratuitos normalmente se celebran en consideración a las personas intervinientes. Por eso los contratos gratuitos son *intuitu personae*, de

¹³⁰ El Código peruano, del año 1936, reglamentaba la materia en sus artículos 1351 al 1382. El artículo 1370 disponía: *Aunque no se hubiese estipulado la evicción y el saneamiento, el enajenante está sujeto a ellos en todos los contratos onerosos en que se transfiere la propiedad, la posesión o el uso de las cosas*. El artículo 1484 del nuevo Código Civil, de 1984, es menos preciso. Por su parte, el Código argentino, de 1869, señala: *El que por título oneroso trasmite derechos, o divide bienes con otros, responde por la evicción...* Agregando más adelante: *Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso...* (artículos 2089 y 2164).

¹³¹ Sentencia del 6 de noviembre de 1986, en *Fallos del Mes*, N° 336, p. 765, la que admite la procedencia que el donatario cite de evicción al donante, pues la donación tenía causa onerosa. El fallo soslaya el art. 1423-1 del C. Civil, que conduce a otra conclusión.

lo cual resulta que el error en la identidad de la persona vicia el consentimiento, siendo rescindible el acto jurídico (arts. 1455 y 1682-3 del Código Civil). Sólo excepcionalmente los contratos onerosos son *intuitu personae* (v. gr., la transacción, artículo 2456 del Código Civil).

4. Los contratos gratuitos imponen deberes de reconocimiento a quienes reciben los beneficios. Desde el punto de vista del Derecho positivo chileno, en alguna medida ello se aprecia en materia de donaciones entre vivos, las cuales son revocables por ingratitud del donatario (artículos 1428 y siguientes del Código Civil). Además, el donatario es obligado a proporcionar alimentos al donante que le hizo una donación cuantiosa (artículo 321 N° 5). También el donante goza del beneficio de competencia, si el donatario le demanda el cumplimiento de la gratuidad (artículos 1417 y 1626 N° 5).

5. La acción pauliana permite a los acreedores solicitar la revocación de los actos fraudulentos concluidos con terceros por el deudor que ha caído en insolvencia. Los presupuestos de admisibilidad de la acción pauliana son menos estrictos cuando el acreedor demandante pretende dejar sin efecto un contrato gratuito celebrado por el deudor demandado: basta probar la mala fe del deudor. Tratándose de demandas revocatorias de contratos onerosos, el actor precisa probar la mala fe del deudor y del tercero adquirente (artículo 2468 del Código Civil).¹³²

6. Si el arrendador transfiere la cosa arrendada, el adquirente a título gratuito está obligado a respetar el contrato de arrenda-

¹³² El diferente tratamiento de los contratos gratuitos y onerosos también se produce en materia de acciones revocatorias concursales. En caso de quiebra del deudor, son inoponibles a la masa de sus acreedores los contratos gratuitos celebrados o ejecutados por el fallido desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la declaración de quiebra. De modo que los actos jurídicos gratuitos que hubiese celebrado el fallido durante dicho lapso, denominado período sospechoso, son ineficaces, sin que sea necesario producir la prueba de la mala fe de nadie. En cambio, respecto a los contratos onerosos que hubiera celebrado o cumplido el deudor fallido antes de la declaración de su quiebra, se aplica la regla general de la acción pauliana, siendo por lo tanto indispensable que el actor produzca la difícil prueba de la mala fe, al menos del adquirente, a fin de conseguir que tales contratos sean revocados (artículos 74 y 75 de la Ley N° 18.175, publicada en el Diario Oficial del 28 de octubre de 1982).

miento. Por el contrario, quien adquiere en virtud de un título oneroso no queda obligado a respetar el arrendamiento preexistente, salvo que el contrato de locación se hubiera celebrado mediante escritura pública (artículo 1962 del Código Civil).

7. Tratándose del cuasicontrato de pago de lo no debido de una especie o cuerpo cierto, si la cosa hubiera pasado a poder de un tercero, el *solvens* que pagó indebidamente podrá reivindicarla de dicho tercero, si éste entró en posesión de ella en virtud de un título gratuito. En cambio, si el tercero, de buena fe, hubo la cosa en virtud de un título oneroso, el *solvens* no podrá reivindicarla (artículo 2303 del Código Civil).

8. En relación con el Derecho Sucesorio, el legislador patrio ha adoptado diversas medidas restrictivas respecto a las donaciones (paradigma el contrato gratuito) que podría celebrar una persona en perjuicio de sus futuros asignatarios forzosos o de la relativa igualdad que a ellos corresponde. Tales son los casos, por ejemplo, de la insinuación de las donaciones irrevocables o necesidad de obtener autorización judicial, en calidad de formalidad *ad solennitatem*, para que la donación sea válida (artículos 1401 del Código Civil, y 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil); y de la formación de los acervos imaginarios, unida a la acción de inoficiosa donación (artículos 1185 al 1187 del Código Civil).

Al margen de todo lo anterior, se asevera que hay actos y contratos neutros, respecto a los cuales no cabe la clasificación en gratuitos y onerosos, como el pacto de separación total de bienes.^{132 bis}

22. CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

Los contratos onerosos se subclasifican en conmutativos y en aleatorios. Sobre el particular, el artículo 1441 del Código Civil expresa: "*el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se*

^{132 bis} Cfr. Daniel Peñailillo, su trabajo en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1983, vol. 1; y en *Revista de la Universidad de Concepción*, 1983, pp. 152 y ss.

obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

No obstante que nuestro artículo 1441 tenga estrecha semejanza con el artículo 1104 del Código Civil francés, se trata de una norma muy mediocre, que debería corregirse en una próxima reforma del Código de Bello. Los principales defectos del artículo 1441 son:

1. Adoptar como elemento determinante del concepto de contrato conmutativo la *equivalencia de las prestaciones recíprocas*. Esta base es doblemente falsa. Primero, en razón de que el pre-dicho artículo supone que el contrato oneroso es siempre bilateral, en circunstancia de que en no pocos casos el contrato oneroso (del cual una especie es el conmutativo) es precisamente unilateral, como se analizó en el precedente N° 21. Segundo, en razón de que *equivalencia* significa igualdad de dos o más cosas y en el contrato oneroso las utilidades o provechos que recibe cada una de las partes no son iguales. Todo contrato oneroso, sea conmutativo o aleatorio, implica algún albur, riesgo o incertidumbre, lo cual conduce, en definitiva, a cierto grado de desigualdad entre la ventaja económica que se otorga a la contraparte y la ventaja económica que se recibe de ella.

El Derecho positivo chileno tolera en los contratos onerosos la aludida desigualdad de las utilidades que reciben las partes. Sólo en escasas hipótesis, cuando al momento de la formación del contrato se rompe *violentamente* el equilibrio entre el provecho económico que reporta cada uno de los contratantes, el legislador ha reaccionado mediante la institución de la lesión enorme, la cual puede conducir a la rescisión del contrato conmutativo o a la reducción de la prestación excesiva.

2. Sugerir que exclusivamente podrían tener carácter conmutativo los contratos onerosos que engendran obligaciones de dar y/o de hacer. No hay, empero, motivo alguno para excluir de la categoría del contrato conmutativo a convenciones inminadas o atípicas que creen obligaciones consistentes en no hacer. Dicho de otra manera, respecto a todo contrato oneroso, cualquiera sea la naturaleza de la(s) obligación(es) generada(s), es dable la subclasificación en conmutativo o aleatorio.

3. Incurrir en una ambigüedad, por no decir en un chiste, cuando en su parte final señala, el artículo 1441 del Código Civil, que en el contrato aleatorio existe equivalencia, la cual consistiría en una *incertidumbre*.

En verdad, lo que fundamentalmente distingue a los contratos conmutativos de los aleatorios es que sólo en los primeros pueden las partes, durante los tratos preliminares y al momento de la conclusión del contrato, apreciar, estimar o valorar los resultados económicos que el mismo les acarreará. *Únicamente en los contratos conmutativos las partes están en situación de pronosticar si la convención les resultará beneficiosa, en cuánto y por qué*. Es evidente que tal cálculo *a priori* habrá de ser contrastado *a posteriori*, luego del cumplimiento de las obligaciones y del agotamiento o extinción del íter contractual. Al cotejar el pronóstico con los resultados concretos alcanzados, aquél resultará corroborado, desmentido o rectificado. Es así que las conjeturas optimistas pueden derrumbarse cuando se las confronta con los beneficios efectivamente obtenidos, resultando la convención un mal negocio. Ello no priva al contrato oneroso de su carácter conmutativo.

En los contratos aleatorios, por el contrario, ningún cálculo racional es factible respecto a las consecuencias económicas que la operación producirá. El destino del contrato aleatorio queda supeditado al azar, a la suerte, a la total incertidumbre. Al momento en que nace o se forma el contrato aleatorio, es imposible prever, con alguna rigurosidad intelectual, los resultados prácticos en que él se traducirá.

No debe confundirse el contrato aleatorio con el contrato generador de obligación(es) condicional(es). La condición, hecho futuro e incierto, es un elemento habitualmente *accidental*, que las partes agregan voluntariamente al acto jurídico que celebran y al cual supeditan el nacimiento o la extinción de una o más obligaciones.¹³³ La contingencia de ganancia o de pérdida

¹³³ Excepcionalmente la condición no es una cosa accidental, sino que *de la naturaleza* (v. gr., la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales), o incluso *de la esencia* del acto (v. gr., la condición y/o el plazo que debe contener el contrato de promesa, a fin de fijar la época en que se celebrará el contrato definitivo; la condición en la propiedad fiduciaria).

que también implica futureidad e incertidumbre es un elemento estructural de la *esencia* de los contratos aleatorios, que no puede ser eliminado por las partes que deciden celebrar un acto integrante de esta categoría.

Al albur quedan supeditados en el contrato aleatorio no la existencia o inexistencia de obligaciones, como ocurre con la condición, sino que los resultados económicos, es decir, la mayor o menor utilidad o provecho. En un ejemplo: si convengo con Pedro en la venta de un vehículo que especificamos, en tal precio, siempre y cuando él se gradúe dentro del año próximo, se trata de una compraventa condicional. Del hecho incierto, su oportuna graduación, depende el nacimiento mismo de las obligaciones. En cambio, si convengo con Pedro en pasarle una renta mensual en dinero durante el resto de su vida y él me paga por el derecho a percibirla una determinada colección de óleos, tratase de un contrato aleatorio de renta vitalicia. Del hecho incierto, la fecha del fallecimiento de Pedro, depende no el nacimiento de mi obligación, sino que su duración y por tanto su envergadura económica.

Empero, hay casos en que existe gran analogía entre contrato condicional y contrato aleatorio, lo que acontece cuando del albur depende ya no la extensión de lo que a una parte corresponde pagar, sino que si tiene o no tiene que pagar, vale decir, si hay o no obligación. Así ocurre, por ejemplo, en los contratos de seguro contra incendio, pues del siniestro, hecho futuro e incierto, no sólo depende cuánto tenga que pagar la sociedad aseguradora, sino que si nace la obligación de indemnizar.

La mayoría de los contratos onerosos son conmutativos: arrendamiento, mutuo con interés, permuta, etc. De los contratos onerosos aleatorios trata el Código Civil en el Título XXXIII del Libro IV. El artículo 2258 menciona entre los contratos aleatorios: el seguro, la renta vitalicia, el censo vitalicio, el juego, la apuesta. Hay otros que tienen tal carácter, v. gr., la venta de derechos litigiosos, especialmente cuando el legislador priva al demandado del beneficio del rescate o retracto litigioso frente al comprador-cesionario que obtenga en el pleito (artículo 1913, Código Civil).

Cabe anotar que los cálculos actuariales, las estadísticas y la computación empleados por las empresas de seguros en el ofre-

cimiento masivo de las pólizas a los consumidores y en el manejo de sus negocios, redundan en que el seguro haya dejado de ser para ellas un contrato aleatorio. Si se añade a lo anterior la técnica del reseguro, normalmente se advierte que las sociedades anónimas aseguradoras *a priori* están en situación de pronosticar las ganancias que reportarán de los contratos de seguros. Para ellas, entonces, el seguro suele ser contrato conmutativo, conservando naturaleza aleatoria únicamente para los consumidores. Este enfoque o doble carácter del contrato de seguro, por cierto que sólo se compadece con un análisis de conjunto del negocio de los seguros. Individualmente considerado, cada contrato de seguro sigue siendo aleatorio, incluso para el asegurador. Por lo demás, igual análisis puede efectuarse respecto a los juegos de azar masivos, que leyes especiales autorizan en casinos e hipódromos.

Hay contratos que, según las circunstancias, pueden revestir carácter conmutativo o aleatorio. Es el caso de la *compraventa de cosas que no existen, pero se espera que existan*. A la luz de los artículos 1461 y 1813 del Código Civil, si nada agregan las partes, por ejemplo al estipular la compraventa de todas las crías que produzca tal hembra en el lapso que se indica, se entiende que el contrato es condicional y conmutativo. La condición consiste en que alguna cría nazca del animal dentro del plazo convenido, de tal modo que si no se produce fruto alguno habrá fallado la condición. En cambio, si las partes expresan que lo que se compra es la suerte o esto se colige de las circunstancias concretas de la especie, entonces el mismo contrato de compraventa es puro y simple, pero aleatorio.

En cuanto a la trascendencia de la subclasificación de los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios, hay dos instituciones jurídicas que únicamente reciben aplicación tratándose de los primeros. Tales son la lesión enorme y la doctrina de la imprevisión.¹³⁴

¹³⁴ En el Derecho comparado, excepcionalmente se ha admitido que un contrato aleatorio pueda rescindirse por lesión enorme. Así lo han fallado los tribunales franceses respecto a una renta vitalicia en pago del inmueble recibido por el deudor, cuando la renta periódica estipulada era más baja que la renta normal de arrendamiento. Si bien la primera sala civil de la Corte de casación, el 7 de

Algunos contratos civiles conmutativos pueden padecer del exceso de la lesión enorme, siendo entonces procedente que la parte afectada, según los casos, solicite la nulidad relativa del acto jurídico o la reducción de la prestación excesiva.¹³⁵

La doctrina de la imprevisión permite, en caso de ruptura de la economía de la convención, en razón de un cambio imprevisto de las circunstancias externas, que el juez revise o modifique el contrato conmutativo a fin de evitar la ruina de una de las partes. Además de la *revisión judicial*, que en Chile podría fundarse en varios argumentos y textos legales, por ejemplo, en el principio de la buena fe objetiva consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, en Derecho comparado la imprevisión conduce a otro remedio o solución alternativa, a saber, la *resolución por excesiva onerosidad sobrevenida*.¹³⁶

Respecto a los contratos aleatorios, a menudo los autores dicen que serían mirados con mala voluntad por el legislador o que no darían acción al acreedor para exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones. Sin embargo, estas características no son comunes a los contratos aleatorios en general, sino que pecan a dos especies de los mismos: el juego y la apuesta.¹³⁷

octubre de 1957, pronunció la nulidad del contrato aleatorio en razón del vicio de lesión enorme, la doctrina gala ha dicho que más bien había nulidad en razón del objeto: el vil precio equivale a falta de precio. Frente a nuestro artículo 2268, en Chile una situación similar jamás daría lugar a lesión.

¹³⁵ En el régimen chileno, muy restrictivo de la lesión enorme, los únicos contratos en que puede presentarse el vicio son: la compraventa de bienes raíces (arts. 1888 y siguientes del Código Civil), la permuta (art. 1900), el mutuo con interés (art. 2206 y Ley N° 18.010), el depósito irregular (art. 2221 y Ley N° 18.010), la anticresis (art. 2443). Cabe agregar la partición, con frecuencia asimilada a un contrato (art. 1348), y las tres situaciones de lesión en la cláusula penal (art. 1544). El único acto típicamente unilateral en que cabe la lesión enorme es la aceptación de las asignaciones hereditarias (art. 1234). En los contratos mercantiles nunca puede existir lesión enorme (art. 126 del Código de Comercio).

¹³⁶ Sobre la teoría de la imprevisión, cfr. nuestro trabajo "Problemas Actuales en el Derecho de los Contratos", en *Estudios de Derecho Civil en Memoria del profesor Victorio Pescio*, Edeval, Valparaíso, 1976, especialmente pp. 66 a 72 y 99 a 107. También *infra*, N°s 48 y 49.

¹³⁷ Como bibliografía especial en la clasificación recién expuesta, ver el trabajo de François Grua, "Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs". En *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2, 1983, Ed. Sirey, París, pp. 263 a 287.

23. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

El artículo 1442 del Código Civil señala: "*El Contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella*".

Distingue el Código los *contratos principales*, que son los contratos independientes o autónomos, que se bastan a sí mismos pues no precisan de uno diverso, y los *contratos accesorios*, que, en cambio, presuponen otra obligación, cualquiera sea la fuente de la cual ésta emane.

Puede ocurrir, entonces, que el contrato accesorio no dependa precisamente de otro contrato, sino que de una obligación extracontractual, derivada de la ley o de un cuasicontrato o de un delito o cuasidelito civiles.

A vía de ejemplo, son contratos principales la compraventa, el arrendamiento, el depósito y el comodato. Son contratos accesorios, *cauciones* según la terminología del artículo 46 del Código, la hipoteca, la prenda, la anticresis, la fianza.

Las cauciones se subclasifican en reales y personales. En las primeras, con una cosa determinada se asegura al acreedor que se le pagará íntegra y oportunamente la obligación principal. En el contrato de prenda, esta cosa es un bien mueble. En la hipoteca y en la anticresis, un bien inmueble. En cambio, en las cauciones personales, en lugar de garantizarse el pago de la obligación principal con un determinado objeto, un nuevo sujeto (v. gr., el fiador) se compromete a cumplir dicha obligación si el deudor principal no lo hace, y a este efecto él responde en general con todos sus bienes.¹³⁸

En Chile es de la esencia del contrato accesorio garantizar el cumplimiento de otra obligación. Por eso, los *contratos dependientes* no son contratos accesorios. Denominase dependientes a ciertos contratos que están supeditados a otra convención, pero sin garantizar su cumplimiento. El caso más característico es el contrato de capitulaciones matrimoniales, dependiente del matri-

¹³⁸ El contrato principal y el contrato accesorio con frecuencia se extienden en un mismo instrumento (v. gr., escritura pública de mutuo hipotecario). Casi nunca la solidaridad pasiva se pacta en instrumento separado.

monio (artículos 1715 y 1716 C. Civil). Otro ejemplo es el del contrato de novación que, en cuanto genera una nueva obligación, depende de la convención coetánea que extingue la antigua obligación (artículos 1628 y 1630 Código Civil).¹³⁹

El interés fundamental de la clasificación de los contratos en principales y en accesorios reside en las aplicaciones del apotegma jurídico "*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*".¹⁴⁰ Así, por ejemplo, extinguida la obligación principal, se extinguen también el contrato accesorio y todas las obligaciones producidas por el último. Es lo que disponen los artículos 2381 N° 3 y 2434 del Código Civil respecto a la extinción de los contratos de fianza y de hipoteca. Así, cedido el crédito principal por acto entre vivos o transmitido por sucesión mortis causa, pasan también al causahabiente (cesionario o asignatario por causa de muerte) los derechos que tenía el causante en virtud de contratos accesorios o cauciones. Así, extinguida la acción de la obligación principal por prescripción, se extingue por este mismo modo la acción que procede de la obligación creada por el contrato accesorio (artículo 2516 del Código Civil).

En detrimento de la lógica formal, el Derecho acepta por razones prácticas, más relevantes que ésta, que lo accesorio tenga nacimiento antes que lo principal. El contrato accesorio a veces puede legalmente celebrarse, a pesar de que la obligación principal todavía no existe. Es lo que se conoce con el nombre de *cláusula de garantía general*. Los artículos 2339-2 y 2413-3 del Código expresamente admiten la validez de la cláusula de garantía general en la fianza y en la hipoteca. Es decir, que estos contratos accesorios pueden celebrarse para caucionar obligaciones principales futuras, que aún no existen o que no es seguro que vayan a existir o cuyo monto es indeterminado.¹⁴¹

¹³⁹ Es posible refutar el carácter dependiente del contrato de novación sosteniendo que éste es un acto jurídico unitario y no un acto doble. Acto único que, simultáneamente, extingue la obligación preexistente y crea la nueva obligación.

¹⁴⁰ Cfr. sobre el particular, el excelente libro del profesor Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*. L.G.D.J., París, 1969.

¹⁴¹ En el contrato accesorio de prenda, la cláusula de garantía general es ineficaz. Si la prenda es mercantil, a esta conclusión conduce el art. 815 N° 2 del Código de Comercio. Diversas razones sustentan la misma conclusión, en el caso que la prenda sea un contrato civil. Cfr., sobre este particular, nuestro "Informe

24. CONTRATOS CONSENSUALES, SOLEMNES Y REALES

El artículo 1443 sirve de base a la última clasificación de los contratos que el Código Civil chileno formula expresamente: *El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento.*

Esta clasificación dice relación con el momento del nacimiento o formación de los contratos y con los requisitos que hay que cumplir en ese instante. El consentimiento de las partes es requisito *sine qua non* de todo contrato. Se denomina *consensuales* a los contratos para cuya formación basta el consentimiento de las partes, sin que sea preciso cumplir con formalidades *ad solemnitatem*, ni entregar la cosa materia del contrato. En los contratos solemnes, en cambio, es indispensable que el consentimiento se exprese cumpliendo con la formalidad objetiva preestablecida por la ley. Y en los contratos reales el consentimiento debe ir aparejado a la *datio rei*, es decir, a la entrega de la cosa (coetáneamente al nacimiento del contrato).

Siguiendo a mi maestro Jacques Flour, profesor que fuera de la Universidad de París, pienso que no hay que ser excesivamente sutil ni caer en la tentación de afirmar que todo sistema jurídico implica un formalismo irreductible consistente en la *exteriorización de la voluntad*, en el tránsito de la voluntad como realidad psicológica a la voluntad como fenómeno sensible.¹⁴² La verdad

sobre contrato de línea de crédito. Cláusula de garantía general prendaria. Distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles". Publicado en *Revista de Derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, N° IV, 1980, p. 121. También en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 79, 1982, primera parte, pp. 39 y s. En sentido opuesto al mayoritario (que postula la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria), cfr. el trabajo del profesor José Joaquín Ugarte, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 3, año 1991, primera parte, pp. 81 a 112.

¹⁴² En el sentido opuesto, cfr. Messineo, ob. cit., en nota 44, p. 143. Ibídem Hans Kelsen, "La théorie juridique de la convention". En *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Número especial, Ed. Sirey, París, 1940, p. 38, donde a propósito de la formación de las convenciones se lee: "...la técnica del derecho hace indispensable alguna exteriorización de la voluntad, un *mínimo de formalismo es inevitable*".

es que mientras sea libre la manera como se exteriorice la voluntad, seguimos en el campo del contrato consensual. El formalismo sólo aparece cuando la voluntad de las partes debe necesariamente quedar envuelta en alguna ritualidad estricta, de tal modo que si no se cumple con ésta, la manifestación de voluntad es jurídicamente ineficaz, en uno u otro grado, según el caso.¹⁴³

En nuestros códigos, imbuidos del dogma de la autonomía de la voluntad, el contrato consensual lógicamente aparece como la regla general, pues si la voluntad tiene el poder de generar derechos y obligaciones, fijando la medida o alcance de los mismos, no es posible, sin contradicción, exigirle a esa misma voluntad que tenga que acatar o que se vierta a través de ritos o formas determinadas.

El principio del consensualismo se degrada toda vez que se exigen formalidades en la celebración del contrato y no sólo en los casos de los contratos reales y solemnes. Al margen de las formalidades típicas del contrato real (la *datio rei*) y del contrato solemne (la exigencia legal preestablecida en atención a la naturaleza del acto), hay varias otras especies de formalidades (de prueba, de publicidad, habilitantes y convencionales), las cuales también representan un deterioro de la idea según la cual bastaría el acuerdo desnudo de las voluntades de las partes para vincularlas.¹⁴⁴

Según el Código Civil chileno, los contratos que no requieren la entrega de la cosa (reales) ni el cumplimiento de una formalidad objetiva (solemnes), son consensuales. La paradoja radica en que, con suma frecuencia en nuestro país, el contrato consensual es un contrato formal, pues deben cumplirse para celebrarlo otras formalidades (*ad probationem*, de publicidad, habilitantes). Acorde a nuestro Derecho positivo un contrato consensual puede ser y es a menudo un contrato formal. Más adelante veremos cómo, en Chile, los contratos consensuales se

¹⁴³ J. Flour, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme". En la obra colectiva en homenaje a Ripert, *Le Droit privé français au milieu du XX siècle*, tomo I, 1950, p. 93.

¹⁴⁴ Cfr., *infra*, respecto al principio del consensualismo y su deterioro a través de los diversos grupos de formalidades, N° 42.

subclasifican en propiamente consensuales y en consensuales formales.¹⁴⁵

En Chile la mayoría de los contratos son consensuales; por ejemplo, la compraventa de bienes muebles,¹⁴⁶ el arrendamiento, el mandato, la fianza civil, la transacción.

Son solemnes¹⁴⁷ los contratos que precisan cumplir con una solemnidad objetiva, también denominada *ad solemnitatem* o *ad substantiam*, exigida por el legislador en atención a la naturaleza del acto y no en atención a la situación de las personas intervinientes en el acto (formalidades habilitantes); ni en atención a los intereses de terceros (formalidades de publicidad); ni a las exigencias de prueba (formalidades de prueba); ni al pacto de los propios contratantes (formalidades convencionales). El incumplimiento de una formalidad *ad solemnitatem* se sanciona con la nulidad absoluta del contrato, en conformidad al artículo 1682 del Código (mientras que el incumplimiento de las demás formalidades tiene otras sanciones, diversas a la nulidad absoluta).

Las formalidades objetivas o *ad solemnitatem* específicas varían según el contrato solemne de que se trate. A veces la exigencia legal consiste en *escribir* el acto. Ora en escritura pública (compraventa, permuta, donación de bienes raíces, hipoteca, renta vitalicia, etc. Fuera de estos ejemplos tomados del Código Civil, hay otros en que la exigencia de la escritura pública deriva de leyes especiales. Así, el leasing habitacional, conforme al artículo 26 de la Ley N° 19.281, modificado por la Ley N° 19.401. Así, los contratos de inversión extranjera según el nuevo texto del Decreto Ley N° 600 (art. 3° del DFL N° 523, Diario Oficial del 16 de diciembre de 1993)). Ora en escritura privada (contrato de promesa de celebrar un contrato,^{147 bis} contrato de fianza mer-

¹⁴⁵ Véase *infra* N° 41.

¹⁴⁶ (Salvo que esta compraventa se celebre a plazo y conforme a la Ley N° 4.702, pues entonces es solemne.)

¹⁴⁷ Sobre contratos solemnes, cfr., el libro de Marie-Antoinette Guerriero, *L'Acte juridique solennel*, premiado con medalla de oro por la Academia de Legislación Francesa, L. G.D.J., París, 1975, 520 pp.

^{147 bis} Acorde a la Ley N° 19.932 (Diario Oficial del 3 de febrero de 2004), en los casos que indica el art. 1°, modificándose la Ley General de Urbanismo y Construcciones, los contratos de promesa de compraventa deben otorgarse por instrumento privado autorizado ante notario público.

cantil, contrato de avío minero, contrato de compromiso, contrato de prenda de acciones en favor de un banco, según el artículo 3° de la Ley N° 4.287, etc.). Aunque el legislador se conforma en estos últimos casos con recabar un instrumento privado, por regla general la conveniencia de las partes es otorgar el contrato por escritura pública, preconstituyendo de esta manera el título ejecutivo (434 N° 2 del Código de Procedimiento Civil). En los arrendamientos de predios rústicos el contrato requiere escritura pública o privada. Además, en el último caso, la presencia de dos testigos mayores de edad (art. 5° inciso 1° del Decreto Ley N° 993). Otras veces las formalidades *ad solemnitatem* consisten en una *autorización* o en una *aprobación judicial* del contrato (insinuación del contrato de donación entre vivos; aprobación del contrato de transacción sobre alimentos futuros debidos por ley, acorde artículos 1401 y 2451 del Código Civil). En el caso del matrimonio, definido como contrato solemne en el artículo 102 del Código, las formalidades objetivas consisten en la intervención en el acto de un Oficial del Registro Civil competente y de dos testigos hábiles. En el caso de las capitulaciones matrimoniales, reguladas por el inicio del artículo 1716 del Código, fuera de la escritura pública se precisa *subinscripción* en el Registro Civil, también como solemnidad de la convención. Lo mismo vale para el pacto regulado por el artículo 1723 del Código Civil, sustituido por la Ley N° 19.335, del año 1994.

Según una postura doctrinal, que no compartimos, la *inscripción* en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces sería solemnidad objetiva suplementaria (fuera de la escritura pública) tratándose de los contratos de hipoteca, de donación de inmuebles y de constitución por acto entre vivos de un usufructo o de un fideicomiso sobre bienes raíces. Aunque tal opinión cuenta en su favor con el tenor literal de los artículos 2410, 1400, 767 y 735 —respectivamente— del Código Civil, estimamos que, en los cuatro casos, la inscripción conservatoria no es requisito de *formación* de los contratos (para lo cual es suficiente la escritura pública exigida por la ley), sino que sirve para operar el *cumplimiento* de ellos. Este cumplimiento o inscripción de los contratos se confunde con la tradición, en cuya virtud el adquirente deviene titular de un derecho real (o al menos poseedor de la cosa). El acreedor hipotecario, con la inscripción conservatoria

adquiere el derecho real de hipoteca; el donatario, el derecho de dominio; el usufructuario, el derecho real de usufructo; el fiduciario, la propiedad fiduciaria. La postura doctrinal, lo mismo que nuestro disenso, puede también formularse a propósito de la constitución del censo (artículo 2027 del Código Civil).^{147 ter}

Son contratos reales aquellos para cuya formación se exige la entrega de la cosa sobre la que versa el acto jurídico. Sin esta entrega no hay contrato. No debe confundirse esta entrega, integrante de la fase de nacimiento de los contratos reales, con la entrega de la cosa que en otros numerosos contratos integra la fase de cumplimiento. Por ejemplo, el arrendador debe entregar la cosa arrendada al locatario y el vendedor debe entregar la cosa vendida al comprador. Empero, ni el arrendamiento ni la compraventa son contratos reales, pues estas entregas forman parte del cumplimiento o ejecución y no del nacimiento o formación del acto jurídico.

Lo que caracteriza esencialmente al contrato real es la imprescindible entrega, con la cual nace el contrato. Quien entrega la cosa se constituye en acreedor de una típica obligación restitutoria.¹⁴⁸ Quien recibe la cosa es el deudor de esta obligación. Tratándose del depósito, del comodato, de la prenda civil y de la anticresis, la entrega de la cosa se efectúa en mera tenencia a quien la recibe, y, por lo tanto, lo que debe restituir el deudor es el mismo cuerpo cierto. Por el contrario, en el caso del contrato de mutuo o préstamo de consumo, que es un título traslativo del dominio, quien la recibe pasa a ser poseedor, quedando obligado a restituir otro tanto del mismo género y calidad. De este modo, la expresión del artículo 1443 del Código, en el sentido de que el contrato real para ser perfecto necesita la *tradición* de la cosa a que se refiere, exclusivamente es exacta

^{147 ter} Los testamentos, aunque no sean contratos, son los actos más solemnes que existen. A veces en ellos se exige otro formalismo: la lectura e incluso la doble lectura en alta voz. Ver, en especial, arts. 1017 y 1019 del Código Civil.

¹⁴⁸ Sobre el importante concepto "obligación restitutoria", cfr., el capítulo primero del libro de Mauricio Castelblanco Koch, *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación*. Editorial Jurídica de Chile, 1979. La Ley N° 19.335, del año 1994, al regular la institución de los bienes familiares, en su artículo 143-2, expresamente se refiere a las obligaciones restitutorias.

en el caso particular del mutuo. En los demás contratos reales, como la entrega tiene lugar conservándose, por quien se desprende del *corpus* o tenencia de la cosa, el ánimo de señor y dueño, naturalmente que no existe tradición en sentido estricto.

El contrato real es de origen romano. Se atribuye a Justiniano el haber precisado las cuatro figuras tradicionales que integran la categoría, o sea, los contratos de depósito, comodato, prenda civil y mutuo. Estos contratos mantienen en la actualidad el carácter de reales, sumándose a ellos la anticresis.¹⁴⁹

Existe una corriente doctrinaria contemporánea que postula la supresión de los contratos reales. Como se sabe, éstos además son unilaterales: sólo engendran la obligación restitutoria, a cargo de quien recibió la cosa. Se propone, entonces, transformar los contratos reales unilaterales, en contratos consensuales bilaterales.^{149 bis} Así la entrega o *datio rei* dejaría de pertenecer a la fase de formación del contrato, irguiéndose en el primer acto de cumplimiento o ejecución del mismo. Rompiendo esta corriente, el profesor Jacques Ghestin¹⁵⁰ ha demostrado que la longevidad de los contratos reales no es un mero conservadurismo jurídico. En palabras suyas y de su compatriota Carbonnier: lo que en verdad pertenece al pasado es la hostilidad a la teoría del contrato real; dicha hostilidad pudo comprenderse en la época en que el individuo fue considerado rey, a través del consensualismo y de la autonomía de la voluntad, mas no hoy, cuando tales concepciones están en decadencia. La categoría del contrato real responde a una concepción menos intelectual, pero mucho más concreta y por lo mismo más verdadera, de las relaciones contractuales. La *datio rei* es un elemento material sensible, útil para precisar el nacimiento del contrato, y no un mero arcaísmo. Ello explica la mantención de los contratos reales en los Códigos recientes, como en el italiano de 1942, y en el Código Civil del Canadá francés, en vigor desde el 1° de enero de

¹⁴⁹ En conformidad al artículo 2269 del Código Civil, el contrato de renta vitalicia, simultáneamente sería solemne (pues precisa escritura pública) y real (ya que no se perfecciona sino por la entrega del precio).

^{149 bis} Salvo la anticresis que, por recaer sobre un inmueble, pasaría a ser un contrato solemne bilateral.

¹⁵⁰ En su libro *Les Obligations. Le Contrat*. L.G.D.J., París, 1980, N° 342.

1994 (art. 2281 respecto del depósito; 2313 respecto del comodato; 2314 respecto del mutuo). En el Derecho alemán, el préstamo de consumo sigue siendo contrato real.

Al terminar estas explicaciones sobre el contrato real, dos precisiones son convenientes. La primera, a fuer de elemental acaso pueda sacar de su confusión a algún estudiante: nada tienen que ver los conceptos "contrato real" y "derecho real". La segunda concierne a una clasificación foránea, que separa los *contratos con efectos reales de los contratos con efectos personales*. Hay países, como Italia y Francia, que, apartándose de la tradición romana, omiten distinguir en sus Derechos el título traslativo del dominio del modo de adquirir llamado tradición. En ellos, entonces, es posible que se opere la adquisición de la propiedad por el solo efecto de algunos contratos. A éstos se les conoce como contratos con *efectos reales*. Así, por ejemplo, el simple consentimiento de vendedor y comprador, en esos países, aunque no se haya entregado la cosa, basta para que el comprador de una especie mueble se haga dueño de ella. En Chile no existen los contratos con efectos reales; todos los contratos exclusivamente tienen efectos personales. Para que en Chile se incorpore al patrimonio de alguien un derecho real, es siempre necesario que intervenga la tradición u otro modo de adquirir.

OTRAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS

25. CONTRATOS NOMINADOS O TÍPICOS Y CONTRATOS INNOMINADOS O ATÍPICOS

Se denomina contratos nominados o típicos a los que han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales; e innominados o atípicos a los que no lo han sido. Es más acertado, atendiendo a este criterio, simplemente clasificar los contratos en típicos y atípicos, ya que las expresiones nominados e innominados, desde un punto de vista semántico, significan con un nombre o sin él. Ahora bien, hay contratos dotados de algún nombre, consagrado por el repetido empleo, y que sin embargo son atípicos, puesto que carecen de reglamentación legal particular. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de mudanza, de hospitalización, de talaje, de cuotális o iguala,^{150 bis} de hospedaje, de opción, de colaboración empresarial (en particular el *joint venture*), de leasing ordinario,¹⁵¹ de maquila, etc.^{151 bis} Sería preferible, por lo tanto, abandonar la terminología contra-

^{150 bis} Cfr., la Memoria de Prueba, con calificación sobresaliente, de Renato Maino Schiavetti, *El Contrato de iguala*, U. de Chile, Santiago, 1939.

¹⁵¹ El leasing habitacional fue regulado en la Ley N° 19.281, de 1991, modificada por la Ley N° 19.401 (Diario Oficial del 28 de agosto de 1995), siendo por lo mismo un contrato típico, de arrendamiento de vivienda con promesa de compra.

^{151 bis} Sobre el contrato de maquila minera, cfr. caso arbitral Incomin S.A. con Enami. El 31 de marzo de 2003, la Corte Suprema rechazó las casaciones de la empresa estatal. Mis comentarios en *I Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez (2004), pp. 78 a 80 y nota 20.

tos nominados e innominados, restringiendo esta clasificación a la separación de los contratos en típicos y atípicos.

El Código Civil chileno, sin formular expresamente esta clasificación como lo hacía el Proyecto de 1853, ha tipificado numerosos contratos, como la compraventa, el arrendamiento, la hipoteca, la transacción. Lo mismo vale para el Código de Comercio, v. gr., contratos de seguro, cuenta corriente, fletamento,¹⁵² y para diversas leyes especiales: por ejemplo, la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, reglamentó el contrato de edición; la Ley N° 18.112 reglamentó el contrato de prenda sin desplazamiento sobre bienes muebles; la Ley N° 18.248 reglamentó varios contratos de la minería, como las sociedades mineras y el avío; los Decretos Leyes N°s 1.089 y 1.820 reglamentaron los contratos de operación petrolera, por los cuales un contratista se obliga a explorar y/o explotar yacimientos de hidrocarburos.

Pero es evidente que las partes interesadas pueden celebrar contratos no regulados por el legislador, que ellas moldearán en función de sus intereses en juego. La autonomía de la voluntad subsiste en suficiente medida, como para que su derivado, el principio de la libertad contractual, permita a los cocontratantes que, en conjunto, den a luz contratos no previstos ni nombrados de antemano por el legislador. La Corte Suprema muchas veces ha reconocido esta situación, que desemboca directamente en el contrato atípico,¹⁵³ y cuya única limitación es el respeto

¹⁵² Un contrato determinado, como la compraventa, la fianza, el mandato, etc., puede ser en Chile o contrato comercial o contrato civil. Para ello se atiende, preferentemente, a la calidad de las personas que lo celebran (comerciante o no) y a la enumeración de los actos mercantiles efectuada por el art. 3° del Código de Comercio, con especial referencia al N° 1, inciso 2°, de este precepto. También puede ocurrir que un contrato tenga *doble carácter*, siendo civil para una de las partes y comercial para la otra. Salvo en lo concerniente a las empresas constructoras (art. 3°, N° 20), los contratos sobre inmuebles siempre son civiles. Respecto a la calificación del contrato real de prenda, como civil o comercial y, en general sobre esta última distinción, cfr., nuestro informe precitado en nota 141.

¹⁵³ En sentencia de 28 diciembre 1921, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 21, sec. 1ª, p. 391 (reiterada en otras posteriores, v. gr., 14 enero 1947), nuestro más alto Tribunal expresó: los códigos no legislan sobre los muchos y diversos contratos a que puede dar vida jurídica el interés y las necesidades de las personas en sus múltiples relaciones de todo orden y los que se obligan por ellos no están obligados a referir sus estipulaciones a alguna clase determinada. Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor

de las exigencias comunes a todo los actos jurídicos, en especial la licitud del objeto y de la causa.

En 2003, el profesor Ismael Verdugo Bravo presentó un listado de contratos atípicos decantado de la jurisprudencia nacional y extranjera^{153 bis}

La doctrina extranjera clasifica los contratos atípicos desde varios puntos de vista.¹⁵⁴ Aquí nos limitaremos a distinguir los contratos atípicos *propriadamente tales* de los contratos atípicos *mixtos o complejos*. Los primeros son contratos inéditos, en el sentido de que en nada o casi nada corresponden a los regulados por el legislador en códigos o leyes especiales. Los segundos son una combinación de dos o más contratos reglamentados en la ley.

Son contratos atípicos propiadamente tales, por ejemplo, el contrato de tiempo compartido para el acceso a inmuebles en zonas turísticas o de recreo, los contratos informáticos y numerosos contratos bancarios,¹⁵⁵ el *franchising*,¹⁵⁶ el *know-how* y el *en-*

y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos (considerando 22, fallo de casación). En esta misma sentencia se calificó como innominado el contrato por el cual se cede a otra persona, por un precio determinado, el derecho de explotar por tiempo indefinido el carbón que existe en el fundo del cedente. Otro caso muy interesante sobre contrato atípico, fallado en Chile, es "Mandiola con Mandiola", cfr., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 7, sec. 1ª, p. 5.

^{153 bis} Ver *infra*, el trabajo citado en la nota 334 bis, pp. 80 y 81

¹⁵⁴ Cfr., por ejemplo, Jaime Santos Briz, *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, p. 85. F. Castro Lucini, *Los negocios jurídicos atípicos*. En *Revista Española de Derecho Notarial*, 2º semestre, 1974. Luis Díez-Picazo distingue entre contratos atípicos mixtos, coligados y complejos. Ver en el libro de materiales del profesor peruano Carlos Cárdenas (pp. 397 a 489), identificado más abajo en la nota 218 el trabajo de Díez-Picazo y Ponce de León, y varios otros de reciente data, sobre contratos atípicos. Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*. Parte General. Rubinzal Culzori, Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 228 y ss.

¹⁵⁵ Cfr., Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, N°s 506 y s. Al margen de los contratos informáticos, en este libro se exponen otras numerosas figuras atípicas novísimas. Cabe indicar que el derecho bancario es rico en contratos atípicos de reciente aparición. Sobre esta materia la bibliografía extranjera es abundante. Fuera de la obra clásica de Joaquín Garrigüés, *Contratos Bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, puede aquí mencionarse el libro de Hildebrando Leal Pérez, *Contratos Bancarios*, Bogotá, 1990, y la obra colectiva *Contratos*

geneering.¹⁵⁷ Son en cambio, contratos mixtos o complejos, v. gr., el contrato de hotelaría u hospedaje que, simplificando las cosas, es una mezcla de arrendamiento del goce de un recinto (habitación para el alojamiento), de arrendamiento de servicios materiales (el aseo, la alimentación) y de depósito (del equipaje). Así, el contrato de coche-cama es un contrato de transporte por ferrocarril a larga distancia, al que va unido el hospedaje en un pequeño dormitorio dispuesto especialmente en un vagón del tren. Así, el *leasing*¹⁵⁸ con frecuencia se analiza como un arrendamiento con promesa u opción de compra.

Bancarios, correspondiente a un Curso Superior de Contratación Bancaria, Ed. Civitas, Madrid, 1992. Sobre contratos bancarios, véanse también las publicaciones del profesor chileno Ricardo Sandoval López, en particular "Nuevas operaciones bancarias y financieras", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 197, enero-julio 1995, pp. 188 y s., y su libro *Derecho Comercial*, tomo IV (Operaciones Mercantiles), Editorial Jurídica de Chile, 1994, en el cual trata, entre otros, los contratos de tarjeta de crédito bancaria, el *factoring*, el *underwriting* y el *leasing*.

¹⁵⁶ Sobre contratos de distribución de bienes y de servicios, en particular respecto a la técnica del *franchising*, ver la Memoria de Prueba de Sonia Maldonado Calderón, en la cual por primera vez se expuso esta materia contractual en Chile, además relacionándola con la legislación protectora de la libre competencia: *La comercialización de productos y servicios a través del contrato de franchising*, Universidad Católica de Valparaíso, 1983. Ver también el libro de la profesora Sonia Maldonado, *Contrato de Franchising*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

¹⁵⁷ Sobre el contrato de *know-how*, cuya gigantesca aplicación en el mundo industrial en los últimos años está relegando a segundo plano a los regímenes tradicionales de patentes o propiedad industrial, menciono como bibliografía elemental el libro de J. M. Mousseron, *Le know-how*, editado en Francia, en 1972, por Cahiers de Droit de l'Entreprise. También la obra colectiva *Nouvelles Techniques Contractuelles*, Librairies Techniques, Montpeller, 1970, que corresponde a la versión escrita de las terceras jornadas de actualidades del Derecho de la empresa, celebradas en 1970, en las cuales se hizo hincapié en los contratos de *engineering*, *franchising*, *leasing* y *know-how*. Sobre estos y otros contratos comerciales de reciente desarrollo, en la bibliografía chilena destacan los trabajos del profesor Ricardo Sandoval, precitados en nota 155. Al igual que el libro del profesor Alvaro Puelma Accorsi, *Contratación Comercial Moderna*, Editorial Jurídica de Chile, 1991. Véase, además, el libro de José Luis Bravo Ortiz, *Nuevos Contratos Tecnológicos*. Ed. Cono Sur, Santiago de Chile, 1996.

¹⁵⁸ Sobre el contrato de *leasing*, la bibliografía es vasta. Para circunscribirnos a tres Memorias de Prueba chilenas, mencionaremos: Carlos Carmona Gallo, *Contrato de leasing financiero*, 1979, publicada por la Editorial Jurídica de Chile; María Angélica Olguín Dinatort, *La noción del leasing para los efectos de su divulgación en*

El contrato atípico, de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil, también es una ley para las partes, o sea tiene plena fuerza obligatoria. El contrato atípico no plantea problema particular de obligatoriedad, puesto que respecto al número de los contratos éstos son ilimitados, sin que pueda siquiera imaginarse un *numerus clausus*. El problema de los contratos atípicos es otro: ¿Cómo quedan regulados sus efectos, si las partes no previeron las dificultades sobrevenientes? Vale decir que el problema es determinar la legislación supletiva por la cual se rigen.

Todo contrato se rige por las normas establecidas por el legislador para las Obligaciones (incluidas las normas que conciernen a los actos jurídicos y a los contratos en general). Frente a las controversias específicas que engendran los contratos, dichas normas suelen ser insuficientes. Los contratos típicos se rigen además por las reglas particulares que configuran la reglamentación legislativa de cada uno de ellos. En estas reglas particulares, si nada diverso han previsto las partes, es habitual que el sentenciador encuentre la norma que, aplicada a los hechos, le permitirá dirimir la controversia.

La dificultad se presenta en los contratos atípicos, si las partes no han sido previsoras, estableciendo reglas de creación autónoma para las controversias que después acaezcan, pues la ausencia de reglamentación legal particular conduce a un limbo. No hay norma, ni legal ni contractual, que resuelva la dificultad. El criterio que se ha impuesto para superar este inconveniente es el de la asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, a fin de aplicarle al primero las reglas legales de los últimos.

Esta asimilación o encasillamiento del contrato atípico en uno o más contratos típicos es una operación que se reduce a *calificarlo*. La calificación de un contrato consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que

Chile, 1976; Ricardo Abuaud Dagach, *Principales aspectos tributarios del contrato de leasing*, UCV, 1982. Véanse, además, Antonio Ortúzar Solar, *El Contrato de Leasing*, Editorial Jurídica de Chile, 1990 y Ricardo Sandoval López, libro citado en nota 155.

configuran el contrato, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado. La calificación de los contratos es una cuestión de derecho, de manera que, a diferencia de las cuestiones de hecho, la Corte Suprema puede revisarla por la vía del recurso de casación en el fondo. Al menos como regla general, la calificación de un contrato presupone que sea interpretado, fijándose, en países como el nuestro, la intención de las partes contratantes.

La principal importancia de la calificación de un contrato reside en que por ella se determina la legislación supletoria o supletiva de la voluntad de las partes, que deberá aplicarse a todo lo no previsto por los contratantes. En el caso del contrato atípico, asimilado éste al o a los contratos típicos que más se le asemejen, en definitiva la normativa supletoria resultará de los modelos reglados *a priori* por el legislador.

Si la equidad y la analogía son los dos elementos clásicos que sirven para integrar o zanjar las lagunas del Derecho, en el estado actual de la elaboración chilena en torno al contrato atípico, tanto doctrinal como jurisprudencial, parecería que la primera es enteramente desplazada por la segunda. Las lagunas contractuales en los contratos atípicos, se dirimen recurriendo a las normas de los contratos más parecidos, es decir, por analogía.¹⁵⁹

Pero no siempre un determinado contrato atípico tendrá idéntica calificación. Es lo que acontece con las *convenciones pro téiformes* o multiformes, por ejemplo las celebradas entre un médico y su paciente. Como bien expresa el profesor Vicente Acosta Ramírez, "dada la multiplicidad de hipótesis que pueden surgir en las vinculaciones entre facultativo y paciente, cada situación examinada en relación con sí misma podrá ser un mandato, un arrendamiento de servicio, un arrendamiento de obra, o bien

¹⁵⁹ Acaso la equidad juegue también un *papel* real, aunque *oculto*, en la solución de controversias contractuales, por la vía de interpretación del contrato (una cosa es la apariencia y otra la realidad de los fallos). Sobre las relaciones entre interpretación y calificación contractuales y sobre la distinción clásica, aunque muy oscura, entre cuestiones de hecho y de derecho, cfr., nuestra Memoria de Prueba, *Interpretación y calificación de los contratos frente al recurso de casación en el fondo en materia civil*, Editorial Jurídica de Chile, 1966. También sobre estos puntos, *infra*, cuarta parte, capítulo tres.

un negocio atípico o innominado.¹⁶⁰ En igual sentido se pronunciaba el profesor don Eduardo Court Murasso.¹⁶¹

26. CONTRATOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA, DE EJECUCIÓN DIFERIDA Y DE TRACTO SUCESIVO

Contratos de ejecución instantánea o de una sola ejecución son aquellos en los cuales las obligaciones se cumplen apenas se celebra el contrato que las generó. El contrato nace y se extingue simultáneamente, quedando las partes liberadas de inmediato. El ejemplo típico es el del contrato de compraventa de cosa mueble al contado: en el mismo momento de la formación del consentimiento, el vendedor entrega la cosa vendida y el comprador paga el precio estipulado; el cambio se produce *pasando y pasando*. En estos casos, lo normal es que con el pago el contrato quede definitivamente agotado. Pero después pueden surgir problemas, recobrando vigencia la convención, como, por ejemplo, si la cosa vendida es reivindicada por un tercero que se presenta como el verdadero dueño o si la cosa padeciere de vicios ocultos o redhibitorios, ya que sólo entonces se patentiza y cobra todo su interés la obligación de saneamiento a cargo del vendedor.

Contratos de ejecución diferida son aquellos en los cuales alguna(s) obligación(es) se cumple(n) dentro de un plazo. A veces el plazo es tácito, o sea, viene impuesto por la naturaleza misma de las cosas, ya que la obligación creada por el contrato es imposible que sea pagada al instante mismo de la formación del acto jurídico. Si se celebra un contrato de construcción o un arrendamiento para la confección de una obra material, es obvio que el artífice precisa un plazo, aunque nada se diga. Con más frecuencia, el plazo, del cual depende el momento del cumplimiento, es expresamente pactado por las partes, en calidad de cláusula accidental del contrato.

¹⁶⁰ *De la Responsabilidad Civil Médica*, libro, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 101.

¹⁶¹ "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacionales", Ponencia presentada en Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Concepción, noviembre 1996.

Contratos de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva son aquellos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. La relación contractual tiene permanencia, a diferencia del contrato de ejecución instantánea, en que la relación contractual es efímera. Ejemplos de estos contratos son el arrendamiento; el contrato de trabajo; el contrato de abastecimiento o suministro; el contrato de licencia para fabricación y distribución de productos, en que el concedente o licenciante es el titular de la propiedad industrial correspondiente y el concesionario o licenciado paga periódicamente un *royalty* o regalia a la contraparte, etc. En todos estos contratos existe cumplimiento fraccionado de lo debido. La jurisprudencia ha declarado que el contrato individual de trabajo “es un contrato de tracto sucesivo, a saber, se cumple y realiza en el tiempo, en forma continuada y sucesiva, a diferencia del contrato de ejecución instantánea, en que su celebración se realiza por un solo acto, quedando perfeccionado de la misma manera”.^{161 bis}

El interés de la clasificación en análisis reside en que la nulidad civil y la resolución de los contratos de ejecución instantánea, lo mismo que en los contratos de ejecución diferida, se producen con efecto retroactivo, volviéndose a la situación en que las partes se encontraban antes de contratar. Es lo que prescriben los artículos 1687 y 1689 del Código Civil, a propósito de la nulidad; y los artículos 1490 y 1491 del mismo Código, a propósito de la resolución. En cambio, en los contratos de tracto sucesivo, como por lo general no es posible borrar los efectos que ya se produjeron (el arrendatario no puede restituir al arrendador el goce de la cosa; el empleador no puede devolver la labor desarrollada por el trabajador), se entiende que, en principio, la nulidad y la resolución o terminación¹⁶² de los contratos sólo

^{161 bis} Corte de Apelaciones de Arica, 23 de mayo de 2001. Sin modificaciones en el fallo de la Corte Suprema del 30 de julio de 2001. www.lexisnexis.cl. Número identificador 18974.

¹⁶² En los contratos de tracto sucesivo la resolución se llama *terminación*. Es así que ni el Código ni las leyes especiales sobre arrendamiento hablan de resolución de este contrato.

operan para el futuro, a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia declarativa.¹⁶³

Otras trascendencias de esta clasificación las encontramos en materias de riesgos, de teoría de la imprevisión, de resciliación y de caducidad convencional del plazo.

En el ámbito de los riesgos, nuestro Código establece que extinguida la obligación de una parte por caso fortuito, subsiste, sin embargo, la obligación correlativa. Es lo que ordenan los artículos 1550 y 1820, colocando el riesgo a cargo del acreedor. Empero, si el contrato es de tracto sucesivo, la extinción por caso fortuito o fuerza mayor de una obligación, de rebote produce la extinción de la obligación de la contraparte. Por eso el artículo 1950 dispone que la destrucción total de la cosa arrendada acarrea la expiración del contrato de arrendamiento, de modo que cesan las obligaciones de ambas partes.

En materia de imprevisión, las soluciones o remedios consistentes en la revisión judicial de los contratos en curso y en la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida se conciben por la doctrina a propósito de los contratos de tracto sucesivo. Es claro que estos remedios son inoperantes respecto de los contratos de ejecución instantánea. Queda la duda en materia de contratos de ejecución diferida.

Respecto a la resciliación o terminación de los contratos contemplada en el artículo 1567 inciso 1°, tratándose de contratos de tracto sucesivo celebrados por tiempo indefinido, excepcionalmente puede tener lugar por voluntad unilateral de uno solo de los contratantes. Es lo que se conoce como terminación por desahucio.

¹⁶³ El Código Civil chileno no dispone expresamente lo recién señalado. De allí que opinemos que la ausencia de efecto retroactivo en los casos de nulidad o de terminación es una *cuestión de especie*, que los jueces del fondo deciden caso por caso. Sólo si el contrato de tracto sucesivo específico del cual se trate impide deshacer lo hecho, podría dejarse de aplicar el artículo 1687 del Código Civil. En otras hipótesis, v. gr., en los contratos de suministro, no obstante la ejecución sucesiva que tuvo lugar, nada impediría que opere el efecto retroactivo de la nulidad y de la resolución. El 26 de octubre de 2000, la Corte Suprema dejó a firme lo fallado en las instancias en el sentido de que en los contratos de ejecución sucesiva, la resolución sólo opera para el futuro. www.lexisnexis.cl. Número identificador Lexis Nexis 17471.

Añadiremos que la caducidad convencional del plazo es otra peculiaridad de los contratos de tracto sucesivo. Al margen de la caducidad del plazo por mandato de la ley (v. gr., artículo 1496 del C. Civil), las partes pueden pactar en un contrato que el precio se pague en cierto número de cuotas mensuales, de tal manera que el incumplimiento o no cancelación oportuna, por ejemplo, de tres de ellas, hará exigible el total de la deuda, como si el plazo estuviere vencido respecto de todas las cuotas. Esta estipulación (llamada cláusula de aceleración) ha sido declarada válida por nuestros tribunales.¹⁶⁴ Es característica en el contrato de compraventa a plazo con prenda sin desplazamiento, reglamentado por la Ley N° 4.702, cuyo actual artículo 19 prescribe que no podrán estipularse periodos de pago inferiores a un mes, "ni que el acreedor adquiriera el derecho de exigir todo el precio insoluto por la falta de pago de menos de dos parcialidades".

27. CONTRATOS INDIVIDUALES Y CONTRATOS COLECTIVOS

Se denomina contrato individual aquel para cuyo nacimiento o formación es indispensable la manifestación de voluntad de todas las personas que resultan jurídicamente vinculadas. El contrato individual exclusivamente crea derechos y obligaciones para los que consintieron en él. Este contrato es el único que tuvieron en vista don Andrés Bello y el Código Civil de 1855.

Se conoce como contrato colectivo aquel que crea obligaciones para personas que no concurrieron a su celebración, que no consintieron, o que incluso disintieron, oponiéndose a la conclusión del contrato. El contrato colectivo representa, por lo tan-

¹⁶⁴ Cfr., por ejemplo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 13, sección 2ª, p. 30; y tomo 27, sección 1ª, p. 55. Sobre la caducidad convencional del plazo, ver René Abeliuk, *Las Obligaciones*, Editorial López-Viancos, Santiago, 1971, N° 473. Fernando Fuyo Laneri, *De las Obligaciones*, vol. 1, 1958, N° 125, letra c. El art. 105 de la Ley N° 18.092 admite expresamente la cláusula de aceleración en el pagaré. Existe abundante jurisprudencia reciente de la Corte Suprema sobre cláusulas de aceleración (cfr., números de los meses de febrero de la *Revista Fallos del Mes*).

to, una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, ya que, conforme a este principio, las convenciones únicamente afectan a quienes las celebran.¹⁶⁵

El contrato colectivo de trabajo ha sido, tradicionalmente, el ejemplo más característico de contratación colectiva. En nuestro país, el hoy derogado artículo 3° del Código del ramo disponía que el contrato colectivo de trabajo es la convención celebrada entre un patrón o una asociación de patrones por una parte y un sindicato o confederación de sindicatos por la otra, a fin de establecer, en una empresa o en un grupo de empresas, condiciones comunes de remuneraciones o de trabajo. Las estipulaciones del contrato colectivo no sólo se convertían en cláusulas obligatorias de los contratos *individuales* de los actuales trabajadores, sino que también afectaban a los trabajadores que, después de su celebración, se incorporaban a la empresa e ingresaban al respectivo sindicato.

Después rigieron en Chile varias normas¹⁶⁶ que significaban que las estipulaciones de los contratos colectivos sólo operaban respecto a los trabajadores que habían sido parte en la negociación, por lo cual el contrato colectivo, bajo el imperio de estas normas, dejó de ser una posible excepción al principio del efecto relativo. Hoy en cambio, nuevamente, el contrato colectivo de trabajo puede configurar una excepción al efecto relativo, si el empleador decide extender sus beneficios a otros trabajadores diversos de aquellos que lo negociaron inicialmente (artículos 346 y 348 del actual Código del Trabajo, DFL N° 1, de 1994).^{166 bis}

La ley de quiebras¹⁶⁷ contempla la figura del convenio judicial celebrado entre el deudor y sus acreedores. Acordado con

¹⁶⁵ Sobre el contrato colectivo, cfr., el trabajo del profesor Vasseur, "Un nouvel essor du concept contractuel", en la *Revista Trimestral de Derecho Civil* francesa, 1964, pp. 5 y s. Sobre el principio del efecto relativo, *infra* N° 53 y s.

¹⁶⁶ Artículos 1° y 32 del Decreto Ley N° 2.758 y artículo 1° del Decreto Ley N° 2.759, ambos del año 1979; art. 317 de la Ley N° 18.620, del año 1987.

^{166 bis} Sobre el Contrato Colectivo de Trabajo, ver el libro del profesor don Sergio Gamonal Contreras *Derecho Colectivo del Trabajo*, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2002, en especial p. 364.

¹⁶⁷ Tanto en su texto primitivo, artículos 148 y 159 de la Ley N° 4.558 del año 1920, cuanto en su texto actual, artículos 180 y 191 de la Ley N° 18.175 del año 1982.

el voto favorable de los dos tercios de los acreedores, que representen las tres cuartas partes del total del pasivo con derecho a voto, es obligatorio para todos los acreedores. Aunque no comparezcan e incluso aunque voten en contra. Este convenio es un ejemplo actualmente válido de contrato colectivo en Chile.

En conformidad a la Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria,¹⁶⁸ los acuerdos adoptados en las asambleas de copropietarios de edificios requieren del voto de un cierto número de los concurrentes, variando los quórum según los casos. En tales condiciones, serán *obligatorios para todos*.

La anterior situación de contrato colectivo, al interior de una comunidad especial, como es la que existe respecto a los bienes comunes entre los copropietarios de los pisos y departamentos en que se divide un edificio, puede presentarse, en general, respecto a cualesquiera comunidades, en relación con la adopción de acuerdos para la administración de los bienes poseídos proindiviso. Actualmente en la administración de comunidades proindiviso. Actualmente en la administración de comunidades no se precisa la unanimidad de pareceres, de manera que la mayoría podría imponer obligaciones contractuales a los indivisarios de minoría.¹⁶⁹

28. CONTRATOS LIBREMENTE DISCUTIDOS Y CONTRATOS POR ADHESIÓN

El contrato libremente discutido corresponde, como lo indica su nombre, a aquel en que las partes han deliberado en cuanto a su contenido, examinando y ventilando atentamente las cláusulas del contrato. Este es el resultado de la composición o ajuste

¹⁶⁸ Esta ley sobre condominios de inmuebles, se relaciona con la Ley General de Urbanismo y Construcciones, DFL que se contiene en el Decreto Supremo N° 458, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial del 13 de abril de 1976, después modificada muchas veces.

¹⁶⁹ La precisa circunstancia de que la comunidad no sea una persona jurídica, diversa a los comuneros o indivisarios, permite aseverar la posibilidad de que los acuerdos de la mayoría comporten un contrato colectivo que genere obligaciones también para la minoría. No ocurre lo mismo con los acuerdos de mayoría adoptados en las sociedades y en los órganos administrativos de las demás personas jurídicas, pues en estos casos hay una sola voluntad jurídicamente manifestada.

de intereses contrapuestos, que se produce durante las negociaciones preliminares o fase precontractual.¹⁷⁰ Las partes discuten en un relativo plano de igualdad y libertad, encontrándose su autonomía limitada exclusivamente por el necesario respeto al orden público y a las buenas costumbres.

El estudio de la etapa de las negociaciones entre las partes, típica del contrato libremente discutido, podría resultar harto enriquecido mediante la consideración de los fundamentos de lo que los cientistas sociales denominan *la teoría de los juegos*. Esta teoría consiste en "el estudio formal de las expectativas que los partícipes pueden tener acerca de las preferencias de cada cual... Es abstracta y deductiva y no un estudio empírico, acerca de cómo la gente toma decisiones y las condiciones que éstas deben reunir para poder ser consideradas racionales, sólidas y no contradictorias".¹⁷¹ "La esencia del *juego* consiste en implicar sujetos que deben tomar decisiones con finalidades y objetivos cuyo destino está entrelazado. Dichos sujetos tienen algún control de la situación, pero sólo parcial. Cada uno se enfrenta a un problema de optimización de propósitos cruzados. Sus planes deben ajustarse no sólo a sus propios deseos y habilidades, sino que también a los de los otros sujetos implicados".¹⁷²

Al nivel de su formación, el contrato no se confunde con la yuxtaposición de las voluntades de las partes. Ni siquiera la voluntad aparece como el único elemento generador del acuerdo. Eso resulta demasiado simple. Cada interesado en la conclusión del contrato despliega la *estrategia* que le parece más conveniente a la consecución de las finalidades que él se propone. Las respectivas estrategias podrían descomponerse, *a posteriori*, en numerosas *manobras* que se van ideando sobre la marcha, consciente o inconscientemente, en respuesta a las actuaciones y también a las actitudes de la parte contraria. No existe, por lo mismo, una buena o una óptima estrategia contractual personal. Aisladamente, el plan de un contratante vale poco. Todo dependerá de los planteamientos de la contraparte. Las recepciones mundanas y las co-

¹⁷⁰ Los tratos preliminares y la formación del contrato suelen engendrar responsabilidad civil para quien causa daños. Cfr., sobre el particular, la Memoria de Prueba del profesor Hugo Rosende Álvarez, *Responsabilidad precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1971; Manuel Risueño, *De las obligaciones precontractuales*, Memoria, 1933; Joanna Schmidt, "La sanción de la faute precontractuelle", en *Revista Trimestral de Derecho Civil* francesa, 1974, pp. 46 y s.; Francisco Javier Saavedra Galleguillos, *Teoría del Consentimiento*, Ed. Cono Sur, 1994, pp. 267 y s.; Isabel Zuloaga Ríos, *Teoría de la Responsabilidad Precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos*. Memoria de Prueba, Universidad Adolfo Ibáñez, 2005.

¹⁷¹ T. C. Shelling, *What is game theory?*, en *Contemporary Political Analysis*, James Charlesworth, editor, USA, 1967, p. 213.

¹⁷² Shubik, Martin, *The uses of game theory*, en *Contemporary Political Analysis*, James Charlesworth, editor, USA, 1967, p. 240.

midas de negocios suelen proporcionar el ambiente para "los juegos" de los contratantes. Durante las mismas, cada interesado mueve sus piezas del modo que le parece más racional (aunque, a veces, diste de serlo). La gracia, como en el ajedrez, es ser capaz de predecir, lo más lejos posible, las movidas que prepara el contendidor, adecuando, entonces, al plan del adversario, la estrategia personal. Sin embargo, aun las situaciones más sencillas no pueden ser, desde este punto de vista, catalogadas exhaustivamente. "Por esta razón, la teoría de los juegos es, más que una teoría, más que un conjunto de teorías y soluciones, un marco para el análisis".¹⁷³ Si a través de refinadas disquisiciones, incluso de carácter matemático, los científicos que profesan otras disciplinas han procurado racionalizar los procesos de toma de decisiones en los más variados campos, ¿por qué semejante intento no sería posible respecto a la formación del contrato?¹⁷⁴ Al menos el jurista tiene hoy que convenir, con Lévi-Strauss, que "el juego de los intercambios consiste en un conjunto complejo de maniobras conscientes o inconscientes para ganar seguridades y precaver riesgos en el doble terreno de las alianzas y de las rivalidades".¹⁷⁵

El contrato de adhesión o por adhesión es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷

¹⁷³ T. C. Shelling, ob. cit. en nota 171, p. 220.
¹⁷⁴ Véase Costantino, Michel, "Régole di gioco e tutela del più débole nell'approvazione del programma contrattuale", en *Rivista di Diritto Civile*, Anno XVII, 1972, pp. 68 y ss., como un esfuerzo reciente de explicación realista del contrato, a la luz de la teoría de los juegos. El autor señala, por ejemplo, que tratándose de contratos estandarizados, el proponente dicta las condiciones de la contratación de tal modo que puede contar con la seguridad de su empleo masivo. Existen al efecto, técnicas de publicidad que llegan incluso, a veces, a crear el reflejo condicionado del contrato pertinente al consumo (*impulsive sale*).

¹⁷⁵ *Les structures élémentaires de la parenté*, p. 69. Citado por Terré, quien añade que la teoría de los juegos "parece excluir el rol de la voluntad en el sentido que los juristas lo entienden. Puede incluso llegarse a sostener que el rol de la voluntad varía en proporción inversa al del conocimiento". Agregado que no me convence. Las perspectivas que abre la teoría de los juegos bien podrían ser independientes del papel de la voluntad en la generación del contrato. Terré, François, "Sur la sociologie juridique du contrat", en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo XIII, 1968, pp. 83 y 84.

¹⁷⁶ El primer jurista que llamó la atención respecto al fenómeno de la adhesión fue Raymond Saleilles, en su obra *De la déclaration de volonté*, París, 1901, N° 89, p. 229. Cabe destacar estas frases vigorosas del autor galo: "Hay unos pretendidos contratos que no tienen de contrato más que el nombre, y cuya construcción jurídica está por efectuarse; para los cuales, en cualquier caso, las reglas de interpretación individual deberían experimentar, ciertamente, importantes modificaciones; trátase de aquello que podría llamarse, a falta de algo mejor, los *contratos de adhesión*, en los cuales hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino

A pesar del escepticismo de algunos autores, que junto con reconocer que la expresión "contrato de adhesión" ha hecho fortuna, añaden que no tiene ningún sentido preciso,¹⁷⁸ parece posible destacar ciertas características que serían comunes a muchos de estos contratos. Normalmente la doctrina reconoce la existencia de un contrato de adhesión allí donde la oferta presenta los siguientes signos distintivos: 1. *Generalidad*. La oferta está destinada a toda una colectividad de contratantes eventuales. 2. *Permanencia*. La oferta permanece en vigor mientras no es modificada por su autor. 3. *Minuciosidad*. La oferta es detallada; todos los aspectos de la convención, aun los más hipotéticos, son reglamentados por ella.

Si los tres signos mencionados se hallan en numerosos contratos de adhesión, como el transporte (especialmente aéreo y marítimo), el seguro, en algunas operaciones bancarias, en los contratos de salud con Isapres, en los contratos de abastecimiento de agua potable, electricidad, gas, televisión por cable, etc., casos todos en los cuales existen condiciones generales de la contratación o estandarización contractual,¹⁷⁹ no es menos cierto que también el fenómeno de la adhesión puede presentarse con ocasión de una *convención única entre dos personas*. En tal caso, la política u oferta no tendrá las características ni de la generalidad ni de la permanencia y probablemente tampoco de la minuciosidad.

que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apostándose de este compromiso ya creado sobre el mismo".

¹⁷⁷ Entre los estudios recientes consagrados a la adhesión, es indispensable destacar el libro de Georges Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1ª edición, 1973, 2ª edición, 1976, el cual proporciona una completísima bibliografía del tema, en especial en inglés (el autor es Doctor de la Universidad de California), alemán y francés. En Chile destaca la aportación del profesor Inigo de la Maza Gazmuri en su trabajo "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas", en el N° 1-2003 de la *Revista Chilena de Derecho Privado* (pp. 109 al 147).

¹⁷⁸ Por ejemplo, Ripert y Boulanger, *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Pénier*, tomo 2, París, 1957, N° 53. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 4ª edición, 1949, N° 55.

¹⁷⁹ Véase *infra* N° 34: Contratos tipo. Condiciones generales de la contratación. Estandarización contractual. Contratos en masa. Protección al consumidor.

En nuestra opinión, el rasgo decisivo de la adhesión se encuentra en otro factor: en el *desequilibrio del poder negociador de los contratantes*. El autor de la policitación, por su superioridad (normalmente económica) respecto al destinatario, está en situación de imponer sus condiciones contractuales. De modo que el contrato por adhesión es obra exclusiva del oferente, quien “dicta” el texto de la convención. El destinatario, siendo el más débil, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla. Por lo demás, generalmente, no es posible que el destinatario evite los inconvenientes que implican para él este tipo de fastidiosas ofertas, rehusando simplemente la contratación: lo normal es que carezca de alternativa. El asegurado no puede prescindir del seguro, máxime si este contrato fuese obligatorio o representase el único balance frente a un régimen objetivo de responsabilidad fundado en el riesgo; tampoco el común de los mortales puede abstenerse del transporte o de otros servicios indispensables al desenvolvimiento de la vida moderna.

Conociendo de un recurso de protección, la Corte de Concepción resolvió el 11 de octubre de 2002: “7° Que los contratos de seguro en términos generales son contratos de adhesión, ya que las compañías aseguradoras celebran el contrato por medio de pólizas impresas, en las cuales hay una parte fundamental, que son *las condiciones generales*, que no admiten más modificaciones o derogaciones que las que están allí previstas...” (Confirmado por la Corte Suprema el 21 de enero de 2003). Empero, el 30 de abril de 2001 la Corte de Arica precisó que *las condiciones generales* no son obligatorias, acorde al art. 1545 del C. Civil, a falta de acuerdo de voluntades recaído en ellas. El recurso de casación en el fondo se declaró sin lugar el 18 de abril de 2002.^{179 bis}

A nivel de los contratos que no se celebran masivamente es igualmente fácil individualizar ejemplos de contratos por adhesión, v. gr., ahora que la legislación chilena especial sobre arrendamientos urbanos ha perdido su carácter protector de los locatarios, es posible que en ciudades en las cuales exista escasez de viviendas, la persona que allí llegue por un tiempo a bajar tenga que pagar una renta desmesurada por la casa que

^{179 bis} www.lexisnexis.cl. Números identificadores 31020 y 24329.

logre ubicar y se vea, en el hecho, forzada a aceptar todas las exigencias del dueño del inmueble. O bien, en el mundo empresarial, convenciones en las cuales no existe dirigismo imperativo alguno y a las cuales tampoco se aplica la ley sobre derechos de los consumidores, como es el caso de los contratos de licencia, de franquicia y de *know-how*, en la práctica, para obtener la información especializada o el apoyo y adiestramiento técnico indispensables a fin de introducir las novedades tecnológicas o industriales en el diseño, presentación o desempeño de un determinado producto, puede ser indispensable pagar comisiones o *royalties* desproporcionados. La adhesión, entonces, es conceptualmente independiente de la contratación masiva, lo que no impide que a menudo vayan aparejadas. No debe, por lo tanto, predicarse del contrato por adhesión que siempre se caracterice por la generalidad, minuciosidad y relativa permanencia de una oferta dirigida al público en general.

En la Ley N° 19.496, del año 1997, sobre derechos de los consumidores, se define de un modo particular el contrato de adhesión (art. 1° N° 6), pero sólo para los efectos de tal ley, a la cual nos referiremos en el N° 34.2.^{179 ter}

29. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADHESIÓN.¹⁸⁰ REGLAS ESPECIALES PARA INTERPRETAR EL CONTRATO DE ADHESIÓN

Dos doctrinas han sido básicamente formuladas a propósito de la naturaleza jurídica de la adhesión: la tesis anticontractual y la tesis contractual.

^{179 ter} Cfr. Sonia Maldonado Calderón: “Particularidades de los contratos de adhesión en la Ley N° 19.496”. En *Revista de Derecho*, UCV, N° 19, pp. 167 y ss., y el libro de Mauricio Tapia Rodríguez y José Miguel Valdivia Olivares: *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

¹⁸⁰ La discusión sobre la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión tuvo lugar al comienzo de este siglo. Ella está hoy superada en gran medida, considerando, claro está, su interés académico. Esto ha sucedido, pues la intervención del legislador, mediante la reglamentación de los contratos por adhesión más característicos, se ha convertido en un buen remedio para el problema de la adhesión. Véase *infra*, N° 30, sobre contrato dirigido y otras soluciones a los inconvenientes de la adhesión.

La tesis anticontractual fue sostenida por Saleilles,¹⁸¹ para quien los contratos de adhesión "no tienen de contrato sino el nombre". Eminentemente publicistas, como Duguit y Hauriou, se han pronunciado por ella.

Se parte del análisis del consentimiento en los contratos. El consentimiento supone un debate entre las partes, una discusión, a veces áspera, al término de la cual surge el acuerdo. La voluntad común de los contratantes no puede concebirse sin un cambio previo de opiniones, que implica, de suyo, la igualdad de situación de aquellos que participan en él. Sin embargo, en los contratos por adhesión nada de esto existe: no hay ni discusión ni igualdad entre las partes. Los efectos del acto son fijados por la exclusiva voluntad del oferente. El consentimiento del aceptante, si no inexistente, limitase a los elementos esenciales del contrato.

Ahora bien, si la exclusiva voluntad del oferente es la ley del acto jurídico, ¿qué hay en éste de contractual? "El pretendido contrato por adhesión es en verdad un acto unilateral; sólo que produce efectos en favor o en detrimento de aquellos que adherirán a él. Esta adhesión, por lo demás, está bien lejos de cambiar su naturaleza, transformándolo en un acto bilateral..."¹⁸² El transporte, el seguro, los contratos bancarios, son ejemplos en los que no se ve, por un lado, más que particulares, en general poco competentes en los negocios y provistos ordinariamente de un potencial económico débil, y, por el otro lado, empresas poderosas o el Estado mismo, quienes, aprovechando su posición predominante, imponen a los primeros sus condiciones. "Cómo creer que un asegurado acepta consciente y libremente todo el contenido de la póliza de seguro, estas largas páginas impresas en caracteres minúsculos y de un estilo difícil de comprender, estas obligaciones impuestas en tan gran número que es casi imposible respetarlas completamente, y todas estas cláusulas de caducidad que ponen sin cesar al asegurado a la dis-

¹⁸¹ Ob. cit. en nota 176, N^{os} 89 a 91.

¹⁸² Georges Dureau, "De la nature juridique des contrats d'adhésion", artículo en *Revista Trimestral de Derecho Civil* francesa, 1910, p. 512. Este trabajo, traducido al castellano, se publicó en Chile en el tomo 7 de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, pp. 165 y s.

creción de la otra parte... El verdadero seguro está basado en la estadística, en la ley de los grandes números; debe, por lo tanto, prescindir de las voluntades individuales y ser un acto unilateral del asegurador o no ser nada".¹⁸³

En esta perspectiva, los contratos de adhesión son actos jurídicos unilaterales de naturaleza reglamentaria, emparentados con los reglamentos emanados del Poder Ejecutivo. Pero aun que estos actos por adhesión provienen de grupos privados, son, en principio, obligatorios.

La finalidad perseguida por esta teoría consiste en atribuir al juez un poder de apreciación más amplio que aquel del que goza a propósito de los contratos libremente discutidos. Así, tratándose de estos últimos, el juez no puede no respetarlos, pues el artículo 1545 del Código Civil, al consagrar el principio de su fuerza obligatoria, le prohíbe toda otra actitud. En cambio, en lo que atañe a los actos por adhesión, el juez podría rehusar la aplicación de cláusulas abusivas dictadas por el autor del "reglamento" y que fuesen, por ejemplo, francamente contrarias a la equidad, cual ocurriría con las cláusulas de irresponsabilidad insertas en un contrato de transporte. De este modo, el contrato por adhesión no sería estrictamente obligatorio para el juez.

La mayor parte de la doctrina no ha admitido que los actos por adhesión tengan una naturaleza jurídica diversa de la de los contratos libremente discutidos. Como la voluntad del aceptante es indispensable para la conclusión del acto jurídico, resulta que sus efectos no son determinados exclusivamente por el oferente. La adhesión, en verdad, es un modo especial de aceptación, pero que reposa, aun así, sobre la voluntad del agente, sobre la voluntad del aceptante. Si la voluntad de ambas partes es necesaria para la formación del contrato, es falsa la tesis que ve en la adhesión un acto unilateral. Ripert, quizás el más encarnizado adversario de la doctrina anticontractual, decía: "Poco importa que la voluntad esté sujeta si ella es consciente y libre. Sin duda los concesionarios privilegiados, transportadores, aseguradores, patronos, todos aquellos que gozan de un monopolio de derecho o de hecho, fijan anticipadamente y de modo

¹⁸³ Georges Dureau, ob. cit. en nota anterior, pp. 518 y 519.

rígido su inmutable voluntad. Pero, *jurídicamente*, los usuarios, viajeros, cargadores, asegurados, obreros, dan un consentimiento que tiene un valor igual. Para la formación del contrato, la ley exige dos consentimientos; ella no mide en el dinamómetro la fuerza de las voluntades".¹⁸⁴ Cuando la teoría del acto unilateral reduce a la nada el rol de la voluntad del aceptante, cometería, pues, un error; apartándose de la realidad de las cosas.

Empero, nadie podrá negar que, efectivamente, las voluntades de las partes no participan en las mismas condiciones al concluir el contrato de adhesión. Si tales voluntades tienen un peso diferente, no se divisa la razón para sostener que *jurídicamente* su valor es igual. De manera que es preciso buscar en otra parte los motivos del fracaso de la doctrina de Saleilles.¹⁸⁵ Al parecer, éstos consistirían en la excesiva extensión o vaguedad de la idea de contrato de adhesión.

Si hubiese acuerdo en comprobar la existencia de un contrato de adhesión toda vez que la oferta fuese general, dirigida a la colectividad y no a un individuo determinado, entonces no sólo los contratos de adhesión corrientes, sino que también otros contratos, bastante numerosos, deberían ser excluidos del régimen de derecho común. Así, las compras en los grandes almacenes comerciales y en general en todos los establecimientos de comercio donde no se admite el regateo. Así, igualmente, los contratos que se forman *intuitus rei*, pues son propuestos, sin considerar la persona del destinatario de la oferta, a todos aquellos que podrían estar de acuerdo en aceptar las condiciones del solicitante. Es evidente, en suma, que si una modificación del derecho positivo puede convenir respecto a los contratos por adhesión, no podría aplicarse indiscriminadamente, sin embargo, a todo tipo de convenciones. Haría falta deslindar cuestiones de importancia. Esto no se ha conseguido.

Por otra parte, si se repara en la desigualdad del poder negociador que corrientemente caracteriza a los contratos por

¹⁸⁴ Última obra citada en nota 178, p. 143.

¹⁸⁵ Si bien Saleilles fracasó en su planteamiento de dejar el fenómeno de la adhesión fuera del ámbito de los contratos, contribuyó decididamente a la toma de conciencia de la frecuencia de los abusos del fuerte sobre el débil. A fines del siglo XX, los débiles ha encontrado protección, en particular en su calidad de *consumidores* (véase *infra* N° 30 y N° 34).

adhesión, se advierte que esta circunstancia se encuentra, con mayor o menor amplitud, en todos los contratos. Salle de la Marrière parece tener razón cuando afirma: "La definición de una institución jurídica necesita el concurso de elementos extremadamente precisos y estables; ahora bien, la única particularidad del contrato de adhesión que puede justificar una definición, es la preponderancia de uno de los contratantes sobre el otro; pero si tal definición puede bastar en el terreno económico, resulta insuficiente en el terreno jurídico, en razón de su imprecisión cuantitativa y en razón de que es antes que nada un accidente económico".¹⁸⁶

En los análisis del contrato de adhesión casi siempre se apunta a la fase de la formación del consentimiento. Pero sería también útil considerar la fase del cumplimiento del contrato, pues acontece, con cierta frecuencia, que entonces la parte económicamente más débil se cobra la revancha. Ilustrativo, especialmente desde una perspectiva de sociología jurídica, sería relacionar la huelga con el contrato de trabajo, y los comportamientos de los locatarios a quienes se les impusieron las cláusulas de los contratos, cuando se trata de hacer dejación de los inmuebles arrendados.

En el caso de los seguros, por otro lado, la práctica demostraría que pocas veces las compañías se aprovechan de la letra chica de las pólizas, y que los productores o agentes de seguros protegen no tanto los intereses de los aseguradores, como los de sus clientes, es decir, los de los asegurados, sirviendo de este modo como un motor de un justo equilibrio entre las empresas y los consumidores.¹⁸⁷

Hasta hoy, sólo excepcionalmente la jurisprudencia chilena ha admitido la *autonomía del contrato de adhesión*, declarando consecuencias jurídicas particulares para él. Es así, por ejemplo, que en un fallo inédito de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, pronunciado el 7 de diciembre de 1972 en la causa "Seguros Lloyd de Chile con Naviera P.S.N.C.", y redactado por el abogado integrante don Mario Contreras, se afirma que: "6° ... la imposición que hace un contratante a otro, cuando éste no tiene alternativa alguna para rechazar esa imposición, como no sea privarse de algo que le es necesario, constituye una negación de la libertad contractual y, por lo tanto, ha dejado de generarse la

¹⁸⁶ *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, tesis, París, 1930, N° 16, p. 58.

¹⁸⁷ Cfr. Jean Carbonnier, ob. cit. en nota 16, pp. 207 y 208.

norma convencional por voluntad de las partes y ha pasado a ser unilateral, cuya validez puede ser discutida y objetada. Ello nos lleva a concluir que no es justo negar ni aceptar en forma genérica las cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad del naviero, sino que debe ser juzgada cada una por separado y después de examinar si ha existido o no libertad de las partes para establecerlas y si realmente ha quedado sometido a su arbitrio acordarlas, o ello ha sido impuesto por uno de los contratantes, en cuyo caso se ha desvirtuado la esencia del contrato que se pretendía celebrar. Confirma este criterio el artículo 229 del Código de Comercio en lo que dice relación con el transporte terrestre..." Consecuente con este criterio, la Corte rechaza la excepción del demandado de no ser responsable de la pérdida de la mercadería (excepción fundada en que en el conocimiento de embarque aparece que el naviero no responde del contenido de los cajones cuyo transporte le fue encomendado).

El mismo fallo, sin embargo, admite que, en Chile, prima la idea de que los contratos de adhesión son plenamente válidos y constituyen, al igual que los contratos de libre discusión, una ley para las partes.¹⁸⁸

Muy interesante es, con respecto a dicha autonomía, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 2 de abril de 1992, confirmada en sede de protección por la Excma. Corte Suprema, en especial el voto disidente del Ministro Sr. Milton Juica.¹⁸⁹

¹⁸⁸ A este último respecto, el fallo de la Corte de Valparaíso cita la sentencia de la Corte Suprema, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 27, 2ª parte, sec. 1ª, p. 724, la cual aceptó la plena validez de las cláusulas eximentes y limitantes de la responsabilidad en el contrato de fletamento.

La doctrina contenida en el fallo del 7-12-1972 ha sido vivamente criticada por Mario Alegría A. (en especial en los capítulos IV y V de su interesante opúsculo: *¿Nuevas Leyes o Nueva Interpretación?*, Asociación Nacional de Armadores, Valparaíso, 1985), quien sostiene que el transporte de mercaderías bajo conocimiento de embarque no es contrato de adhesión, pues las cláusulas no son impuestas por una parte a la otra, sino que están preestablecidas para todos por las costumbres mercantiles. En relación con este enfoque y el análisis de la venta CIF como un conjunto de contratos vinculados en que no habría adhesión, es también pertinente la sentencia de 15-7-1985, pronunciada por la Corte de Valparaíso en la causa "Cía. de Seguros Ina Kappes con Cía. Sudamericana de Vapores".

¹⁸⁹ Cfr. *Revista Fallos del Mes*, N° 402, p. 213.

Existen, por otro lado, reglas de interpretación contractual que son propias de los contratos por adhesión.¹⁹⁰ Son las reglas de la interpretación contra el redactor, y de la preferencia de la cláusula de la manuscrita sobre la cláusula impresa.

La facultad de redactar el contrato representa una ventaja considerable para el oferente, ya que puede elegir las cláusulas de la convención a su voluntad. Ahora bien, si en la interpretación del contrato no debe tenerse en cuenta, directamente, el mayor poder del oferente, en cambio, su participación preponderante en el establecimiento del texto contractual debe ser considerada por lo que cabe llamar *el riesgo de la redacción*. Como el peticitante ha dispuesto no sólo de la iniciativa contractual, sino que también de la facultad de forjar el tenor mismo de la convención, resulta lógico y equitativo hacerlo responsable por la obscuridad o ambigüedad de la convención.

El privilegio de la redacción es tanto más significativo cuanto, además de la posibilidad de dictar el texto contractual, el oferente dispone, a menudo, de un personal calificado a su servicio,

¹⁹⁰ No han faltado los intentos de establecer un sistema de interpretación particular para los contratos de adhesión. En éstos, el intérprete no debería buscar la común intención de las partes, pues ella no ha existido sino para una o dos cláusulas esenciales. No debería tampoco partir de la base de que el adherente, por su aceptación, ha admitido todo el contenido de la oferta, cualquiera que sea, ya que si así fuera se confiaría a los peticitantes un poder que los conduciría, con frecuencia, a los peores excesos. Por último, la solución no parece tampoco encontrarse en la concesión al juez de una gran libertad de interpretación que podría conducir a la anarquía jurídica: sería temible que ciertos intérpretes dieran sistemáticamente la razón a los adherentes. ¿Cómo superar el obstáculo? *Distintiendo en los contratos de adhesión entre cláusulas principales y cláusulas accesorias*. De reus dice al respecto: "Generalmente ambas partes aceptan a sabiendas y libremente las cláusulas esenciales. En cuanto a las otras, el adherente conoce o comprende mal su tenor; y el alcance que ellas puedan tener si se las toma a la letra..." Por ende, las cláusulas accesorias no deben producir efecto jurídico contra el adherente, salvo si tienen por resultado precisar o completar las cláusulas esenciales, pero no si llegan a metamorfosear subrepticamente la esencia del contrato. No han sido aceptadas por el adherente sino con esta restricción tácita. Admitir que una estipulación presentada al público como accesorias pueda, en amplia medida, transformar en ilusorio el acto concluido, importaría violar, a la vez, una verdadera condición tácita del contrato y el principio del respeto a la buena fe" (ob. cit. en nota 182, p. 527). Esta doctrina no ha tenido éxito, lo que se ha debido, especialmente, a las dificultades que presenta la distinción en los contratos entre cláusulas esenciales y cláusulas accesorias e incluso a la arbitrariedad que tal distinción puede entrañar.

personal que debería permitirle proponer al cocontratante fórmulas desprovistas de obscuridad. Por tanto, si la fórmula no es clara y precisa, "nos encontramos frente a un contratante cuya buena fe está sujeta a duda y, por otra parte, frente a un aceptante que sólo ha podido entender la cláusula ambigua en el sentido que le resulta más favorable; si el punto litigioso está reglado por los usos comerciales, es a ellos a los que será necesario referirse, pero, en su defecto, es justo hacer soportar al oferente los efectos de su mala fe o de su falta de cuidado".¹⁹¹

El artículo 1566 inciso 2° del Código Civil establece la regla de la interpretación del contrato de adhesión contra el redactor: "Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".¹⁹² Varias veces los tribunales nacionales han hecho aplicación de esta regla,¹⁹³ que Andrés Bello incluyó en el Código chileno a pesar que no figuraba ni figura hoy en el Código Civil francés de 1804, ni en los tópicos interpretativos formulados por Domat y Pothier.

Cuando todavía en el mundo no se conocía siquiera la expresión contrato de adhesión, el Código de Bello consagró la mejor de las reglas de hermenéutica para combatirlo: la convención dictada o redactada por la parte que tiene la sartén por el mango, se interpretará contra ella. Es cierto que la sola norma del artículo 1566-2 no pone fin a todos los inconvenientes de los contratos por adhesión, ya que por un lado los conflictos no siempre se dirimen en sede de interpretación, y, por el otro, tratase de una regla de última alternativa, sólo aplicable si no se logra dilucidar el problema mediante las demás reglas de interpretación. Con todo, suministra indudablemente a los senten-

¹⁹¹ Salle de la Marnière, ob. cit. en nota 186, N° 60.

¹⁹² Esta regla se halla en la actualidad en numerosos Códigos, v. gr., en el Código Civil italiano, art. 1370; también en el art. 1401 del Código Civil peruano, promulgado en 1984. Pero cuando Andrés Bello la incluyó en nuestro Código era ciertamente una novedad.

¹⁹³ Cfr. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil, tomo IV, 2ª edición, art. 1566, N° 2 y N° 3.

ciadores una poderosa herramienta para atenuar los abusos de la adhesión contractual.

Respecto a la regla de la preferencia de la cláusula manuscrita sobre la cláusula prerredactada (generalmente impresa), aunque no se encuentra directamente establecida en el Código Civil, ella resulta o se deriva del artículo 1560.¹⁹⁴

Lo más frecuente es que el contrato de adhesión se perfeccione por la aceptación de una fórmula cliché, previamente redactada, en la que se encuentran todas las cláusulas que el oferente ha querido introducir. Puede ocurrir, sin embargo, que al momento de la conclusión de la convención los contratantes introduzcan una nueva cláusula que modifique o que incluso derogue alguna de las disposiciones previamente redactadas. Si no tienen el cuidado de suprimir de la fórmula cliché, por lo general impresa, la cláusula que es contradicha por la nueva estipulación, habitualmente manuscrita, surgirá un conflicto, una oposición entre la cláusula impresa y la cláusula manuscrita.

Tratándose de un contrato ordinario, de libre discusión, el intérprete debe procurar conciliar las disposiciones contradictorias de la convención.¹⁹⁵ Tratándose de un contrato por adhesión, la solución es, en cambio, diversa. Como el principio del respeto de la voluntad común es en Chile la viga maestra de la función interpretativa, resulta natural dar preferencia a la cláusula manuscrita por sobre la cláusula redactada previamente e impresa en el formulario; aquélla debe considerarse la genuina expresión de la voluntad común, ya que se introduce en el texto contractual en el momento mismo de su conclusión y generalmente de puño y letra de las partes; la cláusula manuscrita deroga, pues, a la cláusula establecida anticipadamente en el texto cliché. Este resultado se explica, sobre todo, porque la situación concreta tiene que quedar mejor reglamentada por una

¹⁹⁴ El artículo 17-2 de la Ley N° 19.496, de 1997, sobre derechos de los consumidores, prescribe: En los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

¹⁹⁵ Así resulta del artículo 1564-1 del Código Civil, que regula la regla de interpretación denominada *de la armonía de las cláusulas contractuales*, y que en materia de interpretación de la ley tiene su equivalente en el artículo 22-1 del Código.

cláusula discutida que por una cláusula abstracta, forjada a priori, en el aire.¹⁹⁶

30. SOLUCIONES A LOS INCONVENIENTES DE LA ADHESIÓN

El problema del contrato por adhesión consiste en que el contratante más poderoso a veces impone cláusulas abusivas al adherente. El fuerte explota al débil, a través de la dictación del texto del contrato en su exclusivo beneficio.

Diversos mecanismos, soluciones o remedios jurídicos han ido apareciendo durante el presente siglo, los que, en determinados ámbitos, han eliminado o morigerado los excesos de los contratos por adhesión.

a) En los casos marcados de abusos de los oferentes, v. gr., en los contratos individuales de trabajo, en los arrendamientos, en los contratos de edición, el legislador ha intervenido regulando *imperativamente* las cláusulas más relevantes de estos contratos, cautelando así los intereses de los débiles. En los ejemplos, protegiendo a los asalariados, a los arrendatarios y a los escriptores. La intervención del legislador es tanto más fructífera cuanto en lugar de reprimir, en ciertos casos y *a posteriori*, los abusos de quien dicta la convención —como ocurre con cualquier solución jurisprudencial— permite anticiparse a la adhesión, evitándola de manera general respecto a todos los casos de conclusión de la especie de contrato que el legislador reglamenta. Esta intervención del legislador, que ha dado a luz el llamado *contrato dirigido*, era indispensable.

El *contrato dirigido* no siempre, sin embargo, es fruto exclusivo de consideraciones de orden público social, o sea, del deseo de brindar protección legal a los más débiles. En otras ocasiones, ya no como una solución a los abusos de la adhesión, el contrato dirigido responde al propósito del legislador de manipular

¹⁹⁶ La regla de la preferencia de la cláusula manuscrita sobre la cláusula preestablecida en el formulario del contrato por adhesión figura en el art. 1400 del Código peruano del año 1984.

los intercambios de bienes y de servicios, es decir, que viene determinado por consideraciones de orden público económico o de dirección. O bien, el contrato dirigido responde a razones mixtas. ¿Sería ésta la situación de la legislación chilena sobre operaciones de crédito de dinero?¹⁹⁷ En unos y en otros casos, el contrato dirigido implica una ruptura del principio de la libertad contractual, el cual será objeto de ulterior estudio.¹⁹⁸

En las situaciones subsanadas por el legislador por medio de la transformación de los contratos de adhesión en contratos dirigidos o reglamentados imperativamente, la contratación deja de ser la imposición de la voluntad de una de las partes. Tanto el oferente como el aceptante, en el contrato dirigido, consienten en vincularse por un marco legal preestablecido. De esta manera, los contratos de adhesión más característicos han sido sometidos a un estatuto de orden público que, previendo la protección del contratante más débil, atribuye carácter obligatorio a ciertas cláusulas, o prohíbe otras. Como lo ha dicho el profesor Flour, la imposibilidad de discutir el texto contractual subsiste, pero no tiene en absoluto el mismo sentido. "*Una de las partes ya no adhiere a un estatuto impuesto en el hecho por la otra, en su exclusivo interés. Ambas partes adhieren a un estatuto impuesto en derecho por la autoridad pública, guardiana del interés general y conciliadora de los intereses particulares.*"¹⁹⁹

El fenómeno de la adhesión, que subyugaba en ciertos casos violentamente a los trabajadores, y, en general, a los particulares carentes de poder negociador, ha quedado así reducido

¹⁹⁷ Nos referimos al Decreto Ley N° 455, de 1974, y a la Ley N° 18.010, de 1981, que lo sustituyó. La Ley N° 18.010 reglamenta imperativamente las operaciones de crédito de dinero, por ejemplo, limitando el interés convencional máximo, el que sólo podrá pactarse en dinero; exigiendo que consten por escrito las estipulaciones concernientes a los intereses, etc. Podría pensarse que esta legislación sólo preferentemente responde a metas económicas; de modo que habría también procurado proteger a los prestatarios, consumidores de crédito, especialmente de crédito de origen bancario. Pero la total ausencia de historia fidedigna del establecimiento de estos importantes cuerpos normativos, los que incluso carecen de exposición de motivos, impide tener certeza respecto a su espíritu o intención.

¹⁹⁸ Cfr., *infra* N° 44.

¹⁹⁹ Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, *Droit Civil. Les Obligations*, vol. 1, Ed. Armand Colin, París, 1975, N° 187.

a límites bastante más estrechos. El particular está ahora protegido por una reglamentación de orden público, de origen legal, dictada precisamente para poner coto a la arbitrariedad del poder privado. Así se ha resuelto, en parte, el problema del contrato por adhesión.

Adhiriendo al estatuto legal, el aceptante sabe ahora lo que le espera, y no tiene que temer ni trampas inopinadas ni cláusulas leoninas en la declaración contractual. Esta ventaja compensa con largueza la pérdida de libertad en la elección de las cláusulas del contrato. La libertad contractual, corolario de la autonomía de la voluntad, tiende así a desaparecer; es que, en verdad, "en las nuevas circunstancias en que la vida nos zambulle, sentimos por experiencia que la fuente del derecho contractual no es tanto la voluntad subjetiva de los particulares como la ley en sí misma. Nos hemos equivocado al pensar que el derecho privado fuese el reino de las voluntades individuales. Por encima de ellas percibimos la soberanía del derecho social, el predominio de la ley".²⁰⁰⁻²⁰¹

Entre las demás soluciones posibles a los abusos de la adhesión, cabe destacar:

b) La homologación por el poder público de los modelos de contratos estandarizados que se van a ofrecer después a los consumidores. Todo contrato redactado e impreso de antemano, para ser propuesto a los adherentes, previamente debería someterse al control y a la autorización de una determinada entidad, la que se preocuparía, justamente, de tutelar los intereses de los futuros aceptantes. Existen algunos ejemplos de homologación en nuestro país,²⁰² pero no una norma general.

²⁰⁰ Michel Villey, "Essor et décadence du volontarisme juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1957, p. 95.

²⁰¹ Estas explicaciones sobre el contrato dirigido se complementan un poco más abajo, en el N° 32.

²⁰² Así, el artículo 3° letra e) del DFL N° 251, de 1931, sustituido por la Ley N° 18.660, establece entre las atribuciones y obligaciones de la Superintendencia de Valores y Seguros: Mantener un registro de uso público de los modelos de los textos de las pólizas y de sus modificaciones, no pudiendo las entidades aseguradoras contratar con modelos que no hubieran sido previamente autorizados por la Superintendencia. Una aplicación práctica de esta atribución puede examinarse en el Diario Oficial del 7 de junio de 1985, en cuya página 3 se publica un

En materia de contratos de consumo, se presume que las cláusulas se encuentran ajustadas a la buena fe si las convenciones fueron previamente autorizadas por un órgano administrativo en uso de sus facultades.^{202 bis}

En el Congreso de Derecho Comparado que tuvo lugar en Berlín, en septiembre de 1967, se aprobó la ponencia sobre homologación o control del contenido de las condiciones generales de la contratación, vigente en Israel en la ley sobre los contratos estandarizados.²⁰³

c) La generalización de los *contratos tipo bilaterales* es otra alternativa interesante. Según se examinará luego,²⁰⁴ existen contratos tipo bilaterales, celebrados por grupos con intereses antagónicos. Estos contratos colectivos sirven para componer o subsanar las dificultades entre ambas partes o grupos opuestos. El texto que se aprueba, de común acuerdo, será después empleado en la celebración de numerosos contratos individuales, los que se calcarán sobre el modelo preestablecido. Por ejemplo, a fin de fijar las *condiciones de la contratación masiva*²⁰⁵ de los seguros voluntarios contra riesgos inherentes a la conducción

modelo de póliza de seguro obligatorio para vehículos motorizados. Ver también la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 7 de mayo de 1996, que desestimó un recurso de ilegalidad del Consorcio Nacional de Seguros S.A. en contra de la predicha Superintendencia. El recurso de queja N° 1904-96 fue rechazado por la Corte Suprema. Como se indicó en la primera edición de este libro, en otros campos, como el de los contratos que las sociedades de fondos mutuos ofrecen suscribir al público, también hay manifestaciones específicas de homologación de modelos de contratos.

^{202 bis} Artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, agregado por el artículo único N° 5 de la Ley N° 19.955. Esta última en el Diario Oficial del 14 de julio de 2004.

²⁰³ Cfr. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo 1969, p. 226. El nuevo Código Civil del Perú, refiriéndose a las condiciones generales de la contratación (arts. 1392 y s.), contempla su homologación por la autoridad administrativa.

²⁰⁴ Véase *infra*, N° 34.1.

²⁰⁵ Respecto a condiciones generales de la contratación masiva, cfr. Manuel García Amigo, "Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, septiembre 1965, pp. 701-734. Luis Humberto Clavería, "La predisposición del contenido contractual", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, julio-agosto 1979, pp. 667-687. *Le condizioni generali di contratto*, obra colectiva, Giuffrè, Milán, vol. 1, año 1979; vol. 2, año 1981.

de vehículos motorizados, los automovilistas chilenos podrían agruparse y negociar con las compañías aseguradoras una póliza tipo, que después se emplearía en miles de seguros individuales. Cada uno de éstos no sería un contrato de adhesión, pues el asegurado participó, directa o indirectamente, durante la fase previa del contrato tipo bilateral, en el establecimiento de las cláusulas del seguro. Si se fomenta la celebración de contratos colectivos entre grupos que en principio tienen intereses opuestos, se están previniendo los inconvenientes de la adhesión. Todo lo cual es mera aplicación del adagio "la unión hace la fuerza".

d) En el Derecho Comparado, a partir del BCB (Código Civil alemán de 1900), viene abriéndose camino una *nueva concepción de la lesión enorme*, la cual evidentemente permite desterrar los casos ostensibles de abusos del oferente sobre el adherente.

Frente a una concepción restringida, como la chilena, que sólo admite la lesión enorme en los pocos casos particulares que el legislador ha señalado de antemano, los cuales se dimensionan rígidamente, pues el ordenamiento repudia únicamente la lesión *ultradimidium*, en cambio, el artículo 138 del BCB declara nulo cualquier acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que se hallen en desproporción chocante con el valor de dicha prestación. Esta concepción amplia de la lesión, que tipifica el vicio de un modo genérico, aplicable respecto a todos los actos jurídicos en que haya explotación del cocontratante, presupone una sólida confianza ciudadana en los jueces, quienes asumen su papel de censores, revestidos del poder discrecional que con frecuencia es indispensable para administrar justicia.

Siguiendo el derrotero abierto por el Código Civil alemán, el nuevo Código Civil italiano, de 1942, también ha admitido de un modo general la procedencia de la lesión, aunque manteniendo, eso sí, un criterio cuantitativo según el cual la lesión que reprueba el Derecho es únicamente la que excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada. Dice el artículo 1448-1 del Código Civil italiano: "Acción general de rescisión por lesión. Si hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la

desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato".²⁰⁶

e) La *inhibitoria* es un instrumento que combina el control administrativo, v. gr., del *ombudsman*, con el control judicial, y que puede desembocar en la prohibición de determinadas cláusulas de futuros contratos que se celebrarán masivamente. Rige, por ejemplo, en Suecia y en Alemania.²⁰⁷

f) Otra solución a la adhesión es susceptible de obtenerse a través de la actividad de los organismos antimonopolio o defensores de la transparencia, libertad y lealtad del mercado. Sobre el particular, un buen ejemplo chileno se encuentra en el dictamen N° 942-406, del 19 de julio de 1995, pronunciado por la unanimidad de la ex Comisión Preventiva Central de la Libre Competencia, el cual impidió las cláusulas de un contrato de *franchising* en las que habría podido existir "abuso de posición dominante". De lo argumentado, y de la remisión de la Comisión a otros dictámenes y resoluciones de los antiguos órganos establecidos por el Decreto Ley N° 211, se colige una clara censura a las cláusulas contractuales unilateralmente impuestas, que establecen derechos para una sola de las partes, por ejemplo a ponerle término anticipado a la convención.^{207 bis}

g) Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Es la situación vigente en Chile en los ámbitos de los

²⁰⁶ Esta concepción amplia de la lesión se incorporó al Código Civil argentino con la reforma de la Ley N° 17.711 del año 1968. Ahora el artículo 954 del Código del país trasandino establece: "También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones...". El nuevo Código peruano de 1984 también ha consagrado la concepción amplia de la lesión (arts. 1447 y s.).

²⁰⁷ Cfr. A. Bellelli, en el vol. 2 de la obra *Condizioni Generali di Contratto*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 301 y s.

^{207 bis} El nuevo texto del Decreto Ley N° 211, sobre protección de la libre competencia, fue fijado por el DFL N° 1 (Diario Oficial del 7 de marzo de 2005). Los arts. 5° y ss. conciernen al Nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

artículos 16 y 17 de la Ley N° 19.496 (sobre protección de los consumidores), y del artículo 1131 del Código de Comercio.

31. CONTRATOS PREPARATORIOS Y CONTRATOS DEFINITIVOS²⁰⁸

Contrato preparatorio o preliminar o *pactum de contrahendo* es aquel mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato que por ahora ellas no pueden concluir o que está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad. El Tribunal Supremo de España expresó, en sentencia del 23 de abril de 1957, que el precontrato es una convención por la cual dos o más personas se comprometen a realizar en tiempo futuro un determinado contrato, que en el momento de celebrar esa convención no quieren o no pueden celebrar como definitivo.^{208 bis}

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

El carácter futuro del contrato definitivo explica o confiere sentido al contrato preparatorio. Como el *resultado económico* que las partes aspiran a lograr no es susceptible de alcanzarse de inmediato, sea por obstáculos legales, financieros o de otra naturaleza, ellas se vinculan jurídicamente desde ya, a través de un contrato preparatorio, obligándose a celebrar después el contrato definitivo que satisfará sus aspiraciones, una vez subsanado el o los obstáculos actuales.

A vía de ejemplos, pueden ser obstáculos que impiden celebrar inmediatamente la compraventa de un determinado inmueble, los siguientes: En el *plano financiero*, el que quien desea

²⁰⁸ Sobre esta clasificación, cfr. Fernando Fueyo Laneri, *Derecho Civil*, tomo 5, vol. II-1 y vol. II-2, segunda edición, Santiago, 1964. Del mismo autor, su artículo "Doctrina general de los contratos preparatorios", en el libro *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Editorial Cultural Cuzco, 1986, pp. 387 y s.

^{208 bis} Sobre actos precontractuales y contratos preparatorios, cfr. el libro *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 245 a 316, con los comentarios de los profesores Álvaro Puelma, Rafael Gómez y Hugo Rosende.

comprar no haya todavía reunido el dinero suficiente para completar el precio que la contraparte le exige al contado; o que el Banco que financiará la operación de compraventa, con mutuo hipotecario, todavía no haya aprobado oficialmente el negocio. En el *plano legal*, si ha fallecido hace poco quien iba a vender, de consuno sus herederos no pueden disponer del inmueble mientras no se haya inscrito la posesión efectiva de la herencia y mientras no se haya inscrito el bien raíz en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, todo según los N°s 1° y 2° del artículo 688 del Código Civil. La inscripción del decreto judicial que concede la posesión efectiva presupone pagar o asegurar el pago de los impuestos a las asignaciones por causa de muerte. Todo lo cual requiere tiempo y supone gastos. Serían también obstáculos legales, que, tratándose de la enajenación de inmuebles de un incapaz, estuviere todavía pendiente el necesario cumplimiento previo de formalidades habilitantes, como la obtención de la autorización judicial exigida en ciertos casos por el legislador. O bien, que, estando temporalmente en el extranjero una de las partes, su mandatario únicamente tenga poder para celebrar un contrato de promesa, no así la compraventa definitiva.

Ante impedimentos como los anteriores, y a fin de evitar que se escape el negocio deseado, los futuros vendedor y comprador pueden amarrar la operación celebrando un contrato preparatorio: un contrato de promesa de compraventa o un contrato de opción, que supeditará a un plazo la conclusión de la compraventa definitiva. Si ellos tienen dudas respecto a la factibilidad del contrato definitivo, v. gr., temen que a lo mejor no se consiga el indispensable financiamiento o que el juez niegue la autorización correspondiente, entonces se supeditará la celebración del contrato definitivo al cumplimiento de una condición, que se especificará con claridad, señalándose, en estas últimas hipótesis, que la compraventa prometida exclusivamente tendrá lugar si el Banco concede el préstamo o si el juez autoriza.

El más característico, importante y frecuente de los contratos preparatorios es el contrato de promesa de celebrar un contrato, al que se refiere el artículo 1554 del Código Civil. Su estudio en particular no corresponde al plan de este libro. Con frecuencia el contrato de promesa es una promesa de compra-

venta, pero nada impide celebrar contratos de promesa de arrendamiento, de promesa de mutuo, de promesa de transacción, etc.^{208 ter} También es, indiscutiblemente, contrato preparatorio el contrato de opción.²⁰⁹

En cambio, a la sazón no está claro el carácter de contrato preparatorio de varias convenciones, como el corretaje o mediación;²¹⁰ la cláusula compromisoria, que a menudo se analiza como un contrato de promesa de compromiso;²¹¹ el pacto de retroventa, que también se ha presentado como contrato preparatorio, aunque creemos que se trata de una venta bajo condición resolutoria ordinaria; el contrato de apertura de crédito o de línea de crédito, etc. Incluso los contratos de mandato y de suministro con alguna frecuencia han sido incluidos dentro de los precontratos. Lo que parece equivocado. Sobre el contrato de prelación puede examinarse lo expuesto por Francisco Saavedra Galleguillos.^{211 bis}

^{208 ter} Sobre jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2003, en materia de contratos de promesa, cfr. *I Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez (2004) pp. 57 y ss.

²⁰⁹ Según definición del profesor Fueyo, el contrato de opción "es un contrato preparatorio general que consiste en la oferta unilateral de contrato que formula una de las partes, de manera temporal, irrevocable y completa, en favor de la otra, que de momento se limita a admitirla, reservándose libremente la facultad de aceptarla". La opción de compra, para el arrendatario o usuario de la cosa, es típica en el contrato de *leasing*. También es bastante frecuente en los *charters* marítimos o arrendamientos de naves.

²¹⁰ Véanse *supra* N° 21 y nota 125.

²¹¹ Durante largo tiempo se sostuvo que la diferencia entre el compromiso y la cláusula compromisoria residía en el carácter *actual o futuro*, respectivamente, de la contienda que las partes sometían a arbitraje, sustrayéndola del conocimiento de la justicia ordinaria. Hoy parecería claro que la diferencia no está allí, sino que exclusivamente en la circunstancia de que la persona del juez árbitro sea determinada o indeterminada. En la cláusula compromisoria se somete un litigio, actual o eventual, a la jurisdicción arbitral sin designarse todavía el árbitro; mientras que en el compromiso se somete un litigio, también actual o futuro, a la designación de un determinado árbitro, de modo que si éste no puede o no quiere aceptar el cargo, caduca el arbitraje, debiendo conocer del pleito el tribunal ordinario que sea competente según las reglas generales. Cfr., el fallo recaído en la causa "Sociedad Saa, Vial y Cía con Cemento Melón", publicado, con nota de Patrio Aylwin, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 44, sección 2, pp. 33 y s.

^{211 bis} Ob. cit en nota 170, p. 308.

CATEGORÍAS CONTRACTUALES

32. EL CONTRATO DIRIGIDO

Al examinar los diversos remedios que han surgido para atenuar o eliminar los abusos de la adhesión, hubo ocasión para un análisis del contrato dirigido,²¹² al cual nos remitimos.

Al contrato dirigido también se le conoce como contrato normado o dictado por el legislador. Los artículos de los códigos, en materia de contratos, casi siempre son supletivos o suppletorios de la voluntad de las partes. O sea, que se aplican sólo en el silencio de los contratantes. Tratándose de los contratos dirigidos, por el contrario, la reglamentación legal asume carácter imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato.

La dirección de los contratos por el legislador es un fenómeno no anterior al siglo veinte. Se inicia en Europa, a partir de 1900, en materia de contratos individuales de trabajo, como una manera de proteger los intereses de los asalariados. Los derechos concedidos por las leyes laborales a los trabajadores han pasado a ser irrenunciables, de manera que en los contratos individuales carecen de validez las cláusulas que restringen los beneficios que la ley les ha reconocido.

²¹² Véase *supra* N° 30, letra a).

**Jorge
López
Santa María**

LOS CONTRATOS
PARTE GENERAL

Tomo I

Cuarta edición revisada y ampliada

