UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Profesores Rodrigo Gil L. y Victoria Demarchi S.
Segundo semestre año 2020
Derecho Civil II

MATERIALES III
CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y DE LOS CONTRATOS

1. **VIAL DEL RÍO, Víctor**. *Teoría general del acto jurídico,* quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 38-43.
2. **ABELIUK MANASEVICH, René**. *Las obligaciones,* quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 72-104.

17. Clasificación de los actos jurídicos

Los actos jurídicos admiten variadas clasificaciones, atendiendo a diversos aspectos o puntos de vista, llamados en doctrina "criterios directivos".

Los criterios directivos son numerosos. Nos referimos en este trabajo sólo a los más importantes.

A) Atendiendo al número de partes cuya voluntad es necesaria para que el acto jurídico se forme: actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos bilaterales

Actos jurídicos unilaterales son aquellos que para nacer a la vida jurídica requieren la manifestación de voluntad de una sola parte. Por ejemplo, el testamento; la oferta; la aceptación; la renuncia de un derecho; la confirmación de un acto nulo; la concesión de poder de representación; la revocación del poder; la ratificación del mandante al mandatario que se extralimitó del poder; la ratificación del dueño de la venta de una cosa ajena; el reconocimiento voluntario de un hijo natural; la aceptación de la herencia.

Actos jurídicos bilaterales son aquellos que para nacer a la vida jurídica requieren la manifestación de voluntad de dos partes. Por ejemplo, los contratos; la tradición; el pago efectivo o solución; la novación; el matrimonio.

La doctrina designa al acto jurídico bilateral con el nombre de convención.

Se define la convención como el acuerdo de voluntades de dos partes, con un propósito definido y característico que produce como efectos la adquisición, modificación o extinción de derechos subjetivos.

En el acto jurídico bilateral o convención existen dos partes, que tienen intereses diversos, enfocados hacia distintas direcciones. Cuando ambas partes llegan a un acuerdo y manifiestan en tal sentido su voluntad, nace el acto jurídico bilateral.

Lo anterior se advierte claramente en los contratos, en los cuales hay dos partes con intereses contrapuestos, que han buscado ese mecanismo jurídico para dar satisfacción a una necesidad. Todo contrato es una convención, a través de la cual se pretende crear derechos y obligaciones. La creación de derechos y de obligaciones es el efecto propio de los contratos.

También se puede percibir con nitidez en la tradición, por ejemplo, que requiere, para nacer, el consentimiento tanto del tradente como del adquirente. Una vez que la tradición adquiere existencia jurídica va a operar, por un lado, el traspaso del dominio del tradente al adquirente; y, por otro, la extinción de la obligación de transferir el dominio que había adquirido el tradente en virtud de un título translaticio de dominio. Por una parte, la tradición es una convención que persigue el traspaso del dominio o, si se quiere, la modificación de un derecho, toda vez que a través de ella cambia la persona del titular del dominio y, por otra, es una convención extintiva de obligaciones; constituye el pago efectivo por medio del cual el tradente extingue su obligación de dar la cosa al adquirente.

50 En lo relativo al estudio particular de los requisitos de validez, hacemos presente que, en el capítulo de la voluntad nos referimos a la voluntad viciada; en el capítulo del objeto, nos referimos al objeto ilícito, y en el capítulo de la causa, nos referimos a la causa ilícita. La capacidad la tratamos

Hemos dicho que para diferenciar el acto jurídico unilateral del bilateral se atiende al número de partes cuya voluntad es necesaria para que el acto jurídico se forme.

Nótese que no hemos dicho el "número de personas".

Y ello porque es posible que numerosas personas manifiesten una sola voluntad, con lo cual el acto no deja de ser unilateral.

La clasificación de los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales es estrictamente objetiva: atiende sólo al número de partes, independientemente del número de personas que manifiestan su voluntad. Así, por ejemplo, la renuncia de varios usufructuarios al derecho de usufructo es un acto jurídico unilateral. En dicho acto hay una sola parte, aunque ella está constituida por más de una persona.

En doctrina los actos unilaterales se clasifican, a su vez, en simples y complejos.

Acto unilateral simple es el que emana de la voluntad de una sola persona. Por ejemplo, el testamento.

Acto unilateral complejo es aquel que procede de varias personas físicas que, no obstante, están manifestando una voluntad común. Por ejemplo, la oferta que hacen varias personas de venta de una casa, de la cual son propietarios en común. Dicha oferta es un acto jurídico unilateral, pues a pesar de existir más de un interesado en su formulación, todos están manifestando una voluntad común, sin que se observen intereses antagónicos o contrapuestos.[51]

Se llama autor a la parte cuya voluntad es necesaria para dar nacimiento al acto jurídico unilateral.

El término "partes" se reserva para aquellas personas que teniendo intereses antagónicos o contrapuestos, se ponen de acuerdo para dar nacimiento a un acto jurídico bilateral.

Es importante destacar, finalmente, que no altera el carácter de unilateral de un acto jurídico la circunstancia de que éste, para producir la plenitud de sus efectos, pueda requerir, en ciertos casos, la manifestación de voluntad de otra persona que no sea el autor. Tal cosa ocurre, por ejemplo, en el testamento. La sola voluntad del testador basta para dar vida al acto jurídico unilateral denominado testamento. Sin embargo, para que ese acto jurídico produzca la plenitud de sus efectos será necesario que el heredero testamentario, una vez muerto el causante, manifieste su voluntad de aceptar la herencia.

Queda claro, en todo caso, que el testamento y la aceptación de la herencia son dos cosas distintas y que la voluntad del heredero no se requiere para que el testamento nazca a la vida jurídica.

Volviendo a los actos jurídicos bilaterales, decíamos que éstos reciben el nombre de convenciones.

El Código Civil, según se desprende de la sola lectura de los artículos 1437 y 1438, hace sinónimos los términos convención y contrato.

Dice el artículo 1437 que las obligaciones nacen ya del concurso de las voluntades de dos o más personas, como "en los contratos o convenciones"...; definiendo el artículo 1438 el contrato o convención.

51 Hay quienes consideran que en el ejemplo propuesto no hay un acto jurídico unilateral, sino varios actos jurídicos unilaterales, constituidos, cada uno de ellos, por la oferta individual de los comuneros de vender su cuota.

La conjunción "o" utilizada en las disposiciones citadas deja de manifiesto que para el legislador contrato y convención son una misma cosa.

La doctrina, en cambio, diferencia claramente la convención del contrato, estableciendo entre ambos conceptos una relación de género a especie. La convención es el género en tanto que el contrato es una especie dentro del género convención. Todo contrato es una convención; en cambio, no toda convención es un contrato. Por ejemplo, la tradición es una convención, pero no es un contrato.

Los efectos de la convención pueden consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho. En cambio, los efectos del contrato son más reducidos: consisten en los derechos y obligaciones que el contrato crea. Por eso se dice que el contrato es una convención que crea derechos y obligaciones.

El Código Civil incurre, pues, en un error al identificar los términos convención y contrato, que la doctrina distingue en la forma expresada. Sin embargo, dicho error carece de importancia práctica, pues tanto los contratos como las convenciones se rigen por las mismas reglas y principios generales.

Antes de terminar esta clasificación debemos decir algunas palabras en relación con los actos jurídicos llamados plurilaterales.

La doctrina moderna a la clasificación clásica, que distingue entre actos jurídicos unilaterales y bilaterales, agrega los actos jurídicos plurilaterales, que son aquellos que para nacer requieren la manifestación de voluntad de más de dos partes.

Un ejemplo de acto jurídico plurilateral lo encontramos en la novación por cambio de acreedor, que requiere la manifestación de voluntad de tres partes: del deudor; del tercero que acepta la nueva obligación que contrae en su favor el deudor y del acreedor que consiente en liberar de la obligación primitiva al deudor (art. 1631 Nº 2 del Código Civil).

B) Atendiendo a si el acto jurídico para producir sus efectos requiere o no la muerte del autor o de una de las partes: actos jurídicos entre vivos y actos jurídicos por causa de muerte

Actos jurídicos entre vivos son aquellos que para producir los efectos que les son propios no requieren naturalmente la muerte del autor o de una de las partes.

La regla general es que los actos jurídicos no requieren, por naturaleza, la muerte del autor o de una de las partes. Por ejemplo, la compraventa, la hipoteca.

Actos jurídicos por causa de muerte o mortis causa son aquellos que, para producir la plenitud de sus efectos, requieren la muerte del autor o de una de las partes, como supuesto necesario e indispensable. Por ejemplo, el testamento; el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante.

El artículo 999 del Código Civil, al definir el testamento, deja en evidencia su carácter de acto mortis causa: la disposición de bienes que hace el testador tendrá pleno efecto después de sus días, conservando éste, mientras viva, la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él.

El mandato no requiere, por naturaleza, la muerte de una de las partes para producir los efectos que le son propios; sino que, por el contrario, la muerte de una de las partes acarrea, por norma general, su extinción. Sin embargo, una figura especial de mandato es naturalmente mortis causa: el mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante (art. 2169 del Código Civil). Los efectos propios del mandato están subordinados, en este caso, a la muerte del mandante.

C) Atendiendo a la utilidad o beneficio que reporta el acto jurídico para quienes lo ejecutan: Actos jurídicos a título gratuito y actos jurídicos a título oneroso

Actos jurídicos a título gratuito son aquellos que se celebran en beneficio exclusivo de una persona o de una parte. Por ejemplo, el contrato de donación.

Actos jurídicos a título oneroso son aquellos que se celebran teniendo en consideración la utilidad o beneficio de ambas partes. Por ejemplo, el contrato de compraventa.

En el contrato de donación que poníamos como ejemplo de acto jurídico a título gratuito, el donante, por mera liberalidad, se desprende de un bien en beneficio del donatario, sin que éste deba darle nada a cambio. Sólo el donatario reportará beneficio o utilidad del contrato. El donante, lejos de obtener utilidad alguna, se va a empobrecer, pues disminuye su patrimonio.

En la compraventa, típico contrato a título oneroso, se tiene en consideración la utilidad o beneficio de ambas partes. El vendedor, si bien se desprende de una cosa, recibe, a cambio, su precio; y el comprador, por el precio que entrega, va a incorporar a su patrimonio la cosa comprada.

D) Atendiendo a si el acto jurídico produce o no sus efectos de inmediato y sin limitaciones: Actos jurídicos puros y simples y actos jurídicos sujetos a modalidad

Actos jurídicos puros y simples son aquellos que producen sus efectos de inmediato y sin limitaciones.

Actos jurídicos sujetos a modalidad son aquellos cuyos efectos están subordinados a una modalidad.

Se definen las modalidades como las cláusulas que se incorporan a un acto jurídico con el fin de alterar sus efectos normales. Por ejemplo, las partes estipulan una condición de que dependa el nacimiento de un derecho o un plazo para el ejercicio del mismo.

Las principales modalidades son la condición, el plazo y el modo.

La doctrina agrega la representación y la solidaridad, pues alteran los efectos normales del acto jurídico en que inciden.[52]

E) Atendiendo al contenido de los actos jurídicos: Actos jurídicos de familia y actos jurídicos patrimoniales

Los actos jurídicos de familia son aquellos que atañen al estado de las personas o a las relaciones del individuo dentro de la familia. Por ejemplo, el matrimonio; el reconocimiento voluntario de un hijo natural; la adopción.

Los actos jurídicos patrimoniales son aquellos que tienen por finalidad la adquisición, modificación o extinción de un derecho pecuniario, es decir, de un derecho apreciable en dinero. Por ejemplo, el contrato de mutuo; el pago de una deuda.

52 Ver Nº 226.

F) Atendiendo a si el acto jurídico subsiste o no por sí mismo: Actos jurídicos principales y actos jurídicos accesorios

Actos jurídicos principales son aquellos que subsisten por sí mismos, sin necesidad de otro acto que les sirva de sustento o de apoyo. Por ejemplo, la compraventa.

Actos jurídicos accesorios son aquellos que para poder subsistir necesitan de un acto principal que les sirva de sustento o de apoyo, al cual acceden.

Los actos accesorios se clasifican en actos de garantía y en actos dependientes.

Los actos jurídicos de garantía se denominan cauciones. Las cauciones se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de tal manera que no pueden subsistir sin ella (art. 46 del Código Civil). Son cauciones, por ejemplo, la prenda, la hipoteca, la fianza.

Los actos jurídicos dependientes son aquellos que si bien no pueden subsistir sin un acto principal no tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación. Por ejemplo, una capitulación matrimonial celebrada antes del matrimonio en virtud de la cual los esposos pactan la separación total de bienes. Dicha capitulación no puede subsistir sin el acto principal: el matrimonio.

Es oportuno destacar que los actos jurídicos accesorios no pueden subsistir sin un acto jurídico que les sirva de apoyo; pero pueden tener existencia jurídica con anterioridad al acto principal.

Normalmente los actos accesorios de garantía o cauciones se constituyen con posterioridad o coetáneamente con el acto jurídico principal. Pero, es posible que se constituyan antes del acto al cual acceden. Tal cosa puede ocurrir, por ejemplo, en la hipoteca para garantizar obligaciones futuras (art. 2413 del Código Civil).

La capitulación matrimonial celebrada antes del matrimonio por la cual se pacta la separación de bienes precede necesariamente al matrimonio, que le sirve de apoyo.

Es posible, en consecuencia, que el acto accesorio exista antes que el acto principal. Pero es imposible que subsista sin éste. Faltando en definitiva el acto principal el accesorio caduca, muere.

G) Atendiendo a si la ley exige o no formalidades para su celebración: Actos jurídicos solemnes y actos jurídicos no solemnes

Los actos jurídicos solemnes son aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales requeridas, sea para la existencia misma del acto, sea para su validez, de tal modo que su omisión trae como consecuencia la inexistencia del acto o su nulidad.

Los actos jurídicos no solemnes son aquellos que no están sujetos a requisitos externos o formales para su existencia o para su validez.

Un ejemplo de acto jurídico solemne es la compraventa de un bien raíz, que debe otorgarse por escritura pública (art. 1801 del Código Civil). La escritura pública se requiere para la existencia misma de la compraventa, constituyendo el único medio a través del cual las partes pueden manifestar su voluntad de comprar y vender, respectivamente.

H) Atendiendo a si están o no reglamentados por la ley: Actos jurídicos nominados y actos jurídicos innominados

Actos jurídicos nominados o típicos son aquellos que por su trascendencia socioeconómica están reglamentados por la ley, que señala el supuesto de hecho al cual atribuye efectos jurídicos y determina éstos. Por ejemplo, todos los contratos que regula el Código Civil; el testamento.

Actos jurídicos innominados o atípicos son aquellos que no están previstos por el legislador, pero que pueden adquirir, no obstante, existencia jurídica como consecuencia de la autonomía privada, que reconoce a los particulares el poder o facultad de crear relaciones jurídicas. Estos actos innominados o atípicos, si se conforman con la ley, el orden público y las buenas costumbres, producen los efectos queridos por las partes; rigiéndose, en lo no previsto por ellas, por las reglas generales a que se sujetan los actos y declaraciones de voluntad.

Han surgido así en la vida jurídica contratos no tipificados por la ley como es por ejemplo, aquél a través del cual se "transfiere" a un futbolista profesional de un club a otro.

Lo importante de esta clasificación es que los actos nominados producen los efectos previstos por la ley, aunque quienes los celebren los ignoren.

Los actos innominados, en cambio, producen los efectos que las partes han previsto, rigiéndose subsidiariamente por las normas generales relativas a los actos y declaraciones de voluntad. [53]

53 Otras clasificaciones de los actos jurídicos serían las siguientes: ACTOS JURIDICOS DE DISPOSICION Y ACTOS JURIDICOS DE ADMINISTRACION. Los primeros, según la doctrina francesa representada por Planiol, son aquellos que comprometen definitivamente el porvenir de un ente económico. Por ejemplo, las enajenaciones, hipotecas, servidumbres, son actos de disposición pues comprometen definitivamente el porvenir económico de un bien. En cambio, los actos de administración no comprometen definitivamente el porvenir de un bien, sino por un tiempo corto, y son frecuentemente renovables. Tienen tal carácter, por ejemplo, los arrendamientos. ACTOS JURIDICOS ABSTRACTOS Y ACTOS JURIDICOS CAUSALES. Los actos jurídicos abstractos son aquellos que se caracterizan porque "ni expresan la causa del negocio, ni la llevan incorporada en sí, debiendo buscarse la misma en una relación extraña a él. Por ejemplo, los actos jurídicos cambiarios". Los actos jurídicos causales, por la inversa, tienen su eficacia subordinada "a una causa material como elemento típico del negocio" (Federico Puig Peña: I. TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL (2) (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, año 1958) pp. 471 y ss.).

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© RENÉ ABELIUK MANASEVICH

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 171.682, año 2008
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta quinta edición
de 600 ejemplares en el mes de junio de 2008

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de este primer tomo: 978-956-10-1865-5
ISBN de la obra completa: 978-956-10-1864-8

RENÉ ABELIUK MANASEVICH

LAS OBLIGACIONES

Tomo I

QUINTA EDICIÓN ACTUALIZADA

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

www.editorialjuridica.cl

Sección Segunda

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

55. *Enunciación.* La clasificación de los contratos no se hace con un fin meramente pedagógico, sino que tiene gran importancia, pues según la categoría de contrato de que se trate, distintas son las normas que se le aplican. Algunas de las clasificaciones las recogen las legislaciones, otras corresponden a distinciones doctrinarias.

[48] Posteriormente, la ley N° 17.284, de 23 de enero de 1970, modificó la Constitución del año 1925, aceptando la delegación legislativa al Presidente de la República. Ello no desmerece el argumento del texto, pues durante 45 años los D.F.L. se dictaron al margen de la Constitución.

La Carta Fundamental vigente también contempla la delegación de facultades legislativas (Art. 61).

[49] G.J. N° 279, pág. 127. La sentencia, sin embargo, declaró que el contrato ley no impedía el acto impugnado, que era la imposición de un encaje a los créditos asociados a la inversión extranjera garantizada en el contrato ley correspondiente.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Nuestro Código señala las siguientes clasificaciones:

1°. Atendiendo a las partes que se obligan: uni y bilaterales;

2°. A las partes que obtienen utilidad del contrato: gratuitos y onerosos, y estos últimos, a su vez, en conmutativos y aleatorios;

3°. A la forma en que se perfeccionan: consensuales, reales y solemnes, y

4°. A la forma en que existen: principales y accesorios.

A cada una de estas categorías destinaremos un párrafo, y el último de esta sección quedará para las clasificaciones doctrinarias:

5°. Contratos preparatorios o preliminares, y definitivos;

6°. De libre discusión y de adhesión;

7°. Individuales y colectivos;

8°. De ejecución instantánea y sucesiva;

9°. Nominados e innominados, y

10°. Otras categorías de contratos.

Párrafo 1°

Contratos uni y bilaterales

56. *Concepto.* Esta clasificación de los contratos atiende a su contenido, o sea, a los derechos y obligaciones que generan. Si resulta obligada una sola de las partes, el contrato es unilateral; si ambas, es bilateral.[50]

Así lo señala el Art. 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".

Respecto de esta clasificación conviene tener presentes tres cosas:

1°. Que no debe confundirse con la clasificación del acto jurídico en uni y bilateral; en el acto unilateral interviene una sola voluntad; el contrato uni o bilateral, como contrato que es, es siempre convención o acto jurídico bilateral, pues supone acuerdo de voluntades;

2°. Que la clasificación no atiende al número de obligaciones que nacen, sino a las partes que resultan obligadas. Y así en el mutuo con interés nacen dos obligaciones: una, la principal, restituir la cantidad recibida en mutuo, y la otra, accesoria, de pagar los intereses, pero ambas a cargo de una misma parte: el mutuario, que es el único deudor, y

3°. Que tampoco tiene importancia el número de personas que resultan obligadas, sino si quedan obligadas ambas partes o una de ellas. En efecto, no olvidemos que de acuerdo al Art. 1438, en el contrato "cada parte puede ser una o muchas personas", y así si se da en

[50] El Código italiano ha reemplazado esta denominación por la de contratos con prestaciones recíprocas y para una sola de las partes (Arts. 1453, 1467, etc.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

mutuo una cierta suma a tres personas conjuntamente, las tres quedan obligadas por el contrato, pero éste sigue siendo unilateral, pues las tres representan una misma parte: el mutuario.

Examinaremos sucesivamente la noción de contrato unilateral, del bilateral y del llamado sinalagmático imperfecto, para enseguida destacar la importancia de la clasificación, terminando con algunas nociones sobre el llamado contrato plurilateral.

57. I. *El contrato unilateral.* Como queda dicho en el contrato unilateral, para una sola de las partes nace obligación; uno de los contratantes es acreedor y el otro deudor. Así ocurre en la donación (por regla general), mutuo, depósito, prenda, comodato, etc. Ya dijimos en el número anterior que en el mutuo el único obligado es el mutuario, que debe restituir la suma recibida y sus intereses, si estos últimos se han estipulado.

Veremos en el párrafo subsiguiente (N° 69) que esta clasificación resulta muy ligada con la noción de los contratos reales, que se perfeccionan por la entrega de la cosa, y que esta concepción se encuentra en retroceso, tendiéndose a su transformación en consensuales o solemnes y bilaterales. En tal caso la división que estudiamos perdería toda su importancia, quedando prácticamente como único contrato unilateral importante la donación.[51]

58. II. *El contrato bilateral o sinalagmático.* En el contrato bilateral, o sinalagmático, como también se le llama, ambas partes contraen obligaciones; tal ocurre en la compraventa, permuta, arrendamiento, etc.

En ellos no hay una sola parte acreedora y una deudora, sino que ambas lo son recíprocamente, asumiendo los dos papeles al mismo tiempo. Y así, en la compraventa nacen principalmente dos obligaciones: para el vendedor, la de entregar la cosa vendida, y para el comprador, la de pagar su precio. Aquél es acreedor de la obligación del pago del precio y deudor de la de entregar la cosa vendida, y a su vez el comprador es acreedor en esta última, y deudor de la de pagar el precio.

59. III. *Los contratos sinalagmáticos imperfectos.* Llámanse así aquellos que en su nacimiento son unilaterales, pues al celebrarse una sola de las partes contrae obligaciones, pero en el curso del mismo pueden surgir obligaciones para la otra parte.

Así, por ejemplo, el comodato o préstamo de uso es un contrato unilateral, porque sólo da lugar a la obligación del comodatario de restituir la cosa recibida en comodato. Pero la tenencia de la cosa puede ocasionarle al comodatario perjuicios, que deben serle indemnizados por el comodante y, en consecuencia, durante la vigencia del contrato ha nacido una obligación para éste.

Pero esta obligación no es de la esencia del contrato, ya que no siempre se presenta y por ello el contrato es unilateral. La conclusión es que para clasificar un contrato en uni o bilateral hay que atender exclusivamente a si en el momento de generarse el contrato resulta obligada una sola de las partes, o ambas.

[51] Respecto de la uni o bilateralidad del mandato, véase David Stitchkin B., *El Mandato Civil*, N° 80, pág. 184, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1965.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

60. IV. *Importancia de la clasificación.* Esta división de los contratos es de gran trascendencia, como se verá a continuación.

Para la teoría clásica de la causa, según decíamos en el N° 27, en los contratos bilaterales la obligación de una de las partes es la causa de que la otra se obligue a su vez. Sea cual fuere la opinión que se tenga al respecto, en todo caso una cosa es evidente: hay una marcada interdependencia en las obligaciones de las partes, lo cual no ocurre en los contratos unilaterales, en que hay deuda para una sola de ellas. La subsistencia y exigibilidad de la obligación de uno de los contratantes está muy ligada a la suerte que corra la obligación de su contraparte.

Esto se refleja fundamentalmente en tres aspectos:

1°. La condición resolutoria tácita.

En todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por la otra parte lo pactado (Art. 1489), y en tal caso el acreedor de la obligación no cumplida puede solicitar o el cumplimiento de ella o la resolución del contrato, esto es, dicho en términos muy generales, que se le deje sin efecto, y en ambos casos con indemnización de perjuicios (N° 521);

2°. La excepción del contrato no cumplido.

También puede ocurrir que la contraparte no haya cumplido su obligación; por ejemplo, el comprador no ha pagado el precio en tiempo oportuno; en tal caso el acreedor de esta obligación puede negarse a cumplir la suya; en el caso propuesto, el vendedor puede negarse a entregar la cosa vendida (N° 941);

3°. La teoría de los riesgos.

Puede ocurrir que la obligación de una de las partes se extinga por caso fortuito, como si, para seguir con la compraventa, se debe un vehículo vendido y éste se destroza por accidente sin culpa del vendedor. La obligación de éste queda extinguida por la pérdida fortuita de la cosa debida (N° 1.193); la teoría de los riesgos tiende a determinar qué ocurre en el caso propuesto con la obligación de la contraparte,

en el ejemplo, del comprador de pagar el precio. En principio, por la interdependencia que existe entre las obligaciones de las partes, el acreedor de la obligación que se ha vuelto imposible, quedará igualmente liberado de la suya (N° 1.205).

Hay, pues, toda una gama de situaciones en que el acreedor no cumple su propia obligación, si a su vez no recibe el pago de la suya. Ninguna de estas instituciones tiene cabida en los contratos unilaterales.

61. V. *Los contratos plurilaterales. Breve noción.* La doctrina moderna ha elaborado el concepto del contrato plurilateral, en que al igual que en el bilateral resultan todas las partes obligadas, pero no en la forma en que ocurre en este último, la una en beneficio de la otra, sino contrayendo todas ellas obligaciones análogas y con una finalidad común. El ejemplo más típico que podemos dar es el de la sociedad, en que todos los socios contraen la misma obligación: efectuar sus aportes.

La importancia que tiene distinguirlos de los bilaterales, es que si la obligación de alguna de las partes no se cumple, ello no afecta a la relación contractual entre las demás, salvo que la intervención de aquélla sea esencial. Y así en el Código italiano, que se refiere a esta figura, la nulidad, resolución e imposibilidad en el cumplimiento de la obligación de una de las partes, no pone fin al contrato, que continúa con las demás, salvo que aquélla sea esencial (Arts. 1420, 1446, 1459 y 1466).

Y en verdad resulta lógico concluir que si la sociedad, por ejemplo, puede subsistir sin el aporte que no se va a recibir, los socios que han enterado el suyo estén facultados para excluir al moroso, dejando subsistente la sociedad entre ellos.[52]

Párrafo 2°

Contratos gratuitos y onerosos

62. *Concepto.* De acuerdo al Art. 1440: "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".

[52] Entre nosotros, en cambio, la jurisprudencia suele reconocer a los socios cumplidores un derecho a la resolución ipso facto de la sociedad, por aplicación del Art. 2101: G.T. de 1877, N° 663, pág. 322; de 1908, T. 1°, N° 126, pág. 199 y de 1920, 1er sem. N° 134, pág. 600. Véase N° 530 bis.

Al igual que la anterior, esta clasificación atiende al contenido del contrato, a los derechos y obligaciones que de él emanan; en este sentido se relaciona con ella.

Pero no pueden confundirse ambas clasificaciones, ya que en esta última se atiende al número de partes obligadas; en cambio, para distinguir si un contrato es gratuito u oneroso, se mira la utilidad del negocio. Si la hay para ambas partes, es oneroso, y si sólo procura beneficio a una sola de ellas, es gratuito, de beneficencia o de mera liberalidad.

De ahí que el contrato bilateral es siempre oneroso, y es el unilateral el que puede ser gratuito y oneroso. En efecto, en el primero hay obligaciones recíprocas, ambas partes resultan obligadas, y el contrato, en consecuencia, yendo en beneficio de todas ellas, es oneroso.

En cambio, el contrato unilateral puede ser gratuito u oneroso; y así, el mutuo puede tener uno y otro carácter según si se han estipulado intereses. Si no los hay, el mutuo es unilateral y gratuito; lo primero, porque sólo se obliga el mutuario, y gratuito porque éste es el único que obtiene utilidad, pues dispone de la cosa dada en mutuo, generalmente dinero, sin dar nada en cambio. El mutuo con interés sigue siendo unilateral, pues al igual que en el caso anterior, el único obligado es el mutuario, sólo que tiene dos obligaciones en la forma antes señalada: restituir la cantidad prestada y pagar los intereses, y pasa a ser oneroso, porque va en utilidad de ambas partes, del mutuario que utiliza el dinero prestado, y del mutuante que obtiene un interés por su dinero.

De ahí que hay contratos que son siempre onerosos, y otros que son siempre gratuitos, pero existen algunos como el citado mutuo y otros que luego veremos que pueden serlo o no, según las estipulaciones del mismo. Puede resultar difícil por esta razón en ciertos casos resolver si el contrato es gratuito u oneroso.

El más típico de los contratos gratuitos, la donación, puede ser con carga o gravamen, como si el donante da un inmueble a una persona por valor de $ 100.000 con la obligación de entregar $ 10.000 a un tercero; tal donación sigue siendo un contrato gratuito en cuanto la carga no alcance al beneficio que se recibe.

La distinción estriba, pues, en el espíritu de mera liberalidad de los contratos gratuitos; en el contrato oneroso hay ventajas recíprocas, que en los bilaterales derivan de la existencia de obligaciones también recíprocas.

Muchas discrepancias existen también respecto a la hipoteca, prenda y fianza.

La prenda y la hipoteca pueden constituirla el propio deudor o un tercero; en el primer caso, se las considera generalmente como onerosas, pues ambos contratantes obtienen utilidad: el acreedor, la seguridad de su crédito, y el deudor, porque a no mediar la garantía de la caución

otorgada, no habría obtenido su crédito. Pero si se constituyen con posterioridad al nacimiento de la obligación, pasan a ser gratuitas, en exclusivo beneficio del acreedor a quien se le cauciona su crédito.

Ahora bien, la hipoteca y la prenda pueden ser constituidas por un tercero, en cuyo caso, al igual que la fianza, que siempre la otorga alguien ajeno a la obligación principal, podrán ser gratuitas y onerosas: si el tercero constituye la hipoteca, la prenda o fianza con el único objeto de que el deudor principal obtenga su crédito, el contrato es gratuito, pues hay una mera liberalidad del constituyente o fiador, pero si se obliga porque se le ofrece una remuneración, pasan a ser onerosas, pues benefician al deudor principal, que obtiene su crédito y al constituyente y fiador, cuya utilidad es la recompensa ofrecida.

Veremos en los números siguientes sucesivamente los contratos gratuitos y sus divisiones, los onerosos y sus subclasificaciones, y la importancia que tiene distinguir un contrato como oneroso o gratuito.

63. I. *Contratos gratuitos: donación y contratos desinteresados.* En el contrato gratuito, según lo visto, una sola de las partes obtiene ventajas; pero debe tenerse cuidado, porque la utilidad, según veíamos al hablar del carácter patrimonial de la obligación (N° 26), puede no ser avaluable en dinero, y siempre la parte se habrá gravado en beneficio de la otra. La ventaja de la contraparte puede ser meramente moral, no tener valor material o pecuniario, pero siempre el contrato será oneroso y no gratuito. Y así, por ejemplo, el contrato entre una empresa teatral y el espectador que adquiere su entrada para el espectáculo es oneroso, pues hay una utilidad pecuniaria para el empresario, lo que recibe por la entrada, y una moral para el espectador, que obtiene una satisfacción espiritual.

Ejemplos de contratos gratuitos son la donación, ya citada, y el más típico de todos, el comodato o préstamo de uso, el mutuo o préstamo de consumo si no se han convenido intereses, el depósito, el mandato no remunerado, etc.

Pero en ellos debe hacerse una distinción entre la donación por un lado, que es siempre esencialmente gratuita, aun cuando lleve carga o gravamen, y los demás contratos gratuitos que se suelen llamar más bien desinteresados.

La diferencia fundamental entre la donación y estos contratos desinteresados es que en virtud de lo dispuesto por los Arts. 1395 y 1398 es presupuesto indispensable de aquélla el empobrecimiento del patrimonio del donante y el recíproco enriquecimiento del donatario, esto es, un desplazamiento de bienes o valores de uno a otro patrimonio, que no existe en los contratos desinteresados.

La donación se asemeja más a los actos gratuitos por causa de muerte: herencias y legados, con los cuales, sin embargo, como es natural, tiene

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

diferencias, la principal de las cuales, amén de que la donación es un acto entre vivos y las asignaciones sucesorias suponen el fallecimiento del causante, consiste en que estas últimas pueden tener su fuente en la ley o en un acto jurídico unilateral del asignante, el testamento, mientras que siendo siempre contrato, la donación supone acuerdo de voluntades. Pero salvadas estas diferencias, la donación es más vecina de la sucesión por causa de muerte que de las convenciones y por ello el Código la trató en el Libro III que reglamenta las herencias y legados, y allí se estudia.[55]

64. II. *Contratos onerosos: conmutativos y aleatorios.* El contrato oneroso puede ser conmutativo o aleatorio; así lo dice el Art. 1441, y señala que existe el primero "cuando una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez". Y, según el mismo precepto, el contrato oneroso "se llama aleatorio, si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida".

La separación entre una y otra subclase de contrato oneroso es entonces que, obteniendo siempre ambas partes utilidad del negocio, en el conmutativo hay equivalencia en las prestaciones recíprocas de ellas, la que no existe en el aleatorio.

Y así, si se vende un inmueble en $ 100.000, se consideran como equivalentes el inmueble y el precio pagado por él. Y decimos que se miran como equivalentes, porque la ley no exige una igualdad al ciento por ciento, ya que en todo contrato oneroso ambas partes buscan su propia utilidad y si la obtienen, las prestaciones no resultarán totalmente equilibradas. El legislador sólo interviene cuando la balanza se ha inclinado fuertemente hacia uno de los contratantes, rompiendo la equivalencia de las obligaciones, mediante la institución de la lesión enorme; y así, si el inmueble valía realmente $ 210.000 en el ejemplo propuesto, existe una lesión enorme que sanciona la ley.

El equilibrio existente a la época de la celebración del contrato, puede romperse posteriormente por causas sobrevinientes, y entonces nos encontramos frente a la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación que las legislaciones modernas tienden a aceptar (N° 852).

En el contrato aleatorio no concurre esta supuesta igualdad en las prestaciones, sino que por el contrario existe una contingencia, un azar, del cual dependerá en definitiva la utilidad que las partes obtienen

[55] Para la donación, véase nuestro *Derecho Sucesorio*, basado en las clases del profesor don Manuel Somarriva Undurraga, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 7ª edición, T. II, págs. 691 y sgtes.

del contrato. Porque la definición del Código parece dar a entender que el contrato es aleatorio para una sola de las partes al decir "y si el equivalente es una contingencia incierta de ganancia o pérdida", pero la verdad es que la probabilidad existe para ambas partes; el contrato es aleatorio para todas ellas: si una gana, la otra pierde y viceversa. Así se verá al señalar algunos casos de contratos aleatorios.

Hay contratos que siempre presentan este último carácter, y existen otros que pueden ser conmutativos o aleatorios, según la forma en que se presenten. Pertenecen a la primera categoría, por ejemplo, el seguro, la renta vitalicia, la cesión de derechos litigiosos, y los más típicos de todos: la apuesta y el juego.

La contingencia del seguro deriva de la ocurrencia o no del siniestro cuyo riesgo se ha contratado. Y así si se asegura un inmueble contra incendio en $ 100.000 y se paga una prima de $ 10.000, si se incendia la propiedad, la compañía de seguros pierde, porque habiendo recibido sólo $ 10.000, debe pagar $ 100.000, y gana el asegurado que con una inversión de $ 10.000 ha salido indemne del siniestro. A la inversa, si no ocurre el siniestro, la compañía ha ganado la prima.[54]

Lo mismo ocurre en la renta vitalicia, en que una persona se obliga a pagar a otra, a título oneroso, una renta o pensión periódica, durante la vida natural de cualquiera de estas dos personas o de un tercero (Art. 2264), como, si por ejemplo, una de ellas entrega a la otra $ 200.000 para que le pague durante la vida del constituyente una renta mensual de $ 200. Si éste fallece al corto tiempo, ha habido un buen negocio para el que se obligó a pagar la renta, y malo para el constituyente, pero si éste vive por largo tiempo, es a la inversa. Lo mismo ocurre en la cesión de derechos litigiosos en que el objeto directo de la cesión es el evento incierto del pleito, del que no se hace responsable el cedente (Art. 1911) (N° 1.085); si el cesionario gana el pleito hará buen negocio, y pésimo si lo pierde.

Un caso típico de contrato que puede presentarse como conmutativo o aleatorio, según la estipulación de las partes, es la venta a futuro a que se refiere el Art. 1813. De acuerdo a este precepto, por regla general esta forma de compraventa es conmutativa, pues las prestaciones se consideran equivalentes, y condicional, sujeta a la condición de que exista la cosa futura. A menos, agrega la disposición, que aparezca que se compró a la suerte, porque entonces el contrato es puro y simple y aleatorio. Un ejemplo clásico, que viene desde Pothier, explica el

[54] Se ha discutido el carácter aleatorio del seguro para la compañía aseguradora, pues en virtud de los cálculos actuariales, el conjunto de sus operaciones siempre le reporta beneficios. Pero cada póliza de seguro que contrata es evidentemente alcatoria, pues corre el riesgo señalado en el ejemplo del texto.

porqué: la persona que compra a un pescador todo lo que salga en la red, celebra un contrato aleatorio, porque deberá pagar el precio sea lo que fuere lo pescado; pero si le compra tal pez específico, como, adecuando el ejemplo a nuestro país, el congrio colorado que obtenga en la pesca, celebra un contrato conmutativo, y sujeto a la condición de que se pesque congrio colorado.

Se puede apreciar entonces lo que decíamos al comienzo: el contrato aleatorio lo es siempre para ambas partes.

La importancia de la subclasificación de los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios es menor que las otras, y se refiere a dos aspectos.

El primero ya quedó señalado: la lesión y la imprevisión pueden tener cabida en los contratos conmutativos, pero nunca en los aleatorios, en que de partida se sabe que no hay equivalencia en las prestaciones; de ahí que las legislaciones que las aplican en términos generales, no las aceptan en estos contratos.

Y lo segundo es que el legislador mira con malos ojos algunos contratos aleatorios, especialmente los más típicos de ellos: el juego y la apuesta, y también la citada cesión de derechos litigiosos (N° 1.082).

65. III. *Importancia de la clasificación de los contratos en onerosos y gratuitos.* En cambio, la distinción entre contratos onerosos y gratuitos adquiere gran importancia desde varios aspectos, de los cuales destacaremos los más importantes:

1°. Restricciones a las liberalidades.

El legislador es más estricto con ellas, pues pueden llegar a dañar seriamente el patrimonio de quien las efectúa, aunque estas limitaciones atañen principalmente a la donación y no tanto a los contratos desinteresados; y así, para aquélla se exige plena capacidad de disposición, puede quedar sujeta a reducción por la formación del acervo imaginario en las sucesiones, requiere autorización judicial cuando excede de cierta cuantía, etc.

2°. El error en la persona.

Hemos dicho que según el Art. 1455 esta clase de error no vicia el consentimiento a menos que la consideración de esta persona haya sido la causa determinante para la celebración del contrato. Esto no ocurre normalmente en los contratos onerosos que no se celebran en consideración a la contraparte, pero sí en los gratuitos, en los que, generalmente, el error en la persona acarrea la nulidad del contrato.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

3°. La responsabilidad del deudor.

De acuerdo al Art. 1547, en el contrato establecido en utilidad de ambas partes, o sea, en el oneroso, el deudor responde de la culpa leve; en los gratuitos hay que distinguir, según si ha sido otorgado en beneficio del propio deudor o del acreedor. En el primer caso, el obligado responde de la culpa levísima, y en el segundo únicamente de la grave (N° 833).

4°. Acción contra terceros en la acción pauliana y pago de lo no debido.

La acción pauliana tiene por objeto dejar sin efecto los actos efectuados por el deudor en fraude de sus acreedores, y el pago de lo no debido da acción para exigir la restitución de lo cancelado indebidamente. En ambos casos, para que estas acciones afecten a terceros que han contratado con el deudor, el legislador distingue según si estos actos se han otorgado a título gratuito u oneroso. (Arts. 2468 y 2303, respectivamente. Ver N°s 782 y 696).

5°. Obligación de garantía.

En los contratos onerosos, por ejemplo, compraventa (Art. 1838), donde se la reglamenta fundamentalmente, arrendamiento (Art. 1930), sociedad (Art. 2085), etc., existe la obligación de garantizar a la contraparte la evicción. Está definida por el Art. 1838 en la compraventa: "hay evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado del todo o parte de ella, por sentencia judicial", y esta obligación lleva envuelta la de defender al comprador en el pleito, e indemnizarlo ampliamente si es privado de la cosa comprada.

Definida y tratada en la compraventa, esta obligación es común a todo contrato oneroso; en los que siempre que una persona adquiere una cosa y se ve privada de ella o no puede obtener de la misma la utilidad que deriva del contrato celebrado, tiene derecho a la garantía de la evicción, porque a cambio de la cosa adquirida el que sufre la evicción se ha gravado a su turno en beneficio de la otra parte.

Esta obligación no existe en los contratos gratuitos y así lo dice el Art. 1442 para la donación; la solución es equitativa por cuanto el donatario no ha desembolsado nada y nada pierde, en consecuencia, con la evicción. Pero en las donaciones con gravamen, como el donatario ha experimentado una carga, existe una evicción limitada.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Párrafo 3°

Contratos consensuales, reales y solemnes

66. *Concepto.* El Art. 1443 del Código define: "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 atiende a la forma en que se perfecciona el contrato, y no como pudiera pensarse a la mayor o menor importancia del consentimiento. Todo contrato lo necesita, según ya quedó suficientemente demostrado, pero en algunos de ellos, y por eso se llaman consensuales, basta el consentimiento para su existencia, y en otros en cambio, la ley exige, además, alguna formalidad; si la formalidad exigida por la ley para que se perfeccione el contrato es la entrega de una cosa, nos encontramos ante un contrato real.

El estudio de esta materia lo haremos a través de los siguientes aspectos: desarrollo del consensualismo y formalismo; los contratos solemnes, los contratos reales y la decadencia de este tipo de contratos, e importancia de la clasificación.

67. I. *Consensualismo y formalismo.* Como quedó señalado en la Primera Parte, en su origen, los contratos, como todos los actos jurídicos, fueron estrictamente formales, siendo muchas de las solemnidades de orden religioso. Posteriormente apareció el contrato real en que la formalidad es la entrega de la cosa; el crecimiento económico y el desarrollo intelectual de los pueblos que les permite formular abstracciones, espiritualizó el Derecho, alentó el consensualismo, reafirmado –después de la regresión que importó en Europa el triunfo de los bárbaros sobre Roma– por los canonistas y acogido integralmente por las legislaciones inspiradas en el principio de la autonomía de la voluntad de que hablaremos en la sección destinada a los efectos del contrato.

Como este principio se funda en la idea de que la voluntad de las partes es soberana para crear y regular toda clase de relaciones jurídicas, lo lógico es que baste esa voluntad para formar el contrato sin necesidad de otros requisitos o formalidades.

Dado que nuestro Código se inspira en esta doctrina, la regla general es que todo contrato sea consensual, a menos que una disposición especial lo deje sujeto a formalidad; a falta de ella, el contrato es consensual. De ahí que los más frecuentes e importantes contratos lo sean: compraventa de cosas muebles, arrendamiento, fianza, transacción, sociedad civil, mandato, etc.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

3°. Las formalidades ad probationem.

Si no se cumple con estas formalidades no hay nulidad de ninguna especie ni otra sanción, sino que las partes quedan limitadas en cuanto a sus medios de prueba. Según lo expresado en el número anterior, no puede probarse por testigos ningún acto o contrato superior a cierto valor, y, en consecuencia, las partes deberán precaverse de algún medio de prueba para acreditar la obligación. Pero el acto en ningún caso pasa a ser solemne, y siempre podrá probarse por otro medio: un principio de prueba por escrito unido a otra prueba, la confesión, presunciones, etc.

4°: Las formalidades de publicidad.

Estas se exigen en resguardo de los intereses de terceros en los casos que pueden verse afectados, y su inobservancia no acarrea la nulidad del acto, sino que su inoponibilidad a terceros (N° 149). El contrato no es solemne por la existencia de alguna de estas formalidades, ya que siempre valdrá entre las partes, pero evidentemente perderá mucho de su eficacia al no poderse oponer a terceros, y

5°. Las formalidades convencionales.

De acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar que un determinado contrato que van a celebrar no quede perfecto sin el otorgamiento de alguna formalidad, que puede consistir en el otorgamiento de algún documento.[57]

El legislador acepta esta convención; por ejemplo, en el Art. 1802 para la compraventa, y en el Art. 1921 para el arrendamiento. Pero el contrato no pasa por ello a ser solemne, sino que las partes pueden retractarse mientras no se otorgue el instrumento acordado.

6°. La firma electrónica: En este campo de las modificaciones que experimentan las formalidades, una de enorme trascendencia ha sido la introducción entre nosotros de la firma electrónica, por la Ley N° 19.799, de 12 de abril de 2002, intitulada "sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma".

Su Art. 1° fija el marco de aplicación en los siguientes términos:

"La presente ley regula los documentos electrónicos, y sus efectos legales, la utilización en ellos de firma electrónica, la prestación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de dicho servicio de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso".

[57] Véanse al respecto fallos publicados en la RDJ, T. 25, sec. 1ª, pág. 65 y T. 30, sec. 1ª, pág. 362. El Código italiano por su parte contiene una fórmula general para las formalidades convencionales en el Art. 1352 y presume que ellas han sido queridas para la validez del contrato.

El Art. 2° define los conceptos, y el 3° determina que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel, y se reputarán como escritos en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando consta igualmente por escrito, y la firma misma se considera firma manuscrita para todos los efectos legales con las excepciones previstas en los arts. 4° y 5°. No se aplica en los tres casos señalados en el Art. 3°, que son:

a. Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documentos electrónicos;

b. Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y

c. Aquellos relativos al derecho de familia.

El Título II de la ley reglamenta una de las materias más delicadas, la de los prestadores de servicios de certificación, que es un elemento clave de esta modernización.

Estos organismos deben otorgar los certificados de firma electrónica que reglamenta el Título IV de la ley, y que el Art. 2° letra b) define como la certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica, esto es, la manera de acreditar que la firma electrónica corresponde efectivamente a la persona de que se trate.

De más está decir que estamos en pleno desenvolvimiento de esta nueva tecnología que corresponde a la revolución electrónica, que algunos llegan a comparar con el invento de la escritura.

La Ley 20.217, de 12 de noviembre de 2007, modificó el Art. 342 y agregó un Art. 348 bis nuevo al C.P.C. para reglamentar la prueba en juicio de un documento electrónico.

69. III. *Los contratos reales. Decadencia actual.* Según el Art. 1443, el contrato real es el que se perfecciona por la tradición de la cosa a que se refiere.

En realidad, el precepto comete una impropiedad en el uso de los términos, pues la tradición es un modo de adquirir el dominio, y no en todos los contratos reales hay transferencia de él. Antes por el contrario, ello sólo ocurre por excepción, pues la regla general en los contratos reales es que quien recibe la cosa quede como mero tenedor de ella, con la obligación de restituirla, y no como dueño ni poseedor. Así, el depositario, el comodatario, el acreedor prendario, etc., son meros tenedores, pues reconocen el dominio ajeno, y por excepción, en el mutuo sí que hay tradición, porque el mutuario se hace dueño

LA REPRODUCCIÓN DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

Además de los factores señalados, ayudaron a la difusión del consensualismo las necesidades del comercio, que requiere de gran rapidez y fluidez, para lo cual constituyen un obstáculo los rigorismos formales.

Sin embargo, el consensualismo no deja de tener inconvenientes, ya que el consentimiento puede prestarse en forma precipitada, los terceros suelen ser perjudicados por su ignorancia del contrato que se ha celebrado, y las mismas partes pueden encontrar inconvenientes para probar su existencia y sus estipulaciones. De acuerdo a los Arts. 1708 y 1709, no pueden probarse por testigos los actos y contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias (antes 20 centavos, cantidad que si tuvo importancia al dictarse el Código Civil, la había perdido totalmente); salvo que exista un principio de prueba por escrito y haya sido imposible obtener prueba escrita (Art. 1711).

Por último, razones de fiscalización tributaria han aumentado la exigencia de escrituración, barrenando desde este campo también el principio consensual.

De ahí que se haya vuelto un poco atrás en la materia, siendo la tendencia actual de las legislaciones el retorno al formalismo, pero naturalmente las solemnidades presentes no se fundan en fórmulas sacramentales, sino que en general basta la escrituración privada y, otras veces, se exige también la inscripción en algún registro.

68. II. *Contratos solemnes.* De acuerdo al citado Art. 1443, el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas solemnidades especiales, de manera que sin ellas no produce efecto civil, esto es, es absolutamente nulo.

Ejemplos de contratos solemnes en el Código son la compraventa de bienes raíces y la hipoteca, que deben constar por escritura pública; el contrato de promesa, que debe hacerlo por escrito, etc. Los actos de familia son por regla general solemnes.

Para determinar cuándo un contrato es solemne, hay que atender a la formalidad a que está afecto, ya que ellas pueden ser de varias clases. En efecto, se distinguen las siguientes categorías:

1°. La solemnidad objetiva.

Es la que se exige en relación al acto en sí mismo, y es igual para todos los contratos de la misma naturaleza, como ocurre, por ejemplo, en el citado caso de la compraventa de bienes raíces, en que la formalidad es el otorgamiento de la escritura pública.

Estas solemnidades pueden ser de varias clases: instrumentos públicos o privados, concurrencia de algún funcionario público y de testigos, como ocurre en el matrimonio, etc.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

Es la exigencia de este tipo de solemnidades la que da a un contrato el carácter de solemne; su inobservancia priva al contrato de efectos civiles por la vía de la nulidad absoluta, según lo dispuesto en el Art. 1682: "la nulidad producida por la omisión de alguna formalidad que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, es absoluta". En doctrina incluso habría inexistencia del acto; éste no nacería a la vida jurídica.

En el contrato solemne, éste sólo queda perfecto cuando se otorga la solemnidad. Ello se ha discutido en torno a la escritura pública, y el problema es determinar cuándo queda ésta perfeccionada, porque desde ese momento el contrato está otorgado y las partes no podrán revocarlo. No nos corresponde naturalmente ahondar el punto que ha sido objeto de una abundante y contradictoria jurisprudencia,[55] pero en nuestro concepto, la escritura, y por ende el contrato, quedan a firme una vez que contienen todas sus estipulaciones y la firma de todos los concurrentes, aun cuando falte la exhibición de los documentos que la ley exige para que el notario pueda autorizarla, especialmente los que se refieren a pago de impuestos que gravan el contrato; todos ellos pueden suplirse después, autorizándose en tal oportunidad la escritura. El Art. 406, inciso final, del C.O.T. solucionó buena parte del problema, al disponer tras la reforma de la Ley 18.181, de 26 de noviembre de 1982: "Carecerá de valor el retiro unilateral de la firma estampada en el instrumento, si éste ya lo hubiere suscrito otro de los otorgantes".

2°. La formalidad habilitante.

Es la que se exige para la realización de ciertos actos de los incapaces, como ser, la autorización judicial para la enajenación de los bienes raíces del hijo (Art. 254).[56] La sanción por su inobservancia es la nulidad relativa.

La sola exigencia de estas formalidades no transforma al acto en solemne; obtenida la autorización judicial o cualquier otra formalidad de que se trate, el contrato puede ser consensual, a menos que la ley exija para éste alguna formalidad. Así ocurrirá normalmente, como en el ejemplo antes citado, en que se requiere la escritura pública, porque el legislador impone solemnidades para los actos que considera importantes, y para los mismos, por consecuencia, exige que los representantes legales se sometan a determinados requisitos para su otorgamiento.

[55] Véase Rep. Código Civil, 3ª edición, 1997, tomo V, pág. 29, N° 2, y RDJ, T. 66, sec. 1ª, pág. 35 y sec. 2ª, pág. 18.

[56] Antes era el Art. 255, y fue trasladado para la Ley de Filiación N° 19.585.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

de las cosas recibidas en mutuo, con cargo de restituir otras de igual género, cantidad y calidad.

Por ello es más propio definir el contrato real como el que se perfecciona por la entrega de la cosa.

Los contratos reales son todos unilaterales, pues sólo nace la obligación del que recibe la cosa de restituirla, pero pueden derivar en sinalagmáticos imperfectos, según vimos en el N° 59.

La noción de contrato real se encuentra en franca decadencia, y es muy posible que llegue a desaparecer.[58]

La aparición del contrato real puede considerarse un adelanto jurídico, ya que eliminó las exigencias primitivas de fórmulas o palabras sacramentales, bastando la simple entrega de las cosas; fue, en consecuencia, un paso hacia la simplificación y el consensualismo. Pero su mantención posterior resulta sorprendente, pues no tienen justificación jurídica. Pretendiendo darle alguna, Pothier sostenía que para que haya obligación de restituir se requiere previamente la entrega de la cosa que será necesario devolver, pero tal argumento se desvanece si se considera que existen numerosos contratos en que existe obligación de restituir, y desde luego uno tan importante y frecuente como el arrendamiento, sin que por ello sean reales.

¿Dónde está entonces la diferencia en cuanto a su perfeccionamiento entre el arrendamiento y el comodato o préstamo de uso? En el arriendo, por ejemplo, de un automóvil, la entrega de éste es el cumplimiento de la obligación contraída, y en cambio, en el comodato la misma entrega no es el cumplimiento de una obligación del comodante, sino que perfecciona el contrato. De éste nace una sola obligación: la del comodatario de restituir el vehículo a la expiración del comodato. La especie que se entrega debe estar físicamente presente en ese momento, lo que es un inconveniente más en estos contratos.

Para paliar este tropiezo puede recurrirse a la figura jurídica de una promesa de comodato; entonces el futuro comodante, por la promesa habrá adquirido la obligación de otorgar el contrato prometido, y como la forma de hacerlo en el comodato es la entrega de la especie prometida en préstamo, en definitiva, por la promesa el prometiente comodante adquiere la obligación de entregar, igual que en el arriendo. Entregada la especie, queda cumplido el contrato de promesa y otorgado el de comodato.

Todos estos subterfugios e inconvenientes se obviarían transformando estos contratos en consensuales o solemnes, y bilaterales o sinalagmáticos.

[58] Sobre contratos reales, véase F. José Osuna Gómez, *Del Contrato Real y de la Promesa de Contrato Real*, con prólogo de don Arturo Alessandri Rodríguez, Editorial Nascimento, Santiago, 1947.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Así, en el caso propuesto el comodante por el contrato de comodato se comprometería a entregar el automóvil, y el comodatario a restituirlo en la época convenida. El contrato sería consensual, o solemne si así lo exigiera la ley, y bilateral, porque nacerían dos obligaciones, una para cada parte. Y lo que hemos expuesto respecto del comodato vale para todos los contratos reales.

De ahí la decadencia de la institución en las legislaciones modernas. El Código alemán sólo les conserva claramente el carácter de reales al mutuo y la prenda; en los Códigos suizo, turco y polaco sólo lo mantiene este último. Sin embargo, otros Códigos, como el de Perú, y el italiano, mantienen en su pleno vigor la noción de contrato real. En la doctrina, la mayor parte de los autores se inclinan por la tendencia a otorgarles el carácter de consensuales, o solemnes y bilaterales.

70. IV. *Importancia de la clasificación de los contratos en consensuales, solemnes y reales.* Ha quedado prácticamente señalada en los números anteriores la importancia de esta clasificación de los contratos: ella reside en la determinación del momento en que se perfeccionan; para su validez, ya que la falta de solemnidad exigida por la ley acarrea la nulidad absoluta del contrato, según dijimos, y finalmente, para la prueba, conforme al adagio de que el acto solemne se prueba por sí solo. Incluso, si la exigencia es de un instrumento público como formalidad, su falta no puede suplirse por otra prueba (Art. 1701), prueba que no tendría ningún objeto, por lo demás, puesto que el contrato es nulo.

Párrafo 4°

Contratos principales y accesorios

71. *Concepto.* Esta clasificación está enunciada por el Código en su Art. 1442 en los siguientes términos: "El contrato es *principal* cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y *accesorio*, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella".

O sea, que esta clasificación atiende a la manera como existen los contratos: los principales no necesitan de otros para subsistir, y los accesorios, como tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, no existen si no hay otra obligación a la cual acceder.

En consecuencia, los contratos accesorios son los de garantía, que tienen por objeto dar una seguridad al crédito al cual acceden, o de caución, como también se les llama. El Art. 46 del Código declara que

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"*caución* significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".

Si bien requiere siempre de una obligación de la cual es accesoria la que se contrae por el contrato accesorio, no es fuerza que exista otro contrato, porque la obligación principal que se garantiza puede tener su origen no sólo en aquél, sino en cualquier otra fuente de las obligaciones, y así se puede caucionar el cumplimiento de una obligación extracontractual, emanada de la sola ley, de un cuasicontrato, de un hecho ilícito, por medio de un contrato accesorio.

72. *Caución y garantía.* Sabemos que el deudor responde de su obligación con todo su patrimonio embargable (N° 581); es la seguridad que cualquier crédito da al acreedor, pero ella puede resultar insuficiente frente a un deudor contumaz o insolvente. Por ello adquiere una importancia fundamental para el acreedor contar con una garantía de cumplimiento.

No es lo mismo garantía que caución; la primera es el género, la segunda, la especie. La garantía es cualquier seguridad que se le otorga a un crédito, y de la cual no todos ellos gozan; toda garantía es un accesorio del crédito, pero no tiene vida propia, mientras que la caución es una obligación accesoria; supone, según lo expresado, un contrato en que las partes constituyen esta seguridad para un crédito.

Y así constituyen una garantía pero no una caución, la condición resolutoria tácita, porque si el deudor no cumple, le permite al acreedor obtener la restitución de lo dado o pagado o inhibirse de cumplir su propia obligación; la excepción del contrato no cumplido y el derecho legal de retención (N° 947), porque también permiten al acreedor obtener el cumplimiento presionando al deudor con el propio incumplimiento; los privilegios y preferencias para el pago (N° 979), ya que permitirán al acreedor pagarse antes que los demás acreedores, etc. Y no son cauciones por la señalada razón de que no son obligaciones accesorias contraídas para la seguridad del crédito.

Sin embargo, suele usarse la expresión garantía como sinónimo de caución, o sea, se le da un sentido restringido.

Las cauciones pueden ser personales y reales.[59]

Las primeras garantizan al acreedor, porque va a haber más de un patrimonio respondiendo de la obligación. Así ocurre en la fianza, solidaridad pasiva y cláusula penal, constituida por un tercero, que son

[59] Sobre cauciones véase Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las Cauciones*, Contable Chilena Ltda. Editores, Santiago, 1981, 2ª edición.

especies de cauciones personales.[60] Como el acreedor tiene el derecho de garantía (prenda) general sobre todos los bienes del deudor de acuerdo al Art. 2465, si hay un fiador o un codeudor solidario, el acreedor gozará de este derecho sobre un número mayor de patrimonios, por lo que se hace más difícil que la insolvencia del deudor le impida cobrar su crédito, pues en tal caso lo hará efectivo en el patrimonio del codeudor solidario o fiador. Tiene una defensa en caso de insolvencia del deudor, que no existiría sin caución.

En la caución real hay una mayor garantía aún, pues consiste en afectar un bien determinado, mueble o inmueble, al cumplimiento de la obligación. Son casos de ella la hipoteca, la prenda y la anticresis, esta última de mucho menor importancia. Reduciéndonos a la prenda e hipoteca, son la máxima seguridad de pago, porque constituyen derechos reales, y otorgan al acreedor facultad para perseguirlos en manos de quien se encuentre la cosa dada en prenda o hipotecada, y sacarla a remate para pagarse con el producto de la subasta.

73. *Importancia de la clasificación de los contratos en principales y accesorios.* Ella radica, de acuerdo al antiguo aforismo, en que el contrato accesorio sigue la suerte del principal,[61] y así extinguida la obligación principal, por cualquiera de los modos que estudiaremos en la parte final de este volumen, igualmente se extingue la accesoria que la garantiza. También, traspasado por acto entre vivos o por causa de muerte el crédito a que acceden, se traspasan con él sus cauciones.

A la misma regla se someten todos los demás accesorios del crédito: privilegios, intereses, etc.

74. *Los contratos dependientes.* La doctrina ha agrupado algunos contratos parecidos a los accesorios bajo la denominación de contratos dependientes. Son ellos los que necesitan también de otro acto jurídico para su existencia, en lo que se asemejan a los accesorios, pero no aseguran el cumplimiento de una obligación, en lo que se diferencian precisamente de ellos.

Un ejemplo típico es la novación que no puede nacer a la vida jurídica si no existe una obligación primitiva a la cual extingue para dar nacimiento a una nueva (N° 1.104).

Otro ejemplo son las capitulaciones matrimoniales que el Art. 1715 define como las convenciones de carácter patrimonial que celebran los

[60] Sobre la cláusula penal como caución, véase el N° 907, pero adelantemos que si la constituye el propio deudor, la garantía es meramente psicológica: que éste tratará de evitarla cumpliendo.

[61] Así se ha fallado: RDJ, T. 90, sec. 1ª, pág. 43.

esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. Son dependientes, pues no pueden existir sin la celebración del matrimonio.

Párrafo 5°

Clasificaciones doctrinarias de los contratos

75. *Enunciación.* Las anteriormente estudiadas son las clasificaciones de los contratos que establece el Código; a ellas, la doctrina agrega otras divisiones de menor importancia, que ya hemos enunciado y que examinaremos en este párrafo: preparatorios y definitivos; de libre discusión y de adhesión; colectivos e individuales; de ejecución instantánea y sucesiva, y nominados e innominados. Terminaremos señalando otras categorías de contratos.

76. I. *Contratos preparatorios o preliminares y definitivos.* En términos bastante generales, contrato preparatorio o preliminar es el que tiene por objeto la celebración en el futuro de otro contrato: el definitivo.

La teoría del contrato preparatorio es muy reciente y se encuentra en plena elaboración, y prácticamente en la doctrina no hay acuerdo alguno respecto de ellos ni tampoco cuáles quedan incluidos en tal categoría. El caso sin duda más típico es el de la promesa de celebrar un contrato que se denomina precisamente contrato de promesa, y a que se refiere el Art. 1554 del Código.[62]

77. II. *Contratos de libre discusión y de adhesión.* En el contrato de mutuo acuerdo o de libre discusión, que los franceses llaman *gré à gré*, las partes, de común acuerdo, establecen libremente las estipulaciones del convenio: hay ofertas y contraofertas, conversaciones y finalmente el contrato es una forma de transacción de los intereses de las partes.

En cambio, el contrato de adhesión se caracteriza porque la oferta la hace una de las partes conteniendo todas las estipulaciones del mismo, sobre las cuales no acepta discusión ni regateo alguno; la contraparte o acepta el contrato tal como se le ofrece o se abstiene de contratar; no existe otra alternativa para ella: lo toma o lo deja, según el decir popular. La tónica de estos contratos es el desequilibrio económico entre la parte que impone el contenido del acuerdo, generalmente una empresa monopólica, y el otro contratante.

[62] Contrato de Promesa, ob. cit. Véase también el completísimo estudio de Fernando Fueyo L., *Derecho Civil*, tomo V, "Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones", volumen II, Contratos preparatorios, Universo, Santiago, 1963.

Nuestros tribunales han recogido esta clasificación de los contratos, dándole esta calidad al de cuenta corriente bancaria.[63]

Ejemplos típicos son el de seguro, el de transporte con una empresa, los servicios de utilidad pública, etc. El asegurado no tiene elección posible: o contrata en los términos de la póliza o no toma el seguro; igual ocurre con quien desea viajar en avión, tren o barco: debe someterse a las condiciones de la empresa, etc.

Esta falta de igualdad ha permitido que se niegue a estos contratos la calidad de tales (N° 52), pues no habría acuerdo de voluntades, sino la imposición de una de ellas, y yendo más lejos, se ha pretendido, por lo que se verá en los números siguientes, asimilarlos al Derecho Público. Pero la verdad es que el interesado siempre tiene la relativa libertad de contratar o no y además en cualquier contrato puede presentarse la misma situación en que una de las partes, por la necesidad en que se encuentra la otra, fuerce a su favor las estipulaciones del mismo.

No hay, pues, tal falta de consentimiento, pero sí el evidente peligro de que la parte débil del contrato se vea obligada a suscribirlo en términos leoninos. Por ello, el Estado interviene en estos contratos, lo que nos llevará a hablar en los números siguientes de los llamados contratos dirigidos y forzosos.

El Código italiano, en su Art. 1341, establece algunas restricciones para los contratos en que las condiciones generales son establecidas por uno de los contratantes: sólo son eficaces si la contraparte las ha conocido o debido conocer, y hay algunas, como las limitaciones de responsabilidad, que deben ser específicamente aprobadas por escrito. Las mismas soluciones da en general la doctrina para estos problemas.

Finalmente, y antes de pasar a tratar los contratos dirigidos y forzosos, digamos que los contratos de adhesión no deben ser confundidos con la adhesión a un contrato celebrado por otras personas. En efecto, hay ciertas convenciones, llamadas "abiertas", en que pueden incorporarse terceros al régimen estipulado; un ejemplo típico es la sociedad anónima, en que los que van entrando a la sociedad otorgan una escritura en que aceptan el contrato social (Art. 22 de la Ley 18.046, de 22 de octubre de 1981).

77 bis. *Protección del consumidor y limitaciones a las cláusulas llamadas abusivas.* Hay toda una tendencia en la legislación universal, que incide principal, pero no únicamente, en los contratos de adhesión, a proteger a la persona económicamente más débil en la contratación. El principio de la autonomía de la voluntad se basa en el supuesto de la igualdad de las partes que contratan, y de ahí que se les permita convenir libremente

[63] F.M. N° 402, sent. 7ª, pág. 213.

sus estipulaciones, pero hoy en día, más que antes, ello ha dejado de ser verdad, porque no hay duda que existe una gran diferencia cuando un simple particular contrata con esos verdaderos gigantes de la economía que son las empresas multinacionales, hoy difundidas por todo el planeta en el proceso llamado de globalización. De ahí deriva una defensa jurídica de los menos poderosos, y que restringe la libertad de contratar.

Una vía son los procesos antimonopólicos consagrados entre nosotros desde hace varias décadas en la llamada "Ley Antimonopolios" o de "Defensa de la Libre Competencia", D.L. N° 211, del año 1973, cuyo texto refundido está contenido en el D.S. N° 511, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 17 de septiembre de 1980, y publicado en el Diario Oficial del 27 de octubre del mismo año, modificado por la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003, que creó el Tribunal de la Libre Competencia.

La otra vertiente protectora directa está contenida en la Ley de Protección del Consumidor N° 19.496, de 7 de marzo de 1997, modificada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004. Esta ley tiene amplios antecedentes desde la década del 30, en que se creó un organismo regulador en beneficio del consumidor, que ha tomado distintos nombres, Comisariato de Subsistencia y Precios, Dirección de Industrias y Comercio (Dirinco), y hoy Servicio Nacional del Consumidor (Sernac).

En un afán de liberalización económica, en la década del 80 se dictó la Ley N° 18.223, de Protección al Consumidor, que derogó el D.L. N° 280 de 1974, y el D.S. N° 1.379, de 21 de octubre de 1966, del mismo Ministerio ya citado y que contenía las últimas normas que reglamentaban directamente las medidas de protección del público frente a su proveedor. Dicha ley sancionaba diversas actividades y los procedimientos a que daban lugar estas infracciones fueron de competencia de los Juzgados de Policía Local. Esta ley incipiente no se introdujo directamente en los contratos, lo que sí hizo la actualmente vigente, N° 19.496, que derogó a la anterior. Esta ley interviene en los contratos mismos, recogiendo la tendencia universal del legislador, de la doctrina y de la jurisprudencia contemporáneas en torno a la materia.

Entre nosotros se ha preocupado del tema el profesor Jorge López Santa María.[64]

[64] Véase Jorge López Santa María, "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", en Cuaderno Jurídico de la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, N° 4, abril de 1996.

Respecto de la Ley de Protección al Consumidor, véase *Manual de Derecho de Protección al Consumidor*, de Hernán Menanteau Horta, Ediciones Congreso, año 2000.

Podemos citar las siguientes sentencias que aplican esta legislación:

1. De la C.A. de Santiago, 14 de abril de 2004, publicada en la G.J. N° 286, pág. 91: los servicios educacionales quedan sujetos a la Ley del Consumidor;

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY Nº 17.336)

Esta ley establece los derechos y deberes del consumidor o usuario y del proveedor, la intervención del organismo público citado, Sernac, y de las organizaciones privadas para la defensa de los derechos de los consumidores o usuarios, una acción o procedimiento especial cuando se ve afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores (con un efecto muy especial de que la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o de los demandados produce efectos erga omnes, y por eso se habla de "demandas colectivas"), etc. Esta materia, muy novedosa entre nosotros, tiene un fallo en un caso que afecta al Banco del Estado, y una importante transacción en materia de intereses.[65]

Es en su párrafo 4° del Título I, donde se consignan las limitaciones a los contratos de adhesión establecidas en los arts. 16, 16A, 16B y 17 de la ley. Esta fija igualmente la competencia y procedimiento ante la justicia de policía local para los conflictos que ella reglamenta.

La ley comienza por fijar su campo de aplicación, para lo cual

2. Las infracciones a los derechos del consumidor no pueden someterse a arbitraje, publicada en L. & S. N° 18, pág. 147;

3. De la C.A. de Valparaíso de 12 de abril de 2006, publicada en L. & S. N° 16, pág. 156, sentencia N° 1, sujetando a la Ley del Consumidor hechos ocurridos en el estacionamiento del proveedor;

4. De la C.A. de Santiago de 19 de abril de 2006, publicada en L. & S. N° 16, pág. 151, sentencia N° 2: no se aplica la Ley del Consumidor al proveedor que aceptó una tarjeta bloqueada;

5. De la C.A. de Santiago de 6 de enero de 2006, publicada en L. & S. N° 9, pág. 133, en que además se aplicó la obligación de seguridad (ver N° 933);

6. De la misma C.A., de 11 de octubre de 2005, publicada en L. & S. N° 3, pág. 101, en que se aplicó la Ley del Consumidor a un contrato cuya letra se redujo exageradamente, y por esta y otras circunstancias, se le declaró contrato de adhesión.

7. En sentencia publicada en L. & S. N° 1, pág. 67, y N° 3, pág. 114 (esta última de la C.A. de Santiago de 5 de octubre de 2005), se consideró el contrato de educación de establecimientos de educación secundaria como actos de comercio, y por ende, sujetos a la Ley del Consumidor;

8. Otra sentencia de la C.A. de Santiago de 12 de octubre de 2005, publicada en L. & S. N° 3, pág. 115, aplicó esta ley en un caso de prestaciones médicas;

9. También, la misma Corte en sentencia de 28 de septiembre de 2005, publicada en L. & S. N° 2, pág. 113, la aplicó en materia de servicios sanitarios por corte de suministro de agua;

10. En un fallo de la misma Corte, de 6 de noviembre de 2006, publicado en L. & S. N° 29, pág. 136, se aplica la Ley del Consumidor al arriendo de aparatos telefónicos asociados a un celular;

11. En sentencia de la C.A. de Concepción de 13 de octubre de 2006, publicada en L. & S. N° 28, pág. 116, se declaró que no constituye vejamen ni menoscabo alguno el uso de alarma a la salida de una multitienda;

12. Finalmente, en L. & S. N° 13, págs. 2 y sgtes., se analizan distintas sentencias que se refieren al ámbito de aplicación de la ley.

Puede apreciarse que hay una vasta jurisprudencia al respecto.

[65] El fallo se publica en la G.J. N° 301, pág. 155, sentencia N° 7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY Nº 17.336)

define el contrato de adhesión como "aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido" (Art. 1° N° 6), y también define quiénes son consumidores o usuarios y proveedores en los N°s 1 y 2 del Art. 1°, que son del siguiente tenor:

"1. Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios.

2. Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

No se considerarán proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente".

Estas legislaciones tienen un grave riesgo, puesto que en su positivo afán de proteger al más débil en la contratación, pueden transformarse en un elemento de amparo del contratante incumplidor. Por ello es importante el Art. 2°, que estableció que sólo se aplica a los actos jurídicos que sean mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor, lo que fue posteriormente ampliado por la Ley N° 19.955, a otros contratos específicos.

En consecuencia, no se aplica a los contratos ocasionales en que el vendedor no tenga el carácter de proveedor habitual. Tampoco se aplica a los actos que estén regulados por leyes especiales, como ocurre, por ejemplo, con los servicios públicos de energía, sanitarios, etc., "salvo (como dice la ley) en las materias en que estas últimas no prevean", y otras contraexcepciones agregadas por la citada ley modificatoria.

Uno de estos casos de legislación especial más importante proviene de la Ley N° 19.472, de 16 de septiembre de 1996, que "Modifica el D.F.L. N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, estableciendo normas relativas a la calidad de la construcción" (véase N° 285 bis C). La letra e) actual del artículo 2°, modificado por la Ley N° 19.955, mantuvo esta excepción expresamente.

Las restricciones a los contratos, como decíamos, estaban contempladas en los arts. 16 y 17, y la Ley N° 19.955 modificó el artículo 16, y agregó dos artículos: 16A y 16B, todos los cuales tienden a dejar sin efecto aquellas cláusulas que el legislador considera peligrosas.

Principalmente, se trata de evitar lo que en el lenguaje comercial y jurídico se ha llamado "la letra chica", o sea, todas esas estipulaciones que alteran las reglas normales de la contratación y que dejen en la indefensión al otro contratante, o aquellas consideradas "abusivas", esto

es, un exceso del contratante poderoso, que por esta última calidad, las impone a su contraparte.

El Art. 17 es el que establece que los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la Ley N° 19.496, deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo las palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico y salvo que el consumidor lo acepte expresamente con los requisitos que el precepto establece. Este agrega que en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí. Es esta una regla de interpretación complementaria a la del Código Civil.

El Art. 16 letra d) sanciona aquellas cláusulas que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (véase N° 864.4°) y en su letra e) aquellos que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, o letra c), pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables.

En general, la sanción a la infracción del Art. 17 es que las cláusulas que infringen sus disposiciones son inoponibles al consumidor, mientras que en el Art. 16 no producirán efecto alguno las cláusulas sobre estipulaciones que infrinjan sus prohibiciones.

Como en nuestra legislación no se aplica la inexistencia, concluíamos, con la sola Ley N° 19.496, que la sanción es la nulidad absoluta por infringir prohibiciones legales, pero únicamente de la cláusula, salvo en el caso de la letra f), que se refiere a los contratos que "incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato", en que afectará a todo éste. Así lo confirmó la modificación de la Ley N° 19.955, agregando otras razones que pueden llevar a anular el contrato.

El inciso penúltimo del Art. 16 señala que si en el contrato de adhesión hay árbitro o árbitros designados, el consumidor podrá recusarlos sin expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente, todo ello, dice la ley, conforme a las reglas del C.O.T., lo cual deberá ser informado al consumidor o usuario.

Dado que interviene la justicia ordinaria y sus procedimientos, la disposición sólo podrá operar en contratos de importancia y difícilmente en los que la tengan menor, porque además la norma origina bastantes dudas de redacción. El actual artículo 168 aplica el mismo procedimiento del Título IV de la Ley del Consumidor.

78. A. *El contrato dirigido.* Como decíamos, el Estado interviene en los contratos en que existe desigualdad económica de las partes, fijando

todas o algunas estipulaciones de los mismos: tarifas a las empresas de servicios, etc.

En los contratos de seguros, a través de un organismo especializado, la Superintendencia de Valores y Seguros (que reemplazó a la Superintendencia de Compañías de Seguros, Bolsas de Comercio y Sociedades Anónimas), fiscaliza la actuación de las compañías dedicadas al ramo, e incluso en ciertos tipos de seguros estableció pólizas únicas iguales para todas ellas: es lo que se llama contrato formulario o tipo. El mismo servicio había transformado prácticamente a las sociedades anónimas también en un contrato dirigido, cada vez más cercano al contrato tipo. La legislación actual limitó su control a las sociedades anónimas abiertas.

Un caso de contrato tipo encontramos para los condominios de viviendas sociales, regidas por el Título IV de la Ley sobre Copropiedad Inmobiliaria N° 19.537, de 16 de diciembre de 1997, y cuyo Art. 43 faculta al Ministerio de Vivienda y Urbanismo a dictar un Reglamento de Copropiedad tipo para los condominios de viviendas sociales (ver N° 80, 3°).

Este reglamento tipo fue aprobado por Resolución N° 230 de dicho Ministerio, de 7 de abril de 1998, publicada en el Diario Oficial de 17 de junio del mismo año. Los interesados pueden, eso sí, "adaptar sus disposiciones a sus necesidades".

79. B. *El contrato forzoso.* En el contrato de adhesión, cuando al menos teóricamente a la contraparte le queda la posibilidad de la abstención; en el contrato forzoso las partes están obligadas a ligarse jurídicamente entre sí por disposición de la autoridad, aun cuando pueden libremente acordar algunas o todas las condiciones de la convención. Así ocurre, por ejemplo, cuando el legislador exige a ciertas empresas o personas asegurar los riesgos que provocan a terceros.

Pero cuando las partes están obligadas a una relación jurídica y ella se encuentra imperativa e íntegramente reglamentada por el legislador, creemos que es erróneo hablar de contrato forzoso, pues en verdad aquí sí que no hay contrato, sino obligaciones legales. Es el caso, entre nosotros, por ejemplo, de las leyes sobre arrendamiento, que permiten al arrendatario continuar la ocupación de la propiedad arrendada no obstante haberse extinguido el arriendo (N° 1.166), hoy bastante atenuadas por reformas efectuadas en las últimas décadas.

80. III. *Contratos individuales y colectivos.* El contrato individual no es sólo la regla general, sino el único que conoció el Código Civil: es aquel en que todos los que se obligan han concurrido a otorgar su consentimiento y el contrato, en consecuencia, afecta únicamente a quienes han intervenido en su celebración.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

El contrato colectivo obliga, en cambio, a personas que no han concurrido con su consentimiento al perfeccionamiento del convenio. Es un producto de la evolución social y económica del Derecho. El legislador, a los individuos que se encuentran en una misma situación determinada por la ley, los considera como un grupo o colectividad con un interés homogéneo, y sin perjuicio de los contrapuestos que pueden haber entre ellos; dadas ciertas condiciones, como ser mayorías preestablecidas, o la intervención de ciertos órganos que en un sentido representen a todos los interesados, quedan todos ellos obligados aun cuando no hayan concurrido al acto con su voluntad. Semejantes contratos constituyen también un marcado alcance al principio del efecto relativo del acto jurídico, y por ende del contrato: éste afecta normalmente sólo a las partes que lo han celebrado (N° 107). Aquí, a quienes no han intervenido.

Un contrato en que concurren muchas personas, no por ese solo hecho pasa a ser colectivo; si el consentimiento de todos los interesados es necesario, el contrato sigue siendo individual. Igualmente, no basta con que intervenga alguna colectividad, y así, si una persona jurídica contrata con otra, no hay contrato colectivo, ya que la característica de éste es que afecta a todas las personas, naturales o jurídicas, que se encuentren en la situación prevista por la ley aun cuando no presten su propio y personal consentimiento.

En nuestra legislación podemos citar los siguientes casos bien caracterizados de convenciones colectivas:

1°. El convenio de acreedores.

Ya el C. C. previó la existencia de un convenio colectivo, puesto que en el Art. 1622, a propósito de la cesión de bienes (N° 968), declaró que el convenio de acreedores celebrado con las mayorías que fije el "Código de Enjuiciamiento", es obligatorio para todos los acreedores citados en la forma debida.

Pero actualmente no es el C.P.C. el que reglamenta la materia, sino el Art. 190 de la Ley de Quiebras: el convenio de acreedores se entiende aprobado con el voto favorable de los dos tercios de los concurrentes, a condición que representen a lo menos las tres cuartas partes del pasivo, determinado en la forma que indica el propio precepto. Aprobado con esta mayoría, el convenio obliga a los acreedores de la minoría disidente o no concurrente (véase N° 964).

2°. El contrato colectivo de trabajo.

Con mucha más claridad los Arts. 17 y 124 del antiguo C. del T. consagraban un caso clarísimo de contrato colectivo. El D.L. 2.758 de 29 de junio de 1979 lo atenuó bastante, pero de todos modos el contrato colectivo de trabajo obligaba a todos los trabajadores que concurrían

a su otorgamiento, y se imponía a los contratos individuales de los trabajadores involucrados. (Arts. 122 y 124 de la Ley 19.069, de 30 de julio de 1991.)

Hoy se refiere a la materia el C. del T. en el Título III del Libro 4°, arts. 344 y sgtes., y sus estipulaciones reemplazan a la de los contratos individuales (Art. 348).

3°. Copropiedad Inmobiliaria.

La ley N° 6.071, de 16 de agosto de 1937, estableció entre nosotros la venta de los diversos pisos de un edificio y los departamentos en que se divide cada piso.

Su texto definitivo fue fijado en el Capítulo V del D.S. N° 880 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes el 18 de abril de 1963, publicado en el Diario Oficial de 16 de agosto del mismo año.

En su Art. 15, que pasó a ser 58, en el texto refundido, establecía un caso interesante de convención colectiva.

Para resolver los problemas de administración y conservación del edificio, los interesados podían otorgar un Reglamento de Copropiedad con normas obligatorias para los que lo celebraban y sus sucesores en el dominio del piso o departamento. A falta de Reglamento, el mencionado precepto disponía que en las Asambleas de Copropietarios citadas en conformidad a la ley, podían tomarse acuerdos por la mayoría de los concurrentes, que representaran, a lo menos, las dos terceras partes del valor del edificio. Tales acuerdos obligaban a todos los copropietarios, aun cuando no hubieran concurrido o votado en contra.

La Ley N° 19.537, de 16 de diciembre de 1997, sobre Copropiedad Inmobiliaria, en su Art. 48, derogó la Ley N° 6.071, pero de acuerdo al Art. 49, las comunidades de copropietarios acogidos a esta ley se continúan rigiendo por sus Reglamentos de Copropiedad, salvo acuerdo unánime en contrario.

La nueva ley es más amplia, ya que de acuerdo al inciso 1° del Art. 1° "La presente ley regula un régimen especial de propiedad inmobiliaria, con el objeto de establecer condominios integrados por inmuebles divididos en unidades sobre las cuales se pueda constituir dominio exclusivo a favor de distintos propietarios, manteniendo uno o más bienes en el dominio común de todos ellos".

Su Reglamento está contenido en el D.S. N° 46, de 31 de marzo de 1998, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio del mismo año.

Los Arts. 28 y siguientes de la ley se refieren al Reglamento de Copropiedad, pero a diferencia de la ley anterior, su otorgamiento es obligatorio. Los acuerdos adoptados en las correspondientes asambleas con los quórum

respectivos afectan a todo propietario, aunque no haya concurrido a su adopción, con lo cual mantiene su carácter de contrato colectivo.[66]

Otro síntoma de este mismo fenómeno de extender los efectos de una actuación jurídica se da en las llamadas acciones colectivas de la Ley del Consumidor a que se refiere el N° 77 bis. Aquí son efectos del contrato los que terminan extendiéndose a otros contratantes sin su intervención.

81. IV. *Contratos de ejecución instantánea y sucesiva.* Esta clasificación atiende a la forma en que se cumplen las obligaciones emanadas del contrato.

Este puede generar, desde el punto de vista señalado, tres tipos de obligaciones:

1°. De ejecución única e instantánea.

Estas obligaciones se ejecutan de una sola vez, extinguiéndose ellas y el contrato mismo; por ejemplo, en la compraventa, la obligación del vendedor se cumple entregando la cosa, con lo cual se extingue, y la del comprador, pagando el precio, con lo cual queda extinguida igualmente. Por lo general, el contrato no producirá otro efecto, aunque puede generarlo, como ser la obligación de saneamiento del vendedor.

2°. De ejecución única pero postergada o fraccionada.

Es el mismo caso anterior, con la única diferencia que alguna o todas las obligaciones se cumplen en épocas prefijadas o por parcialidades, como ocurre comúnmente en la propia compraventa, con la de pagar el precio; así, puede estipularse que el precio se pague en 10 cuotas mensuales consecutivas iguales, o la cosa genérica vendida se entregue también por parcialidades.

El contrato en este último caso, con las diferencias propias de la modalidad introducida, se rige por las mismas reglas anteriores, y

3°. De ejecución sucesiva o de tracto sucesivo.

Se caracteriza este tipo de contrato porque las obligaciones van naciendo y extinguiéndose sucesiva y periódicamente mientras dure la vigencia de ellos, de manera que cumplida una de las obligaciones, nace otra de la misma naturaleza y extinguida ésta, la próxima, y así sucesivamente.

El ejemplo más típico de contrato de tracto sucesivo es el arrendamiento, en que el arrendador está cumpliendo constantemente su obligación de proporcionar al arrendatario el goce tranquilo y pacífico de la cosa arrendada, y éste de pagarle periódicamente la renta esti-

[66] Según fallo publicado en L. & S. N° 29, pág. 138, corresponde al juez de Policía Local conocer de un juicio indemnizatorio por infracción de los preceptos de la copropiedad inmobiliaria.

pulada hasta la extinción del arriendo. Igual ocurre en el contrato de trabajo, en el suministro de mercaderías, etc.

Equivocadamente la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que un contrato cuyo precio se paga en cuotas es un contrato de tracto sucesivo;[67] éste es un caso del número anterior, esto es, de ejecución postergada o fraccionada.

Esta clasificación tiene gran importancia porque todas las características especiales que señalamos en el N° 60 para los contratos bilaterales se dan en forma distinta en los contratos de tracto sucesivo, pues la extinción de ellos, por cualquier causal legal, no afecta normalmente a las obligaciones ya cumplidas, y así:

1°. La resolución por incumplimiento.

Como dijimos, en todo contrato bilateral va envuelta la condición de no cumplirse por la otra parte lo pactado; si en definitiva hay incumplimiento, puede solicitarse la resolución del contrato, la que, declarada, opera con cierto efecto retroactivo (N° 496), y así, en la compraventa, el vendedor que no entrega la cosa debe restituir el precio recibido.

En los contratos de tracto sucesivo la resolución toma el nombre de terminación y opera únicamente hacia el futuro; las obligaciones cumplidas quedan a firme, pues, por ejemplo, sería imposible que el arrendatario restituyera el goce que ha ejercido en la cosa, y por lo mismo el arrendador no está obligado a devolver las rentas recibidas.

2°. El riesgo.

Si la obligación de una de las partes en el contrato de tracto sucesivo se hace imposible por caso fortuito, se extingue y se pone fin al contrato, pero tampoco esta finalización afecta a las obligaciones ya cumplidas (N° 1.210).

También tiene importancia en otros aspectos:

3°. Extinción unilateral del contrato.

Por regla general los contratos no pueden quedar sin efecto por la sola voluntad de una de las partes; en los de tracto sucesivo suele aceptarse la revocación unilateral si no hay plazo prefijado, verbigracia, por el desahucio en el arrendamiento y contrato de trabajo, y

4°. La imprevisión.

Según se ha dicho y lo veremos más adelante (N° 855), esta teoría pretende alterar el contrato estipulado cuando su cumplimiento se ha vuelto muy gravoso para una de las partes; ni aun en doctrina ella podría afectar a los contratos de ejecución única e instantánea.

[67] G.J. N° 128, sent. 2ª, pág. 78.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO

82. V. *Contratos nominados e innominados.* Antes que todo, debemos advertir que esta clasificación es diferente a la que hacían los romanos con la misma designación; en el Derecho Romano los contratos nominados otorgaban acción y los innominados eran los pactos carentes de ella.

El criterio actual para determinar si un contrato es nominado o innominado es únicamente si se encuentra reglamentado por el legislador o no. Los primeros están expresamente establecidos en los textos legales y son, desde luego, los de más frecuente aplicación: compraventa, arrendamiento, permuta, sociedad, mandato, mutuo, etc.

Los contratos innominados tienen naturalmente un nombre, pero no están reglamentados por el legislador y son incontables, ya que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden unirse entre sí con todos aquellos vínculos jurídicos que sean capaces de imaginar, mientras no vayan contra la ley, el orden público o las buenas costumbres.[68]

Contratos innominados más o menos frecuentes son: el de talaje,[69] edición,[70] representación teatral, etc. Fallos de nuestros tribunales han señalado tal carácter a la enajenación de derecho de llave,[71] enfiteusis,[72] postergación,[73] y a estos dos casos que citamos especialmente porque permiten una cabal comprensión de lo que es el contrato innominado y las reglas que lo gobiernan, por ejemplo: una tía pidió a su sobrina que la acompañara a vivir en Europa, prometiéndole una recompensa; a la muerte de su tía, la sobrina demandó a los herederos cobrando dicha recompensa, y la Corte Suprema acogió la pretensión declarando que no se trataba de un arrendamiento de servicios, sino de un contrato innominado.[74]

[68] Fallos publicados en la RDJ, T. 21, sec. 1ª, pág. 391 y T. 44, sec. 1ª, pág. 450.

La Corte Suprema, en fallo del 9 de agosto de 1988, publicado en la RDJ, T. 85, sec. 5ª, pág. 143, resolvió que el contrato innominado está amparado por el Art. 1545, y no puede ser revocado unilateralmente.

[69] Fallo publicado en la G.T. de 1916, 1er sem., N° 249, pág. 754.

[70] En la ley N° 17.336 de 2 de octubre de 1970 sobre Propiedad Intelectual, se reglamentan la edición, representación y otros contratos relacionados con la propiedad intelectual, con lo que dejan de ser innominados. Es lo que ocurre normalmente con ellos: si se hacen frecuentes, se incorporan a la categoría de nominados.

[71] Fallo publicado en la RDJ, T. 61, sec. 1ª, pág. 48.

[72] Fallo publicado en la RDJ, T. 21, sec. 1ª, pág. 391. Nuestro legislador a diferencia de los Códigos francés, italiano, etc., no reglamentó la enfiteusis, que es como un arrendamiento con ciertas características especiales, plazos extensos y conferir en algunas legislaciones un derecho real. La sentencia citada expresó que no había inconveniente, no obstante la omisión del Código chileno, de aceptar este contrato. Naturalmente que las partes no podrán darle la categoría de derecho real, pues ella sólo la establece la ley.

[73] Corte de Valparaíso, 6 de agosto de 1929, Jurisprudencia al Día de 1929, pág. 464, citada por Rep., tomo IV, N° 6.

[74] Publicado en RDJ, T. 7, sec. 1ª, pág. 5. La verdad es que había envuelto en este caso un problema de pacto sobre sucesión futura, que como sabemos prohíbe el Art. 1463,

Se ha calificado también de innominado el arriendo de un box o estacionamiento para guardar automóviles, con características de arrendamiento de cosas y de depósito, esto último por el cuidado que debe otorgarse al vehículo, lo que tiene especial importancia por la responsabilidad que impone al arrendador.[75]

En la práctica, el mayor número de casos de contratos innominados resulta de la combinación de elementos de contratos nominados, lo que tiene importancia para la interpretación de los mismos.

En efecto, el problema que plantean los contratos no reglamentados es doble: el primero, de su eficacia que ya hemos visto es universalmente aceptada,[76] y luego de determinar las reglas que los regirán.

En el contrato nominado, como veremos en la siguiente sección, para interpretarlo deberá antes que todo calificársele, esto es, determinar de qué contrato se trata: compraventa, permuta, arrendamiento, etc., y hecho esto, se aplicarán, a falta de estipulación de las partes, las normas supletorias dadas por el legislador para el contrato de que se trate (N° 92).

En el innominado, a lo primero que debe atenerse es a la estipulación de las partes en cuanto no infrinjan una disposición legal, el orden público o las buenas costumbres. A falta de estipulación, deberán aplicarse las reglas generales de los contratos, y por último, las de los contratos nominados que más se asemejan a ellos.[77]

Al final de esta sección en los N°s 87 bis y siguientes daremos una breve visión de los contratos innominados que se han ido introduciendo en nuestra legislación, de procedencia extranjera, especialmente anglosajona, y en los que se da fuertemente la característica señalada de combinar fórmulas clásicas de contratos o contener variantes de ellos.

[75] Publicado en RDJ, T. 40, sec. 2ª, pág. 77.

[76] El Código italiano, siempre preocupado, como habrá podido apreciarse, de recoger las opiniones doctrinales, los acepta siempre que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico (Art. 1322, inc. 2°).

[77] En tal sentido RDJ, T. 29, sec. 1ª, pág. 167. En contra, misma RDJ, T. 21, sec. 1ª, pág. 391.