

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

III. PARTE

CATEGORÍAS CONTRACTUALES¹

La verdad es que con las clasificaciones anteriores, no hemos podido terminar con las posibles tipologías de los contratos. Por ejemplo no hemos visto contratos causados y abstractos, civiles y comerciales, fiduciarios e indirectos, y otros.

Nos toca hacer una referencia a las categorías contractuales que con no ser una clasificación corresponden a tipos de contratos definidos.

Algunos de ellos los hemos mencionado a propósito de las limitaciones a la autonomía de la voluntad:

1. Contrato libremente discutido y contrato de adhesión.
2. Contrato dirigido.
3. Contrato forzoso.
4. Contrato tipo o contrato normado.
5. Autocontrato
6. Subcontrato
7. Contratos por persona a nombrar y por cuenta de quien corresponda.

Veremos ahora estas categorías contractuales y su relación con la autonomía de la voluntad.

A. CONTRATOS LIBREMENTE DISCUTIDOS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN.

Contrato libremente discutido corresponde como lo indica su nombre a aquel en que las partes libremente discuten su contenido y examinan atentamente las cláusulas.

Se discute libremente y en un plano de igualdad los derechos de las partes.

¹ Alejandra Aguad D., Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

Por el contrario en los contratos de adhesión, las cláusulas son dictadas por una sola de las partes, la cual impone sus condiciones y la otra se limita a aceptar o rechazar.

En general, la doctrina establece que lo que caracteriza a los contratos de adhesión, son la **generalidad**, esto es que la oferta está destinada a todo un grupo de contratantes eventuales, la **permanencia**, (la oferta permanece en vigor mientras no es modificada por su autor; y la **minuciosidad** (la oferta es detallada) (ejemplo típico son los contratos de transporte aéreos o marítimos los contratos de seguro y los contratos bancarios).

¿Podría haber adhesión en un contrato único entre dos personas?

Puede haber adhesión en un contrato único entre las partes, pues lo único claramente diferenciador de los mismos es el desequilibrio en el poder de la negociación, de forma tal que el contratante no poderoso se limita a aceptar o rechazar el contrato de adhesión dictado por la contraria, señalando que lo normal es que ni siquiera pueda rechazar las condiciones (necesita asegurarse, necesita viajar). Esta es la tesis que sustenta Jorge López Santa María y que yo particularmente comparto.

Lo cierto es que como sea, la voluntad se encuentra bastante disminuida por parte de quien de esta forma se ve en la alternativa de aceptar o rechazar el contrato, al punto que ha existido una corriente que incluso ha sostenido el carácter de no contrato en los casos de la adhesión (sostienen que es un acto jurídico unilateral sólo que produce efectos en favor o detrimento de aquellos que adherirán a él.) Se trataría de un acto unilateral de naturaleza reglamentaria. La finalidad que se persigue al sostener esta tesis, es otorgar al juez mayor flexibilidad a la hora de apreciar e interpretar el contrato, ya que no quedaría ligado por el artículo 1545 del C.C.

Sin embargo, la mayoría estima lo contrario, que existe igualmente un contrato, en el cual el consentimiento se forma por la aceptación de aquel que es económicamente débil. En Chile la

jurisprudencia así lo ha declarado.

Estos contratos adquieren importancia en materia de interpretación contractual, ya que existen reglas propias para este tipo de contratos. Así, artículo 1566, inciso segundo del Código Civil, que establece la regla de interpretación contra el redactor. (este es el riesgo de la redacción)

También existe la regla de la preferencia de la cláusula manuscrita sobre la impresa; regla que, si bien no está explícitamente recogida, se infiere del art. 1560. En efecto, normalmente los contratos de adhesión constan de formularios pre-impresos, confeccionados por el redactor. Pero bien puede ocurrir que al momento de la conclusión del contrato, los contratantes introduzcan una nueva cláusula que modifique o derogue alguna de las disposiciones previamente redactadas. Aquí resulta natural dar preeminencia a la cláusula manuscrita por sobre la impresa. No será necesariamente así en un contrato de libre discusión, ya que en tal caso el intérprete deberá intentar armonizar o conciliar las disposiciones contradictorias (1564 inc. 1°)

Como hemos visto con anterioridad, el principal inconveniente de la adhesión es la imposición de cláusulas abusivas al adherente. Ya hemos visto que se han planteado diferentes soluciones a los inconvenientes de la adhesión, y en general importan intervención del poder público en abierta limitación a la autonomía de la voluntad, en un reconocimiento de la desigualdad de las partes contratantes, a través del contrato dirigido.

Otra forma de solución es a través de la homologación por el poder público de los modelos estandarizados que luego se ofrecerán a los consumidores. Esto supone que el Poder público supervisa, controla y autoriza el contenido de estos modelos estandarizados para que puedan ser ofrecidos a los adherentes. Existen algunos ejemplos de homologación en nuestro derecho. Así, por ejemplo, el control de la Super de Valores y Seguros sobre los textos de las pólizas. Estos deben ser previamente autorizados por la Super.

Otra forma de solución a la adhesión, se ha efectuado mediante la ampliación del concepto de lesión, en los términos de los códigos alemanes (artículo 138) e italiano (1448).

Pero como sea, a todo evento, la adhesión importa una limitación a la autonomía de la voluntad, a lo menos por una parte.

B. EL CONTRATO DIRIGIDO.

El legislador ha intervenido para remediar la adhesión y sus abusos mediante el contrato dirigido, que es otra forma de limitar el principio de la autonomía de la voluntad. Pero el contrato dirigido no siempre tiene por objeto dar solución a los abusos de la adhesión o soslayar las desigualdades. Muchas veces la intervención del poder público es en razón de consideraciones de orden público económico y no de orden público social, como cuando interviene para manipular los intercambios de bienes y servicios.

a) El contrato dirigido es aquel en que el legislador en términos imperativos impone sus condiciones, por lo menos respecto de determinadas cláusulas. (Ej: Contratos de trabajo, operaciones de crédito de dinero de la Ley 18.010; contrato de arrendamiento - necesidad de vivienda)

Esto se mantiene hasta hoy como parte esencial de los derechos de los trabajadores, en los cuales el legislador dicta las normas.

b) Otra forma de dirigir el contrato es imponiendo la persona del cocontratante.

Así por ejemplo el artículo 25 de la Ley sobre Sociedades Anónimas establece la preferencia de los accionistas para comprar las acciones de su sociedad que se emitan en la misma. Derecho de compra preferente de las nuevas acciones.

En nuestro país, hoy menos que ayer, pero en todo caso en

términos bastante fuertes, se nota la mano del Estado dictando una serie de normas respecto de diversos contratos.

Por ejemplo, es el Estado el que fija el valor del suministro de los teléfonos. Lo mismo pasa con muchos servicios esenciales en los cuales se fijan los precios por parte del Estado.

C. EL CONTRATO FORZOSO O LA OBLIGACIÓN PARA CONTRATAR.

Otro límite a la autonomía contractual puede derivar de las normas legales que le impongan a una parte concluir un contrato, privándolo de la elección entre contratar o no.

En doctrina tradicionalmente se distingue entre contratos forzosos ortodoxos y contratos forzosos heterodoxos. Siguiendo esta clasificación podemos señalar:

a) *Contrato forzoso ortodoxo* es aquel que se forma en dos etapas. En primer término un mandato de la autoridad que exige contratar. Luego de este mandato de autoridad, y dentro de los límites que pone la ley, quien la recibe es obligado a contratar, pudiendo elegir la contraparte y discutir los términos del negocio. Claramente se ve dentro de esto dos etapas. En la primera no hay voluntad. En la segunda la autonomía de la voluntad se manifiesta en alguna medida. Nuestra legislación está plagada de ejemplos al respecto, ejemplos que en alguna oportunidad hemos señalado. Caución de la cosa fructuaria (Art. 775). Caución de los tutores y curadores en la guarda (Art. 374 del C.C.). Contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil por los accidentes del tránsito respecto de terceros.

El artículo 2151 establece el caso del mandato sin representación, que representa una hipótesis implícita de contratación entre mandatario y mandante. Los efectos del contrato se radican en el patrimonio del apoderado, pero éste deberá después

trasmitirlos a su mandante, mediante un contrato posterior (Obligación legal de rendir cuenta, y esto se realiza a través de un contrato).

b) Contratos forzosos heterodoxos. Estos importan una total pérdida de la libertad contractual. El vínculo jurídico, las partes y el contenido del negocio vienen impuestos de una sola vez por un acto de autoridad. Desde fuera de la voluntad son impuestos la relación jurídica completa.

Recordemos la clasificación de las fuentes de don Antonio Hernández Gil y esto corresponde típicamente a la ley fuente de la obligación sin presupuesto de voluntad.

Ejemplo el artículo 71 del Código Tributario que dispone que cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o traspaso a otra de sus bienes, negocios o industrias, la persona adquirente tendrá el carácter de fiador respecto de las obligaciones tributarias correspondiente a lo adquirido, que afecten al vendedor o cedente. En consecuencia, el adquirente pasa a adquirir el carácter de fiador sin mediar consentimiento alguno.

El artículo 662 del C.P.C. dispone que en las adjudicaciones de propiedades raíces que se hagan los comuneros durante el juicio divisorio o en la sentencia final, se entenderá constituida hipoteca respecto de las propiedades adjudicadas para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios.

D. EL CONTRATO TIPO.

Es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes disponen futuros contratos o condiciones generales para la contratación. (formulario o modelo que va a ser reproducido prácticamente sin variaciones o alteraciones en las futuras contrataciones). No pensemos, ni por un instante, que el contrato tipo es un formulario a

ser llenado (como los formularios de práctica forense)

En estos casos, las partes deciden dentro de un contrato marco, un formulario o modelo con contenido para todas sus relaciones.

La doctrina clasifica el contrato tipo en unilateral y bilateral. Unilateral es aquel convenido entre grupos económicos o empresas que tiene intereses convergentes y está destinado a fijar las condiciones generales del tráfico comercial. No se discute con los consumidores. Estos termina firmando un contrato de adhesión. Es bastante discutible su validez en Chile por el tema de libre competencia (Ley Antimonopolio)

Existe, no obstante, en estos casos, una estrecha relación entre este contrato tipo, y el contrato de adhesión.

Normalmente, cuando se reúnan las características de generalidad, permanencia y minuciosidad en cuanto a la oferta encontraremos mezclado los contratos tipos con los contratos de adhesión.

Pero es posible separar las hipótesis. Habrá, quizá, un contrato tipo primero, cuyo resultado será la fórmula única, y luego muchos contratos de adhesión.

Ahora bien, cuando las partes que participan en el contrato tipo tiene intereses divergentes, el contrato tipo se denomina bilateral. Por ejemplo, los contratos colectivos de trabajo que pasan a integrar los contratos individuales de los sindicatos. En estos casos, los contratos individuales no son de adhesión, ya que debe entenderse que cada trabajador (representado por su sindicato) participó en la conclusión del contrato tipo.

- ***Relación entre estas categorías contractuales y la autonomía de la voluntad***

Como se ve todas estas categorías contractuales que hemos estado viendo, esto es a) la adhesión, b) el contrato dirigido, c) el contrato forzoso y d) el contrato tipo, importan necesariamente restricciones e incluso la supresión de la voluntad de las partes.

De esta forma, nos encontramos con negaciones a considerar contratos, por algunos pocos, de los contratos dirigidos; otros niegan que sean contratos aquellos donde domina la adhesión. Muchos niegan la característica de contrato a los contratos forzosos. (Luis Diez Picazo)

Esto es, la existencia de la noción de contrato entregada por el artículo 1437, considerada como un acuerdo de voluntades por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, se encuentra en entredicho.

Lo que parece evidente es que el legislador ha preferido respecto de los contratos forzosos (donde el punto es el más discutible de todos por la ausencia total de voluntad), la obligación contractual a la obligación puramente legal.

Las razones de esto sin duda están en el largo desarrollo de las reglas técnicas del contrato, que existen desde el Derecho Romano, y que permiten en estos casos ofrecer técnicamente una situación clara y precisa. En consecuencia, el legislador ofrece el molde contractual para lo que importan relaciones forzosas.

En nuestro medio, Jorge López Santa María hace una defensa acalorada en términos de que todos estas categorías contractuales que hemos señalado, importan necesariamente contratos.

Al efecto, distingue entre el acto de constitución de las relación jurídica y el contrato como relación jurídica constituida.

Sostiene que en términos históricos, *contractus* etimológicamente designa lo contraído, y no como se contrae.

Sostiene que lo que caracteriza al contrato, no son el acto generador de la relación jurídica, sino que lo típicamente contractual es la relación ya creada, ya constituida.

Sostiene además, que el concebir el contrato como un acuerdo de voluntades, no importa más que una confusión emanada del derecho natural racionalista.

Sostienen en consecuencia, que el contrato es tanto el acto de constitución, como la relación constituida, y que son distintas.

Y que el acto de constitución, en materia contractual, puede expresarse de distintas maneras: a) voluntad con cooperación de las normas legales, en los típicos contratos de libre discusión; b) las normas legales a partir del presupuesto de voluntad (contratos dirigidos); c) las normas legales con prescindencia de un presupuesto de voluntad, en los contratos forzosos heterodoxos.

Como vemos, en consecuencia, el retroceso del principio de la autonomía de la voluntad se encuentra a niveles tales que aún parte de la doctrina concibe la existencia de contrato, sin la menor manifestación de voluntad, y en otros con la voluntad muy menguada.

E. AUTOCONTRATO

La representación crea la posibilidad de que una persona que actuó por sí y en representación de otra, o que represente a dos partes, concluya un contrato con su sola voluntad. Así, representando a una persona que ha encomendado la venta de mercaderías, el mandatario podría celebrar un contrato consigo mismo y adquirir esas mercaderías para sí, o para otra persona que le haya encomendado comprarlas. Claro que en estos casos, el problema se plantea cuando concebimos a la representación como "modalidad de los actos jurídicos", ya que como la voluntad del representante es la que genera el contrato, bien puede entonces manifestar voluntad por sí y también por otro. Pero esta idea choca con el espíritu de las relaciones contractuales, las que suponen un encuentro de voluntades antagónicas que llegan a un punto de equilibrio; una transacción de intereses contrapuestos. Por lo demás nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo, porque si ello ocurriera se produciría la "confusión" y se extinguirían las obligaciones (1665).

• *Definición del autocontrato*

"Es el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la

otra, o como representante de ambas partes o como titular de dos patrimonios sometidos a regímenes jurídicos distintos”.

- **Casos en que podrían darse situaciones de autocontratación**

a) Si una persona actúa por sí y en representación de otra, ya sea una representación de tipo legal o convencional; esto es, el caso del padre que contrata para sí y también por el hijo; el del mandante representado por el mandatario con el mandatario por sí.

b) Si una persona es representante (legal o voluntaria) de dos personas diferentes (por ejemplo, en las transacciones bursátiles que realizan los corredores de bolsa).

c) Si una misma persona asume una doble calidad; es el caso de los asignatarios modales que deban crear una fundación administrada por ellos mismos: deben entregar los bienes como asignatarios, y recibirlos como representantes de la fundación.

d) Si una persona tiene dos patrimonios o fracciones de patrimonios sometidos a regímenes jurídicos distintos, y necesita precisar la condición jurídica de ciertos bienes. Es el caso del heredero al que se le concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y entre esos bienes hay algunos en que él es comunero. Respecto de los bienes del desaparecido, el heredero es usufructuario (89), y si quiere producir la participación de dichos bienes, deberá acudir al autocontrato.

- **Naturaleza jurídica del autocontrato**

Algunos juristas alemanes no aceptan la autocontratación como fuente de obligaciones convencionales. La naturaleza del autocontrato no se aviene con estas obligaciones. Echan de menos el acuerdo de voluntades que supone la convención o contrato. Sin embargo en general la doctrina lo acepta y explican su naturaleza

jurídica de tres maneras distintas:

1. El autocontrato es un acto híbrido, pues se genera como si se tratara de un acto jurídico unilateral, pero produce efectos de acto jurídico bilateral. En consecuencia, es unilateral en cuando a su perfeccionamiento pero bilateral en sus efectos. Esta posición la sostienen, entre otros, Demogue, Hupka, Stitckin, Avelino León y Alessandri . Así señala este último que "es imposible pretender encuadrar el autocontrato dentro de un concepto que, como el del contrato, supone necesariamente un concurso de voluntades". El autocontrato se llama así "porque excluye la concurrencia de dos voluntades y requiere de una sola".²

2. El autocontrato encuentra se fundamento en la concepción moderna de la obligación, que es una vinculación entre patrimonios. Este concepto es compartido por algunos autores alemanes y franceses que estiman que el autocontrato tiene una naturaleza especial; y explican su posición diciendo que la obligación es hoy en día una relación entre patrimonios, más que entre personas, como entendían los romanos, y, por consiguiente, esta obligación de carácter puramente patrimonial puede originarse por voluntad de una sola persona que disponga o pueda afectar varios patrimonios o fracciones de uno solo.

3. El autocontrato es el resultado de la idea de representación entendida como ficción del acto jurídico. Tesis sostenida por Planiol, Ripert, y Claro Solar, entre otros. Así "la idea del contrato consigo mismo es una prolongación extrema, en verdad, pero lógica de la idea de representación". El mandatario no manifiesta su voluntad sino la del representado. La representación deroga el principio de la personalidad de las relaciones contractuales,

² Leslie Tomasello critica esta tesis, argumentando que en el caso del titular de dos patrimonios, el acto jurídico es claramente unilateral y no produce efectos de contrato (pues no hay representación).

sustituyendo en su formación la voluntad del representante a la del representado. Para estos autores si un acto jurídico produce obligaciones contractuales importa, en verdad, un contrato.

Esta tesis se critica desde dos aspectos:

- a. No explica la hipótesis del titular de dos patrimonios, en la que no hay representación.
- b. Supone aceptar la tesis de la representación –ficción; concepción que ha sido abandonado y reemplazada por la de la modalidad.

Para Jorge López Santa María el contrato debe examinarse funcionalmente como relación jurídica ya constituida y por tanto, siempre sería un contrato.

• ***El autocontrato en las legislaciones extranjeras y chilena:***

En el derecho romano el autocontrato no fue aceptado en forma general, sólo se admitía por excepción en casos de utilidad práctica, como en el "sibi solvere", o sea el pago que se hacía a sí mismo el representante por obligaciones o créditos de su representado.

El C. francés no reglamenta en general la autocontratación. Pero ante el temor de que un representante en caso de conflicto de intereses sacrifique los de su mandante, el C. estableció algunas prohibiciones, o bien que subordinan su eficacia al cumplimiento de ciertos requisitos y aún hay normas que prohíben a un representante ordinario celebrar determinados contratos que se consideran peligrosos para el que debe ser protegido, aunque éste sea representado por otra persona. La doctrina francesa se ha inclinado a considerar que la autocontratación se rige por el principio general de la autonomía de la voluntad, y por tanto debe considerársela válida, salvo los casos prohibidos o limitados.

El C. italiano al igual que el francés, la prohíbe en ciertos casos, de lo cual la jurisprudencia se ha inclinado a estimarla válida, salvo los casos prohibidos o limitados.

En España, la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado

más desfavorables al contrato consigo mismo.

El C. alemán reglamenta la autocontratación, y en general la prohíbe. Dice, por ejemplo, el art. 181: "El representante, salvo autorización en contrario, no podrá celebrar en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que dicho acto consista en el cumplimiento de una obligación".

Nuestro C.C. no reglamentó el acto jurídico consigo mismo de manera general, omisión que también se advierte en el C. francés y en casi todos los dictados en el siglo pasado. Sólo contiene algunos artículos que estudiaremos, en los que se prohíbe absolutamente en ciertos casos, o se prescriben requisitos especiales para su valor. De esta circunstancia, la doctrina ha deducido que la autocontratación es legalmente posible en nuestro derecho. Es válida por regla general. Si no fuera legalmente posible el legislador no la habría prohibido en ciertos casos, o reglamentado en otros. Por esta tesis se inclinan Claro Solar, Alessandri, Avelino León y Stitckin. Pero esta permisibilidad, no se extiende al ámbito judicial, donde está prohibido el juicio consigo mismo. En todo caso la autocontratación sería inadmisibles en Chile en dos casos:

- a. cuando la ley lo prohíba.
- b. cuando es susceptible de generar un conflicto de intereses entre los dos patrimonios representados; en todo caso esta es una cuestión de hecho, que queda reservada a los jueces del fondo.

• ***Casos de prohibición o de reglamentación legal de la autocontratación:***

1. **Autocontrato de los guardadores: Arts. 410, 412, 1799.**

De tales disposiciones aparece claramente que el guardador en su calidad de tal, no puede autocontratar. Teme la ley con razón que el guardador sacrifique el deber por su interés pecuniario y exige, en consecuencia, que todo contrato que se celebre entre él

y el pupilo se haga con autorización de los demás guardadores no implicados o del juez en subsidio. En esta forma el guardador puede contratar con su pupilo sin limitaciones, salvo en los casos indicados en el inc. 2° del art. 412, en que existe prohibición absoluta de celebrar los contratos que ahí se indican.

La contravención a los arts. 410 y 412 inc. 1° acarrea la nulidad relativa, pues se habrá omitido los requisitos exigidos por la ley en consideración a la "calidad o estado de las personas que los ejecutan o celebran". Ahora bien en el caso del inc. 2° del art. 412, su transgresión acarrea, no la nulidad relativa, sino la absoluta, en virtud de que se refiere a contratos prohibidos, cuyo objeto es ilícito y por lo mismo nulo absolutamente.

2. Autocontrato del padre o madre que ejerce la patria potestad: Arts 1796, 1899 y 1900.

Respecto de esta situación, no existe una prohibición general, de donde se deduce su licitud. Sí existen, por excepción, algunas prohibiciones relativas a la compraventa y la permuta (1796, 1899 y 1900), cuya trasgresión acarrea la nulidad absoluta.

Además, hay ciertos casos, en que puede haber conflicto de intereses entre el padre o la madre y el hijo, en cuyo evento es necesario nombrar al hijo un curador especial (124, 188, 252, 257, 258). La infracción a estas disposiciones produce la nulidad relativa, salvo que la ley establezca otra sanción especial, como el caso del art. 124 en relación al art. 127.

Ahora bien, si el padre representa a dos hijos que contratan entre sí, o a un hijo y a un mandante, no rigen los arts. 1796 y 1889, y la autocontratación sería perfectamente válida.

3. Autocontrato del marido: arts. 1796 y 1899.

Al igual que el padre o madre que ejerce la patria potestad, el marido puede autocontratar en su carácter de marido y de mandatario de un tercero, obligando así a su mujer y a su mandante; o bien, en

el carácter de marido y titular de la patria potestad, actuando como representante de su mujer y de su hijo (representante legal).³ En este último caso no podrá celebrar los contratos de compraventa o de permuta, pues la ley prohíbe tales contratos entre la madre y el hijo sujeto a patria potestad. Su infracción por tanto acarrea la nulidad absoluta.

Sin perjuicio de estas excepciones, la regla general sería que es válida la autocontratación, sin embargo no sólo la compraventa y la permuta son contratos prohibidos bajo estas circunstancias, sino que también el contrato de donación irrevocable (675, 1137, 1138).

4. Autocontrato del mandatario: Art. 2144 y 2145

Para saber si el mandatario puede celebrar un acto jurídico consigo mismo, habrá que estarse en primer término al contenido del mandato, o sea, a lo que el mandante haya dispuesto sobre el particular. Así, la autocontratación será posible si se autoriza expresamente o implícitamente y no lo será en caso contrario, y no lo podrá hacer sin violar el contrato. En este caso al exceder los límites del mandato, se producirá la inoponibilidad para el mandante (2154 y 2160). En el silencio del mandato, debe estimarse que el autocontrato del mandatario es lícito, puesto que los arts. 2144 y 2145 le prohíben autocontratar en casos especialmente señalados, y no es posible transformar esas prohibiciones específicas en regla general.

- *Autocontratos especialmente prohibidos al mandatario:*

- a) 2144; "No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta

³ La jurisprudencia ha señalado que si el marido, como mandatario y dentro del régimen de sociedad conyugal, vende a su propia mujer lo que el mandante le ha encargado vender, es inaplicable el artículo 1796, ya que de acuerdo a los principios que rigen el mandato, es el mandante quien vende a la mujer. Pero si no se ha acreditado que la mujer adquiera el inmueble en el ejercicio de su patrimonio reservado, es nulo de nulidad relativa el contrato por el cual el marido, como mandatario, y dentro del régimen de comunidad de bienes, vende a su propia mujer, sin autorización del mandante el inmueble que éste le ha encargado vender. Tal acto del marido importa comprar para sí la propiedad del mandante, atendido a que esa propiedad ingresó al haber social, incurriendo en la prohibición del artículo 2144.

persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante".

Observaciones:

- Como se exige la autorización del mandante no cabe el autocontrato, sino sólo el contrato, pues concurren las voluntades del mandante y del mandatario;
- La autorización del mandante debe ser expresa.
- Como se celebra un contrato y no un autocontrato debido a la autorización del mandante, se aplican las normas generales de los contratos.
- La "prohibición" se refiere a la compra de cosas que el mandante le ha ordenado vender al mandatario, o la venta de éste al mandante de lo que el mandante le ha ordenado comprar.
- Esta disposición "prohíbe" el autocontrato al mandatario, aún cuando éste se valga de la interposición de una tercera persona
- Rige esta disposición tanto para bienes muebles como raíces.
- La contravención a esta disposición acarrea la nulidad relativa pues la compraventa no está "prohibida" precisamente, sino que permitida bajo ciertas condiciones que se exigen en consideración de la persona que lo ejecuta.
- Esta misma disposición se aplica a los síndicos y albaceas (Art. 1800)

b) 2145; Autocontrato del mandatario relativo al mutuo de dinero "Encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante"

La ley acepta, pues, que el mandatario sea mutuante de su representado mediante la autocontratación. No hay aquí ningún riesgo para el mandante pues incluso los intereses tendrán el límite fijado

por éste o el señalado por la ley. Y si el mandatario viola las instrucciones de su mandante y autocontrata a un interés superior, no lo obligará.

Las demás condiciones del contrato las determinará el mutuario siguiendo las instrucciones del mandante; a falta de éstas podrá hacerlo libremente. Si no estableciera plazo, se aplicarán las disposiciones supletorias (2200).

Si el mutuo fuere de otras cosas, queda sujeto a las normas generales de autocontratación; podrá celebrarse el autocontrato si el mandante no lo ha prohibido y no importa un perjuicio para éste.

La ley no acepta, en cambio que el mandatario sea mutuario de su mandante, sin la aprobación de éste. O sea, el autocontrato es imposible, puesto que si hay voluntad del mandante habrá contrato y no acto consigo mismo. La voluntad del mandante podrá ser expresa o tácita.

La contravención a este artículo acarrea la nulidad relativa, pues la autorización del mandante es un requisito exigido en consideración a la calidad de la persona que interviene. Y si el mandatario está autorizado para tomar en préstamo para sí el dinero, pero lo hace en condiciones distintas de las señaladas, el contrato será inoponible al mandante, pues el mandatario se ha salido "de los límites del mandato".

5. Autocontrato de ciertos mandatarios especiales: art. 1798

Este art. dispone que "al empleado se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio y a los jueces, abogados, procuradores o escribanos los bienes en cuyo litigio han intervenido y que se venden a consecuencia del litigio; aunque la venta se haga en pública subasta".

El empleado público en este caso, los partidores, abogados y procuradores, son especies de mandatarios y no pueden celebrar consigo mismo el contrato de compraventa. La contravención acarrea la nulidad absoluta. Pero podrán autocontratar cuando no compren

para sí sino para un tercero de quién sean a la vez mandatarios.

6. Otros casos de autocontrato:

a) Autocontrato del comisionista, art. 271 C. Comercio (Se prohíbe a los comisionistas, salvo en caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de 2 comitentes siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles).

b) Autocontrato de los corredores, art. 57 C. Comercio.

F. SUBCONTRATO

El subcontrato es un contrato enteramente nuevo que se deriva y depende de otro previo de la misma naturaleza.

Nuestro Código Civil lo reglamentó respecto del mandato (artículo 2135, 2136 y 2138) y respecto del arrendamiento (1946, 1963 y 1973 y Art. 5° de la Ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos).

En el mundo moderno los subcontratos han proliferado, todo dentro del marco de un contrato base.

Piénsese, por ejemplo, en una construcción de obra material, con la cantidad de subcontratos que puede generar.

En los subcontratos existen 3 partes: Una primera parte que actúa en un contrato base, una segunda parte que es intermediario entre ambos contratos, y finalmente el tercer contratante ajeno al contrato base que celebra el subcontrato con el intermediario.

El subcontrato depende del contrato base o contrato madre, y todas las causales de extinción se le aplican.

Es distinto esto a la cesión de contrato en la cual se produce una subrogación personal, oponible al primer contratante. En el subcontrato el primer contratante no queda desvinculado del intermediario, y no queda vinculado con el subcontratante. En consecuencia, en la cesión de contrato se sustituyen las

relaciones, en cambio en el subcontrato coexisten simultáneamente dos situaciones jurídicas distintas.

G. CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR Y CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA.

El contrato por persona a nombrar es aquel en que una de las partes designara en el futuro, mediante un acto unilateral de voluntad, a la persona que adquirirá retroactivamente los derechos y asumirá las obligaciones que en su inicio se radican en el patrimonio del primer contratante.

Entre la persona a nombrar, y el contratante que lo designe puede o no existir mandato, el cual en todo caso es un mandato sin representación.

El contrato por persona a nombrar, tiene un contratante que es cambiable o fungible, que será reemplazado ocupando el mismo lugar del contratante original.

Esta institución no tiene consagración positiva en el C.C. chileno, aunque sí en el C. de Comercio (Art. 256, que al tratar de la comisión - mandato mercantil- faculta al comisionista para reservarse el derecho de declarar más tarde por cuenta de qué persona celebra el contrato, y una vez hecha la declaración, el comisionista queda liberado de todo compromiso y la persona nombrada los sustituirá retroactivamente en todos los derechos y obligaciones).

El C.C. italiano de 1942, el Portugués de 1966 y el Peruano de 1984 lo consagran positivamente, fijando plazos para designar a la persona del contratante incierto.

Según algunos autores esta figura tiene validez en Chile por el principio de la libertad contractual y tiene evidente interés práctico. Por ejemplo, una persona que quiere comprar un inmueble colindante al suyo desea que su nombre permanezca desconocido para evitar que el vecino le suba el precio. Una persona desea efectuar un negocio para lo cual no cuenta con capitales suficientes y necesita

interesar a otros sujetos que se lo aporten; mediante esta figura puede realizarlo, dejando el contrato abierto para que los capitalistas posteriormente ingresen a él.

Creemos que no hay inconveniente en principio, para aceptarlo en nuestra legislación, en virtud de la libertad contractual, y en la práctica se le ha utilizado en contratos de promesas, pero con ciertas limitaciones. En primer lugar, debe contener un plazo en que se haga la determinación, y en todo caso una fórmula que permita efectuarla, pues si bien se acepta la indeterminación de algunas de las partes en el contrato, ello es a condición de que sea determinable; la fórmula por ejemplo, en el mencionado contrato de promesa, sería que al efectuarse la escritura definitiva, el promitente declarara la o las personas para quienes ha contratado, y si así no lo hiciera, se entenderá que lo hace para sí. En seguida: no es posible en toda clase de contratos, como por ejemplo, en la sociedad comercial, ya que el legislador exige en el pacto social, la individualización de todos los socios fundadores. (art. 426 C. Comercio).

Distinta es la situación respecto del contrato por cuenta de quien corresponda o contrato con persona incierta; contrato en el cual una de las partes queda indeterminada, con la seguridad que después será individualizada.

En este caso, necesariamente el contratante formal ha de ser reemplazado, por quien corresponda, es decir por la parte real.

Las diferencias entre ambos tipos de contratos son:

1. Que en el primero existen dos partes, sólo que una es fungible, y no lo será si no nombra a la persona que lo reemplace. En cambio en el contrato por cuenta de quien corresponda, hay un contratante real y uno formal que no es parte.
2. En el contrato por persona a nombrar la designación es obra de

una de las partes. Por el contrario, en el contrato por cuenta de quien corresponda la individualización del contratante sustancial, que necesariamente se producirá, no es obra de una de las partes, sino de un acto de un tercero (por ejemplo un acto de autoridad)